

DE LOS DELITOS PRIVADOS A LOS DELITOS PÚBLICOS.

Y

LA HUMANIZACIÓN DE LAS PENAS.

Dr. Alvaro Garcé García y Santos.

Prefacio

La evolución del delito y la humanización de la pena constituyen dos aspectos de fundamental importancia en la Historia del Derecho. Pese a ello, la bibliografía no ha abundado en la producción de materiales para cursos de grado, con un enfoque específico sobre estos dos importantes temas.

Sobre la primera cuestión, el desarrollo del delito, se constata en la bibliografía un estado de cosas similar con respecto a otras instituciones del Derecho romano, en las que el estudio de las cuestiones privadas ha sido algo más pormenorizado que el de las cuestiones públicas. De modo similar, el profuso tratamiento de los delitos privados contrasta con el menor interés prestado a los delitos públicos.

Sobre la segunda cuestión, la evolución de las penas, se trata un tema que, salvo excepciones, no ha concitado mayor atención a los especialistas, ya sean romanistas o historiadores del derecho.

Como resultado de lo dicho, los tratados de Derecho Romano y los cursos de Historia del Derecho en general no incluyen capítulos sobre los delitos y las penas, por lo que el análisis de dichos temas ha quedado subsumido en áreas tales como las fuentes de las obligaciones o los vicios de los contratos.

Los estudios se concentran en los “delicta” (delitos privados), toda vez que los delitos públicos (“crimina”) no constituían fuente de obligaciones; a lo sumo, los delitos públicos del Derecho Romano han sido objeto de algunas referencias, que resultan más o menos amplias según el perfil de cada autor. No obstante, las fuentes en el Derecho justiniano (Digesto: libros XLVIII y XLIX; Código: libro IX) revelan creciente la importancia de los “crimina”, a pesar que éstos nunca llegaron a desplazar completamente al sistema de los delitos privados.

Respecto de la humanización de la pena, los penalistas, por comprensibles razones de interés académico, han centrado su mirada en las etapas más recientes del “jus puniendi”, sin abundar en su amplio proceso histórico, es decir, desde el Derecho antiguo, en particular el Derecho Romano, hasta nuestros días.

Así las cosas, si bien han ya sido abordadas por los autores algunas fases del derecho de castigar, su historia constituye un apasionante tema que, presentando aún algunas cuestiones pendientes de un tratamiento más detenido, nos ha convocado a la investigación.

En su mérito, el presente trabajo se propone hacer un somero seguimiento de la evolución de los dos institutos que marcan el devenir del “jus puniendi”: el delito y las penas. La propuesta ha sido pensada y redactada en términos que se espera resulten acordes al nivel correspondiente a un curso de grado.

De tal modo, el objetivo de esta producción no es sólo teórico; también es práctico, por cuanto se pretende facilitar a los estudiantes un material que sirva como texto introductorio y que, a la vez, constituya el “puente” hacia otros materiales que profundizan el tema.

Resumida en un párrafo, la idea básica que se desarrollará es que en el estudio histórico del “jus puniendi” asoman dos grandes vertientes, la transformación de los delitos privados en delitos públicos y la humanización de la pena, y que tales áreas, fuertemente relacionadas entre sí, constituyen ejemplos notables de una de las más ricas modalidades del desarrollo jurídico, como lo es la evolución por conversión.

En efecto, los delitos y las penas han migrado del campo de la justicia privada a la justicia pública; pero ello no es todo, teniendo en cuenta que algunas conductas que en el pasado fueron prácticas lícitas, hoy, progreso mediante, han devenido en graves delitos. Ello constituye una confirmación más de la tesis de Rudolf Von Ihering (1872), en el sentido que más que Derecho existe lucha por el Derecho.

Sólo a modo de ejemplo, recordemos que la esclavitud, por tantos siglos legitimada, es un ilícito grave; tengamos en cuenta que, felizmente, la tortura ha dejado de configurar una “prueba judicial” y un medio de obtención de la “verdad” para pasar a ser un “crimen de lesa humanidad”; no olvidemos tampoco que la venganza, esa deleznable práctica antes regulada por ley, en nuestros días, bien por el contrario, representa el más típico e ilegal ejercicio de justicia por mano propia.

No cabe duda que el estudio completo de la evolución de los delitos y de las penas facilita la comprensión de la transformación del Derecho como fenómeno global. El seguimiento de todas las fases del “jus puniendi”, desde la venganza tribal y la “ley del talión” hasta los principios hoy universalmente consagrados por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, evidentemente nos ayudan en aquella dirección.

En definitiva, el tema escogido nos conduce hacia una de las líneas fundamentales del desarrollo jurídico; si la historia es la historia del progreso (así lo sostuvieron Benedetto Croce, Giorgio Del Vecchio, y Luis Recaséns Siches), ello se debe -si no exclusivamente al menos en buena medida- a que el devenir del “jus puniendi” es un buen resumen de los avances morales del género humano.

A.G.; febrero de 2014.

ÍNDICE

Capítulo I

DE LOS DELITOS PRIVADOS A LOS DELITOS PUBLICOS.

Sección I. Introducción.

1) Prehistoria del delito y de la pena: “tabú” y “noa” en las sociedades primitivas...	10
2) Transgresiones a la norma:	
a) Inconstitucionalidad.....	13
b) Ilegalidad.....	13
c) Ilegitimidad.....	14
d) Ilícitud.....	14
3) Etimología del término “delito”.....	15
4) Los términos “delito” y “crimen”.....	16
5) La concepción clásica del delito y su importancia como garantía de la seguridad jurídica.....	17
6) Introducción a nuestra definición legal del delito. La clasificación en crímenes, delitos y faltas, luego de la ley 18.026.....	18
7) Una analogía entre el Derecho Romano y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.....	19

Sección II. Aspectos históricos: “*crimina*” y “*delicta*”.

8) Distinción romana entre delitos públicos y delitos privados:	
a) “ <i>Crimina</i> ”	21
b) “ <i>Delicta</i> ”	21

Sección III. Delitos públicos.

9) Valoración general de los delitos públicos en el Derecho Romano.....	22
10) Régimen procesal de los delitos públicos. El trato legal a los detenidos.....	23
11) Estudio particular de los principales delitos públicos:	
a) <i>Lesae majestatis</i>	26
b) Adulterio.....	27
c) Violencia pública.....	29
d) Violencia privada.....	30
e) Homicidio cometido por sicarios.....	31
f) Parricidio.....	32
g) Profanación de tumbas (<i>sepulcro violato</i>).....	33
h) Falso testimonio.....	33
i) Concusión.....	34
j) Peculado.....	34
k) Plagio.....	35
l) Ley <i>Viscellia</i> sobre manumisiones.....	35
ll) Estelionato.....	36
m) Desplazamiento de mojones.....	37
n) Abigeato.....	37
o) Prevaricación.....	38

p) Falsificación de moneda.....	38
q) Corrupción de las dignidades públicas (ley <i>Julia de ambitu</i>).....	39
r) Sacrilegio.....	39
s) Corrupción de la pupila por el tutor; abuso de hombre esclavo cometido por mujer.....	39
t) Encubrimiento (<i>crimen receptatorum</i>).....	40
u) Hurtos nocturnos (<i>fures nocturni</i>) o en baños públicos (<i>fures balneariis</i>).....	40
12) Régimen de sanción de los delitos públicos.....	41

Sección 4. Delitos privados.

13) Concepto y origen histórico de los delitos privados.....	43
14) Acciones penales. Noción.....	43
15) Características:	
a) Acumulabilidad.....	44
b) Intransmisibilidad.....	45
c) Noxalidad.....	45
d) Perpetuidad.....	45

Sección V. Delitos del antiguo derecho civil.

16) El derecho Romano anterior a las XII Tablas.....	46
a) Uso de madera robada (<i>tigno juncto</i>).....	46
b) Mutilación o corte de árboles (<i>arboribus succisis</i>).....	46
c) Pastoreo (<i>pastu</i>).....	47
d) Incendio de una casa o de un montón de trigo (<i>aedium incensarum</i>).....	47
e) Malversación de los bienes del pupilo (<i>rationibus distrahendis</i>).....	47

f) Daños causados por animales (<i>pauperie</i>).....	47
---	----

Sección VI. Delitos clásicos del derecho civil.

17) Proyecciones en el Derecho actual

a) *Furtum*:

i) Concepto.....	48
ii) Elementos.....	48
iii) Modalidades.....	49
iv) Acciones derivadas del <i>furtum</i> : la <i>actio furti</i> y las acciones <i>rei-persecutorias</i>	50

b) *Damnum injuria datum*:

i) Fecha de la ley <i>Aquilia</i>	51
ii) Primer capítulo.....	52
iii) Segundo capítulo.....	53
iv) Tercer capítulo.....	53
v) Daño <i>corpore et corpori</i>	54
vi) Daños no tutelados por la ley <i>Aquilia</i>	55

c) *Injuria*:

i) <i>Os fractum</i>	55
ii) <i>Membrum Ruptum</i>	55
iii) <i>Injuriae</i>	55
iv) Injurias cometidas por escritos difamatorios.....	56

Sección VII. Delitos creados por el pretor.

18) Proyecciones en el Derecho actual	
a) <i>Rapina (bona vi rapta)</i>	56
b) <i>Dolus</i>	57
c) <i>Metus</i>	58
d) <i>Fraus creditorum</i>	58

Capítulo II.

LA HUMANIZACIÓN DE LA PENA.

Sección I. Introducción.

19) Concepto de “pena”.....	60
20) Las fases típicas del <i>jus puniendi</i>	61

Sección II. Orígenes del *jus puniendi*.

21) La venganza primitiva.....	62
--------------------------------	----

Sección III. La venganza proporcionada.

22) Estudio particular del talión.....	64
a) Derecho mesopotámico: el Código de Hammurabi.....	65
b) El Antiguo Testamento.....	67
c) Grecia.....	68
d) Roma.....	69

e) Derecho germánico: la “blutrache” o venganza de sangre.....	71
f) El tali3n simb3lico en la Edad Media y en la época Moderna.....	72
g) El tali3n en la actualidad: un caso paradigmático.....	72

Secci3n IV. La limitaci3n del *jus puniendi*.

23) Una premisa indispensable: la transformaci3n del <i>jus puniendi</i> en el hogar: el <i>jus vitae necisque</i> , desde su apogeo hasta su desaparici3n.....	73
24) Beccaria y el programa para la humanizaci3n del Derecho Penal.....	78

Secci3n V. La pena de muerte.

25) Aspectos ticos.....	81
26) Antecedentes de la abolic3n de la pena de muerte en Uruguay.....	82

Secci3n VI. Prevenci3n de la tortura y del maltrato.

27) La prohibici3n absoluta de la tortura y los tratos cruels, inhumanos o degradantes.....	85
28) La <i>doctrina Gautier</i> , bases y perspectivas.....	86
a) El monitoreo de las crcels en Uruguay.....	89
b) Sistema de visitas de control.....	91
c) reas prioritarias en la prevenci3n de la tortura.....	91
d) Perspectivas de la prevenci3n de la tortura.....	95

Bibliografía.....	97
--------------------------	-----------

Capítulo I

DE LOS DELITOS PRIVADOS A LOS DELITOS PUBLICOS.

Sección I. Introducción.

1) Prehistoria del delito y de la pena: “tabú” y “noa” en las sociedades primitivas.

Los estudios tendientes a establecer el nacimiento del Derecho penal durante mucho tiempo no pasaron del antiguo Derecho romano y del pre-derecho y derecho griego, directo antecedente de aquél; a lo sumo las obras remontaban a la Torah o ley mosaica.

A fines del siglo XIX, con la publicación de las clásicas obras de THONISSEN¹, D'ARBOIS DE JUBAINVILLE², y MOMMSEN³, los estudios históricos sobre el Derecho Penal tomaron un fuerte impulso.

En 1893 DURKHEIM⁴ defendió su célebre tesis doctoral sobre *La División del Trabajo Social*, en la que incluyó un notable desarrollo sobre los orígenes y la evolución de la pena. La razón del interés por el Derecho antiguo es allí magníficamente explicada:

“Las concepciones jurídicas de las sociedades inferiores no son menos dignas de interés que las de las sociedades más elevadas; constituyen hechos igualmente instructivos. El biólogo habría dado una definición muy inexacta de los fenómenos vitales si hubiera desdeñado la observación de los seres

1 Jean Joseph THONISSEN (1816-1891); *Histoire du Droit Criminel des Peuples Anciens* (1869).

2 1827-1910; *Etudes sur le Droit Celtique* (1895).

3 Theodor MOMMSEN (1817-1903); *Derecho Penal Romano* (1899) e *Historia de Roma* (1854-56); por esta última obra el célebre romanista obtuvo en 1902 el Premio Nobel de Literatura.

4 Emile DURKHEIM (1858-1917); *La División del Trabajo Social*; sobre la pena, ver libro I, capítulo II.

monocelulares; de la sola contemplación de los organismos, y sobre todo, de los organismos superiores, habría sacado la conclusión errónea de que la vida consiste esencialmente en la organización”⁵.

En forma casi simultánea con la aparición de las obras mencionadas, durante las exitosas excavaciones realizadas entre 1899 y 1900 en Niffar⁶, arqueólogos estadounidenses recuperaron fragmentos de los primeros códigos de la humanidad, el texto de Urnammu⁷ (descifrado en 1952⁸), el de su hijo, Shulgi⁹ y la serie de Lipit-Ishtar^{10,11}. Entre diciembre de 1901 y enero de 1902 fue hallado el más importante de los Códigos babilónicos, el del rey Hammurabi. El hallazgo, a cargo de una misión francesa, tuvo lugar en Susa (a orillas del río Karkeh, en el Sudoeste de Irak), apareciendo la estela rota en tres fragmentos que no fueron difíciles de ensamblar. El texto, grabado en caracteres cuneiformes, comprende 52 columnas que desarrollan 282 preceptos¹². Las sanciones penales establecen la venganza talionaria como principio fundamental, recurriéndose en algunos casos a las composiciones pecuniarias. Al igual

5 DURKHEIM, op. cit., Editorial Akal, Madrid, 2001, pág. 85.

6 Actual territorio iraquí; mesopotamia de los ríos Tigris y Éufrates, próximo al Golfo Pérsico.

7 2112-2094 a.C..

8 Lara PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Edit. Tecnos, Madrid, 1997, pág. XIX.

9 2093-2046 a.C..

10 1934-1924 a.C..

11 El hallazgo de la colección más remota se produjo en 1878 en Girsu (Telloh), provincia de Dhi Qar, Irak, y estuvo a cargo de expertos franceses. Se trataba de cinco conos de arcilla y una placa oval, también de barro, correspondientes a la época del rey Uruinimgina (2352-2342 a.C.). Estos elementos arqueológicos, en opinión de LARA GONZÁLEZ y LARA PEINADO, “nos permiten conocer el ambicioso proyecto legislativo llevado a cabo por tal rey y que descansó, según se deduce de los textos, en tres tipos de previsiones: reajuste estructural y control de la maquinaria administrativa del Estado; regulación de tarifas para determinadas actividades y profesiones; y decretos sobre la liberalización de deudas” (LARA GONZÁLEZ, Federico, y LARA PEINADO, Federico, *Los Primeros Códigos de la Humanidad*, Edit. Tecnos, Madrid, 1994, pág. XX).

12 LARA PEINADO, Código de Hammurabi, op. cit., pág. XXVIII.

que los códigos anteriores, el de Hammurabi se estructura en tres grandes apartados: prólogo, cuerpo legal y epílogo.

Esta serie de hallazgos amplió las fuentes históricas en casi un milenio, y desde entonces ha quedado establecida una suerte de *non plus ultra*: más allá de este horizonte documental desaparece por completo la cronología y ya no es posible fijar fechas. Sólo se cuenta con referencias a las remotas edades de piedra.

Las pinturas rupestres, a juicio de BERNALDO DE QUIRÓS, ofrecen cierto interés para las indagaciones criminológicas, pues hay restos de esta índole fijados en ellas. En las montañas del Norte de España, donde se encuentra la cueva de Altamira -considerada la Capilla Sixtina del arte prehistórico¹³- no aparecen ni el hombre ni las escenas de su vida; sólo existen representaciones de animales de caza. Por el contrario, en la Caverna Saltadora, provincia de Castellón de la Plana, se halla representado un hecho criminal de aquellas edades. El abate Hugo Obermaier, precursor de los estudios del arte rupestre, interpretó la imagen como la de un hombre odiado por un grupo de enemigos, que recurren a la representación pictórica¹⁴.

En términos generales, el Derecho penal primitivo era esencialmente religioso y revelado; ello es evidente en la India y en Judea.

“En Egipto, los diez libros de Hermes, que contenían el derecho criminal con todas las demás leyes relativas al gobierno del Estado, se llamaban sacerdotales. Lo mismo ocurría en la antigua Germania. En Grecia la justicia era considerada como una emanación de Júpiter, una venganza del dios. En Roma, los orígenes religiosos del derecho penal se han manifestado siempre en las tradiciones antiguas, y en la terminología jurídica misma”¹⁵.

En efecto, cuando los reyes o gobernantes castigaban a un infractor, no sólo cumplían la misión política y social que les era atribuida, sino que a la vez desempeñaban una tarea religiosa que les hacía merecedores de la bendición celestial.

En todos los pueblos primitivos la potestad penal era asumida como una delegación de la divinidad. En Roma se celebraban ciertas ceremonias religiosas para aplicar las penas, en particular la pena de muerte, puesto que ésta se entendía como una consagración del delincuente a los dioses¹⁶.

13 BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Lecciones de Legislación Penal Comparada*, Universidad de Santo Domingo, “Ciudad Trujillo” (Santo Domingo), República Dominicana, 1944, pág. 7.

14 Idem, pág. 8.

15 DURKHEIM, op. cit., pág. 109.

16 MOMMSEN, Theodor, *Derecho Penal Romano*, T. II, libro V, cap. I, págs. 351 y 352.

Mucho antes, en la edad de piedra, las tribus primitivas fueron adoptando -cada una a su manera- criterios de distinción entre lo libre, lo lícito y permitido a la actividad individual, y lo prohibido, lo sancionado bajo una amenaza. Estos dos conceptos fueron designados en la Polinesia como “*tabú*” y “*noa*”; lo “*noa*” es lo lícito, todo lo que el sujeto puede realizar sin obstáculos a su libertad, mientras lo “*tabú*” es lo prohibido por una condición natural de las cosas o por una interdicción de los jefes, de los sacerdotes o de los hechiceros¹⁷.

El hecho de tocar un objeto *tabú*, un animal o un hombre impuro o consagrado, de dejar extinguir el fuego sagrado, de comer ciertas carnes, de no pronunciar exactamente la fórmula ritual, de no celebrar ciertas fiestas, constituía un verdadero peligro social¹⁸.

La reacción vindicativa era ciega, exagerada:

“Hay una ley en Psicología que se conoce con el nombre de ley del paralelismo entre la evolución ontogénica y la evolución filogénica¹⁹. Unos la atribuyen a Häckel; otros a Fritz Müller. Según esta ley, cada uno de nosotros reproduce en el curso de su vida, de una manera rápida, abreviada, a la escala en que está la efímera vida individual con la vida dilatadísima de la especie, las fases principales por que ha venido ésta atravesando. De acuerdo con esta ley, el niño puede ser concebido como un representante vivo del primitivo. Y las observaciones de carácter penal que encontremos en ellos, sus reacciones desordenadas y excesivas, contra cuanto les produce dolor, nos ofrecen un bosquejo de lo que pudo haber sido la primitiva penalidad. La horda humana original no se contenta con menos que la destrucción y sólo después de las diferenciaciones familiares deja entregadas a la venganza de sangre las ofensas que sólo interesan particularmente a un cierto linaje de ofendidos”²⁰.

Según DURKHEIM, tal modo de respuesta tiene que ver con la necesidad de conservación; sería un error pensar que la venganza primitiva constituya una crueldad inútil. Es posible que en sí misma represente una respuesta pasional e ininteligente, una necesidad no razonada de destruir. Pero lo que tiende a destruir es la amenaza, y por ello se trata de un acto de defensa, aun cuando instintivo e irreflexivo:

“No nos vengamos sino de lo que nos ha ocasionado un mal, y lo que nos ha causado un mal es siempre un peligro. El instinto de la venganza no es, en suma, más que el instinto de conservación exagerado por el peligro”²¹.

17 BERNALDO DE QUIRÓS, op. cit., pág. 11.

18 DURKHEIM, op. cit., pág. 103.

19 En fisiología, la ontogenia refiere a la formación individual de un organismo, considerado independientemente en la especie. La filogenia es la parte de aquella que se ocupa del desarrollo evolutivo de las especies, y de las diferentes relaciones de parentesco entre los grupos de seres vivos.

20 BERNALDO DE QUIRÓS, op. cit., pág. 9.

Si nos preguntamos sobre la función real de la pena -¿ésta sirve para protegernos hacia el futuro o como expiación del pasado?- la respuesta debería ser que su esencia no ha cambiado. Su típico carácter pasional, señalado por el propio DURKHEIM, subsiste hoy bajo múltiples formas institucionalizadas: la necesidad de venganza parece ser la misma de siempre, sólo que ahora se encuentra un poco mejor presentada.

2) Transgresiones a la norma: inconstitucionalidad, ilegalidad, ilegitimidad e ilicitud.

El delito y la pena suponen la transgresión a una norma, lo que genera una consecuencia jurídica. Los conceptos de inconstitucionalidad, ilegalidad, ilegitimidad e ilicitud tienen en común, justamente, el comportar una transgresión. Más allá de dicho factor común las cuatro nociones deben ser distinguidas:

a) Inconstitucionalidad.

La existencia de una Constitución rígida, escrita y con valor supremo, representa la premisa del constitucionalismo moderno:

“El constitucionalismo consiste en el ordenamiento jurídico de una sociedad política, mediante una Constitución escrita, cuya supremacía significa la subordinación a sus disposiciones de todos los actos emanados de los poderes constituidos que forman el gobierno ordinario”²².

Dicho carácter jerárquico de la Constitución excluye -y llegado el caso permite resolver- la inconstitucionalidad entrañada por la oposición de una ley, de un decreto, o de un acto, a los preceptos de la Carta.

b) Ilegalidad.

En términos generales, el adjetivo *ilegal* designa a todo aquello que es contradictorio o contrario a la ley. Conforme lo dispuesto por el artículo 8, inciso segundo, del Código Civil, lo hecho contra las leyes es nulo, salvo que en las mismas se disponga lo contrario.

21 DURKHEIM, op. cit., pág. 101.

22 Enciclopedia Jurídica Omeba, Edit. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964, tomo III, pág. 1041.

c) *Ilegitimidad.*

Mientras lo ilegal se caracteriza por la *contrariedad* a la ley, la ilegitimidad se define por su *disconformidad* con la aquélla. Lo *ilegal* tiene una mayor extensión de significado que lo *ilegítimo*: la *ilegitimidad* tiene que ver con toda clase de preceptos o reglas, mientras que la *ilegalidad* sólo guarda relación con leyes jurídicas.

Otra diferencia radica en que *ilegítimo* califica por igual a personas y cosas, e *ilegal* refiere sólo a estas últimas:

“Un usurpador del trono, se ejemplifica, será un monarca *ilegítimo*, pero nadie le llamará rey *ilegal*, como nadie habló jamás de autoridades ilegales, aunque es cierto que las ha habido ilegítimas”²³.

En el mismo sentido,

“puede decirse que la idea genérica de disconformidad con la ley, se especifica en lo *ilegítimo* por el mero hecho de que el acto o la cosa que de tal se califique sea de mal origen, de procedencia indebida, aunque por lo demás se ajuste enteramente a las condiciones y requisitos que la ley establece para el caso; en tanto que lo *ilegal* es así por contravenir a las leyes y sólo por esto, radique o no la contravención en el vicio de origen de la cosa o del hecho”²⁴.

En definitiva, en el supuesto de la *ilegalidad* se trata de un acto que es contrario, contradictorio con la ley; el de la *ilegitimidad*, de algo que no está conforme, que no encuadra con la ley.

d) *Ilicitud.*

La *ilicitud* tiene que ver con el principio de libertad, en virtud del cual “todo lo que no está expresamente prohibido está jurídicamente permitido”. No es necesario prescribir conductas lícitas, pues lo son todas excepto las ilícitas.

“El esquema normativo señala, en síntesis, que a un conducta le es imputada una consecuencia: ‘Dado a debe ser B’. El antecedente es la conducta normada como ilícita, y la consecuencia es la sanción. Es decir: la norma describe una conducta, a la que corresponde una sanción; esa conducta, prevista como antecedente de una sanción, es lo ilícito. La ilicitud es y solamente es el antecedente de una sanción. Una conducta no es sancionada porque hiera determinados sentimientos o intereses, o valoraciones, sino porque ha sido ‘puesta’ -por el órgano competente- como condición de una sanción. No se sancionan

23 Omeba, op. cit., tomo XIV, pág. 961.

24 Omeba, op. cit., ídem.

determinados comportamientos porque son ilícitos, sino al revés: son ilícitos porque condicionan una sanción. ‘No hay *mala in se*, sino *mala prohibita*’, dice Kelsen”²⁵.

En definitiva, conducta ilícita es aquella prevista por la norma como antecedente de una sanción; por ende, la *ilicitud* sólo puede resultar de una norma jurídico-positiva.

3) Etimología del término “delito”.

La palabra “delito” proviene del sustantivo latín “*delictum*”, correspondiente al verbo “*delinquere*”, es decir, faltar al cuidado o al deber. Con ese sentido la expresión aparece en la obra de CICERON, aunque HORACIO le atribuye un significado algo distinto, como “error o equivocación”²⁶.

En Roma, el Derecho penal se fundaba sobre la base del deber moral, “en cuanto el Estado había tomado para sí la misión de ponerlo en obra”²⁷. La ley penal era una norma ética prescrita por el Estado como obligatoria, y la consecuencia de su infracción era la imposición de una *poena*.

La antigua lengua latina, tanto en sentido común como técnico, empleaba una serie de voces sinónimas para referir en general al detrimento, al menoscabo o a una falta a lo debido: así, se hablaba de *maleficium*, *scelus*, *facinus*, *peccatum*, *noxa*, y *crimen*; con el tiempo, estas expresiones fueron diferenciándose conceptual y semánticamente²⁸.

La palabra *maleficium* (“maleficio”; hacer mal) se entendía en un sentido amplio, abarcando cualquier acción o conducta humana dañosa o malintencionada. Este vocablo pasó a la lengua castellana, pero en la Edad Media adquirió definitivamente relación con las cuestiones de magia negra y brujería, por entonces, elementos constitutivos de figuras penales. Dicho sentido ha permanecido hasta hoy, habiendo perdido aquellas conductas, hace siglos, su carácter criminal.

En las comedias de PLAUTO (254-184 a.c.) y en obras de VIRGILIO (70-19 a.C) el término *scelus*, era empleado para referir a faltas religiosas y desastres naturales; adjetivos como *sceleratus* o *scelestus*, el adverbio *celeste* y el verbo *scelero* también

25 Omeba, op. cit., págs. 962 y 963.

26 RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *Derecho Romano*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2001, pág. 622.

27 MOMMSEN, citado en Enciclopedia Jurídica Omeba, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, tomo VI, pág. 181.

28 Enciclopedia del Diritto, Guiffré Editore, Varese, 1964, tomo XII, pág. 1.

aparecían con frecuencia en otras fuentes teatrales literarias, aplicados a personas infractoras y situaciones delictivas. Se trata de una línea terminológica que no se prolongó en las lenguas romances occidentales, por ende ausente en el castellano²⁹.

Facinus se relaciona con *facinorôsus*, de donde proviene el adjetivo “facineroso”, actualmente empleado en términos vulgares para identificar a un delincuente habitual³⁰.

El sustantivo *peccatum* (“pecado”) que en principio designaba a las faltas en general, tendió cada vez más a identificar a las transgresiones religiosas, hasta adquirir ese exclusivo significado.

El antiguo término *nox* (de *nox*, noche; recordemos que la oscuridad era antiguamente asociada a la inseguridad, los temores y el peligro) fue conservado en las fuentes clásicas en relación a las agresiones cometidas por un integrante de una *gens* en perjuicio de los miembros de otra, y en tal sentido quedó plasmada en expresiones tales como “abandono noxal”³¹. ULPIANO menciona la *nox* como separada del delito (Digesto, 16, 3, 1, 18), a diferencia de GAYO, quien sostiene que “en la denominación *nox* se contiene cualquier delito” (Digesto, 50, 16, 238, 3). En castellano el vocablo desapareció en su sentido primitivo, y sólo ha permanecido indirectamente en palabras asociadas a lo negativo, como por ejemplo el adjetivo “nocivo”³².

4) Delito y crimen.

En la terminología técnico-jurídica actual las palabras “delito” y “crimen” son de uso corriente. La distinción entre ambas proviene de sus respectivos antecedentes en latín.

El sustantivo *crimen* en principio constituyó una derivación del verbo *cerno*, que significaba tamizar el grano, separar el trigo de la paja, pero que posteriormente fue dejando atrás su sentido agrario para pasar a referir a cualquier acción de distinguir en general (de allí dos verbos similares, como “discernir” y “discriminar”).

29 RABINOVICH-BERKMAN, op. cit., pág. 622.

30 Enciclopedia del Diritto, op. cit., tomo XII, pág. 1.

31 RABINOVICH-BERKMAN, op. cit., pág. 623.

32 RABINOVICH-BERKMAN, op. cit., idem.

“Con toda esa tradición a cuestas aparece el sustantivo crimen, cuya mera terminación anómala ya habla de su enorme antigüedad, y que conlleva el múltiple significado de la acusación, del hecho que se acusa y del reproche que merece su autor”³³.

El término *crimen* era frecuentemente empleado por los jurisconsultos clásicos (Digesto: ULPIANO, 48, 2, 14; 48, 16, 1, 1, y 50, 17, 109; MARCIANO, 48, 4, 11), y constituía un sinónimo de delito público. En líneas generales, se consideraban tales a aquellas infracciones que lesionaban las bases generales de la convivencia.

Por su parte, el sustantivo *delictum* constituía para los romanos un sinónimo de delito de delito privado, y también aparece con frecuencia en el Digesto (PAPINIANO, 24, 3, 39; PAULO, 43, 19, 2 y 50, 17, 138; ULPIANO, 16, 3, 1, 18; 47, 1, 2; y 50, 17, 154). En términos amplios, se reputaban delitos privados a las conductas que afectaban un interés particular.

5) La concepción clásica del delito y su importancia como garantía de la seguridad jurídica.

Uno de los mayores aportes de la doctrina moderna ha sido la elaboración de una teoría general del delito, cuya formulación representa una garantía para la seguridad jurídica de las personas.

Asimismo, la teoría general del delito permite una respuesta punitiva proporcionada a la mayor, menor, o nula gravedad del hecho particular, y a las peculiaridades subjetivo-individuales de su realización³⁴.

Dicha teoría general puede resumirse en la siguiente estructura básica: *acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad*. Delito es la acción típica, antijurídica y culpable; para

³³ RABINOVICH-BERKMAN, op. cit., pág. 622.

³⁴ Enciclopedia Jurídica Básica, Editorial Civitas, Madrid, 1994, tomo II, pág. 1989.

quienes añaden un quinto elemento, la *punibilidad* (es decir, la posibilidad de imponer una pena), es delito toda acción típica, antijurídica, culpable y punible^{35, 36}.

La configuración del elemento *acción*, como requisito primero del delito, fue aportado por BERNER en su manual de 1857. En 1867 VON IHERING definía en el derecho civil el concepto *antijuridicidad* (*Rechtswidrigkeit*) es decir, contrariedad a Derecho de una acción o de una situación. Dicha noción, con el mismo concepto y carácter, fue adoptada en el Derecho penal por VON LISZT en 1881. En la misma obra el autor añadía el requisito de la culpabilidad.

De tal forma, a fines del siglo XIX se perfilaba una definición del delito muy cercana a la actual; sólo faltaba el elemento *tipicidad*: no toda acción antijurídica y culpable es necesariamente criminal, pues podría constituir una infracción de carácter no penal.

En su célebre monografía de 1906 -“*La teoría del delito*”- VON BELING incorporó el concepto de *tipo* (*Tatbestand*: supuesto de hecho) y la *tipicidad* (*Tatbestandsmässigkeit*: conformidad con el tipo) como elemento anterior a la *antijuridicidad* y a la *culpabilidad*.

El *tipo* consagra el principio de legalidad en materia penal, ya que, para que una conducta pueda ser considerada delictiva, debe previamente estar descrita como tal en una ley penal; VON BELING denomina *tipo* a la descripción por la ley penal de un hecho con determinados caracteres, esto es, el supuesto de hecho abstracto y diferenciado de otros supuestos delictivos. A su vez, *tipicidad* de una acción significa su conformidad con la descripción general de una conducta según la ley penal.

La formulación de un concepto general del delito con una serie de elementos, divididos a su vez en subelementos y sub-categorías, ha constituido un avance muy importante en la evolución penal, pues ofrece a los tribunales criterios objetivos para todos los posibles supuestos de hecho que se presenten, más allá de las particularidades de cada caso concreto³⁷.

35 Este punto de vista no es pacíficamente aceptado, por cuanto implica la agregación de un elemento distinto y posterior al delito en sí.

36 Hasta mediados del siglo XIX el análisis del delito se centraba en dos partes, la objetiva y la subjetiva, a las que respectivamente se denominaba *imputatio facti* (imputación del hecho) e *imputatio juris* (imputación de Derecho). En la segunda mitad del siglo, bajo la influencia del pensamiento científico, la doctrina alemana aportó la definición clásica, fundada en los cuatro elementos básicos señalados en el texto.

37 Enciclopedia Jurídica Básica, op. cit., tomo II, pág. 1988.

6) Introducción a la definición legal del delito. Clasificación tripartita: faltas, delitos y crímenes.

En nuestro Derecho, la definición legal del delito se encuentra plasmada en el artículo 1 del Código Penal, que establece:

“Es delito toda acción u omisión expresamente prevista por la ley penal. Para que ésta se considere tal, debe contener una norma y una sanción”.

Según la gravedad de la conducta, el artículo 2 del mismo Código clasifica a los delitos en crímenes, delitos -propriadamente dichos- y faltas. Dicha clasificación tripartita fue introducida en nuestro Derecho por la ley 18.026, de 25/09/2006, que estableció normas de cooperación con la Corte Penal Internacional en la lucha contra el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Hasta la sanción de la mencionada ley el Código Penal dividía a los delitos en faltas y delitos; en sus Notas Explicativas al Código, el codificador, José IRURETA GOYENA, caracterizaba a las faltas en función de su menor entidad, y gráficamente les caracterizaba como “*delitos enanos*”.

La expresa introducción de los crímenes ha tenido en nuestro Derecho un impacto que va más allá de la mera clasificación de los ilícitos penales.

En efecto, en virtud de su “extrema gravedad” -como en el caso de la tortura o la desaparición forzada de personas- el juzgamiento de los crímenes se encuentra sujeto a un régimen legal especial, en el que se destacan:

- La imposibilidad de dar asilo o refugio a personas respecto de las que existan motivos fundados para suponer que han cometido un crimen³⁸.
- La imprescriptibilidad de los crímenes y sus correspondientes penas³⁹.
- Los crímenes no pueden declararse extinguidos por la vía del indulto, amnistía, gracia o cualquier otro instituto de clemencia similar⁴⁰.
- No podrá en ningún caso invocarse la orden de un superior, ni la existencia de circunstancias excepcionales (como la amenaza de guerra o el estado de guerra,

³⁸ Ley 18.026, art. 6.

³⁹ Ídem, art. 7.

⁴⁰ Ídem, art. 8.

la inestabilidad política, o cualquier otra emergencia pública real o presunta) como justificación de los crímenes⁴¹.

- Los superiores jerárquicos, civiles o militares, son penalmente responsables por los crímenes cometidos por quienes se encuentren bajo su autoridad⁴².
- Se excluye la posibilidad del juzgamiento de los crímenes por jurisdicciones especiales, en particular la militar⁴³; no puede considerarse al crimen como “delito militar” o “delito de función”⁴⁴.
- Se habilita la intervención de la víctima en el proceso, a los efectos de garantizar el más amplio acceso a las actuaciones judiciales, la proposición de prueba y la participación en el desarrollo del proceso⁴⁵.
- Finalmente, este régimen legal especialmente establecido para los crímenes contempla a texto expreso el derecho a la reparación de las víctimas, la que deberá ser integral, esto es, no sólo patrimonial, sino que también deberá incluir garantías de no repetición de los hechos⁴⁶.

7) Una analogía entre el desarrollo del Derecho Romano y la actual afirmación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

De lo anteriormente expuesto, resulta una interesante analogía entre la evolución de los ilícitos penales en el Derecho Romano y la de los ilícitos de la misma naturaleza en el actual Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

41 Ídem, art. 9.

42 Ídem, art. 10.

43 Ídem, art. 11.

44 Ídem, art. 12.

45 Ídem, art. 13.

46 Ídem, art. 14.

En Roma, conforme la sociedad y el Derecho fueron progresando, fue gradualmente afirmándose la distinción entre las conductas que afectaban los intereses particulares de determinados individuos (las que mantuvieron la denominación “*delictum*”, o en plural, “*delicta*”) y aquellas conductas que lesionaban las bases generales de la convivencia (“*crimen*”, o en plural, “*crimina*”). Respecto de estas últimas, la tendencia fue hacia una mayor intervención estatal y, al mismo tiempo, el establecimiento de un régimen punitivo más severo.

La incorporación de la categoría de los “crímenes” en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos -un hecho reciente, pensando en términos históricos- se nutre de la misma lógica ya experimentada en Roma, y ha generado en el Derecho actual efectos comparables, más allá de lógicas diferencias de época, a las que ya tuvo en el proceso jurídico romano.

Los crímenes actuales abarcan las conductas consideradas de mayor gravedad, y que por ende lesionan las bases de la convivencia humana: no otra cosa es el concepto de “lesa humanidad”, sobre el que se erige la tipificación de los crímenes.

Al mismo tiempo, la regulación contemporánea de los crímenes ha significado una tendencia a la acentuación de la protección frente a determinadas conductas dañosas -,y, consiguientemente, una creciente intervención estatal a su respecto- como también ocurrió en el antiguo escenario romano.

Sección II. Aspectos históricos de la institución “delito”.

8) *Distinción romana entre delitos públicos y delitos privados.*

Para comprender la evolución del delito es indispensable sustraerse a la sugestión de las ideas modernas, ya que para nosotros el delito es inseparable de la *acción pública*, intentada en nombre del Estado por un funcionario calificado (ministerio público), y de la *pena pública*, prevista e impuesta por el Estado⁴⁷.

Actualmente, delito es sinónimo de delito público⁴⁸. Por el contrario, en Roma coexistieron delitos privados y delitos públicos.

47 ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. de la 10ª edición italiana por José Caramés Ferro, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1952, pág. 405.

48 Si bien en ciertos delitos se requiere la instancia del ofendido, y por tanto en tales casos la pretensión punitiva estatal no puede llevarse adelante sin el expreso consentimiento del damnificado, la acción continúa siendo pública, por ende, no cabe hablar en la actualidad de “delitos privados”.

Los juristas romanos dividieron el Derecho en dos grandes partes: la pública, referida a la organización estatal y la regulación de sus relaciones con otras comunidades políticas, y la privada, concerniente a las relaciones jurídicas entre individuos.

Este dualismo entre lo público y lo privado se vio reflejado en el Derecho penal, donde no llegó a superarse aquella separación.

Los romanos consideraban delito al acto antijurídico y dañoso, sancionado con una pena (*poena*)⁴⁹. Distinguían dos clases: los delitos públicos (*crimina*; en singular, *crimen*) y los delitos privados (*delicta*; en singular, *delictum*).

a) “*Crimina*”.

Se denominaba *crimina* a las infracciones generadoras de un daño general a la sociedad o que motivaban la cólera de los dioses. Dichas infracciones eran reprimidas en nombre de la comunidad, mediante la imposición de penas corporales, como la muerte (*supplicium*), la mutilación, el destierro, o la imposición de una multa. En ninguno de estos casos la víctima se beneficiaba directamente con la aplicación de los castigos⁵⁰.

La represión pública de estos delitos buscaba limitar la autodefensa espontánea por el ofendido o su familia. Ello imprescindible para la mantener la paz social, dada la magnitud de la perturbación a la vida colectiva generada por esta clase de hechos⁵¹.

b) “*Delicta*”.

Eran delitos privados (*delicta*) aquellos que afectaban un interés particular sin causar un mayor perjuicio al orden social. El agraviado tenía derecho de acción ante los

49 DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, 2da. edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 193.

50 Los *crimina* no constituían fuente de obligaciones; eran parte fundamental del Derecho penal público.

51 VALIÑO, Emilio, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Valencia, 1977, pág. 450.

tribunales, para la obtención de una pena pecuniaria (*poena*) en su directo beneficio. La *poena* consistía en el pago de una suma de dinero, generalmente tasada en forma previa por la ley, que servía de indemnización por el perjuicio sufrido.

Excepcionalmente ciertos delitos fueron considerados como delitos públicos y a la vez privados. En estos casos el damnificado tenía la opción de elegir entre la acción pública tendiente a la imposición de un castigo corporal, o ejercer su derecho a la obtención de la *poena*.

La condición económica del ofensor resultaba decisiva, ya que tratándose de un insolvente la preferencia invariablemente recaía en la acción pública⁵². Así, en la práctica se fueron abandonando las acciones privadas en favor de los castigos corporales, más efectivos contra la masa de los delincuentes insolventes⁵³.

Sección III. Delitos públicos.

9) Valoración general de los delitos públicos en el Derecho Romano.

Los *crimina* afectaban a los intereses generales de la *res publica*: su comisión ponía en riesgo el orden social, la organización político administrativa o la seguridad del Estado, por lo que la persecución podía ser impulsada ante los magistrados por cualquier ciudadano. La aplicación del castigo tenía por objeto el restablecimiento del orden y la conservación de las bases de la convivencia.

En los primeros tiempos de la ciudad no existió más que un pequeño grupo de delitos públicos, cuyo elenco fue aumentando con el tiempo, a medida que la organización estatal registraba progresos.

52 MONIER, Raymond, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, tomo II, Editions Domat Montchrestien, Paris, 1948, pág. 36.

53 DECLAREUIL, J., *Roma y la organización del Derecho*, traducción de Ramón García Redruello, Editorial Cervantes, Barcelona, 1928, pág. 430.

La transformación de delitos privados en delitos públicos determinó que la lista de éstos se incrementara incesantemente hasta llegar a ser extensa; al respecto corresponde mencionar los siguientes:

- la falsificación de un sello oficial (*lex Cornelia de falsis*).
- la sustracción de cosas públicas⁵⁴ o sagradas⁵⁵ (*lex Julia de peculatus*).
- el parricidio (*parricidium*).
- la exacción ilegal y el cohecho (*lex Julia repetundarum*).
- la malversación de fondos públicos (*lex Julia de residuis*).
- el adulterio, el estupro, el ultraje a las buenas costumbres, el proxenetismo y el matrimonio incestuoso (*lex Cornelia de adulteriis*)⁵⁶.
- el incumplimiento de la prohibición impuesta por el Estado de exportar trigo (*lex Julia annonae*).
- la prohibición de compra de votos entre los electores (*lex Julia de ambitu*).
- la violación de sepulcros (sepulcro violato)⁵⁷.
- el rapto (*raptus*).
- la concusión (*concessio*)⁵⁸,
- el abigeato (*abigeis*)⁵⁹,

54 Se consideraban públicas aquellas cosas que, en virtud de su naturaleza, estaban destinadas a servir a todas las personas.

55 Eran tales los objetos destinados al culto (poner algo más sobre el régimen de estos bienes, cómo estaban fuera del comercio de los hombres).

56 D, 48, 1, 1.

57 D, 47, 12.

58 D, 47, 13.

59 D, 47, 14.

- la prevaricación (*prevaricatione*)⁶⁰,
- la apropiación de herencia (*expilatae hereditatis*)⁶¹,
- el engaño (*stellionatus*)⁶²,
- el desplazamiento de mojones (*termino moto*)⁶³,
- el aborto (*abactus partus*); la mujer que consintiera el aborto era desterrada temporariamente por el gobernador, como castigo por privarle al marido de tener hijos⁶⁴,
- la violación o corrupción de niños; estos delitos se castigaban con pena de muerte; la tentativa, en cualquiera de los dos casos, era penalizada mediante el destierro⁶⁵.
- la blasfemia, la perturbación de los oficios divinos, la apostasía y la herejía⁶⁶.

10) Régimen procesal de los delitos públicos. El trato legal a los acusados.

Durante la etapa final republicana y todo el período del imperio se fue incrementando la cantidad de delitos públicos, proceso que DECLAREUIL ha caracterizado como el

60 D, 47, 15.

61 D, 47, 19.

62 D, 47, 20.

63 D, 47, 21.

64 D, 47, 11, 1, 4.

65 D, 47, 11, 1, 1.

66 COSTA, José, *Manual de Derecho Romano Privado y Público*, Edit. LexisNexis, Buenos Aires, 2007, pág. 560.

“(…) deslizamiento de toda la materia de los delitos hacia el dominio del Derecho público”⁶⁷.

La persecución de los delitos públicos requería la intervención de un acusador, quien solicitaba al juez o la autoridad provincial la imposición del correspondiente castigo. Salvo expresas excepciones, las mujeres no podían actuar como acusadoras:

“No es permitido a las mujeres plantear una acusación de crimen público, salvo ciertos casos, como por ejemplo, si se trata de un crimen cometido contra ellas mismas o sus parientes cercanos, y otros crímenes en los que, según el derecho antiguo, ellas se encuentran expresamente autorizadas para la persecución de los mismos”⁶⁸.

En estos casos excepcionales, si la mujer se encontraba habilitada para formular acusación no existía, según surge del *Código*, limitación alguna en razón del parentesco:

“Si la piedad o el amor maternal no la retuvieran, podría acusar a su propio hijo ante el presidente de la provincia”⁶⁹.

De forma similar,

“Si alguien tuviera decidido a acusar a su hermana de un delito menor, nadie podría impedirle que la acuse ante el presidente de la provincia, a fin que el mismo imponga a la culpable la pena correspondiente”⁷⁰.

El acusado no podía demandar a su acusador, al menos antes de la absolución:

“Es prohibido a los acusados acusar mediante recriminación a sus acusadores, por un mismo crimen u otro, antes que sean absueltos, conforme al derecho antiguo”⁷¹.

67 DECLAREUIL, J., op. cit., pág. 430. No obstante esta tendencia a la creación de nuevos delitos públicos, el sistema de los delitos privados aun se encontraba vigente en el siglo VI de nuestra era, en tiempos del emperador Justiniano. (Poner algo sobre Justiniano y la importancia de la compilación).

68 C, 9, 1, 12.

69 C, 9, 1, 14.

70 C, 9, 1, 18.

71 C, 9, 1, 19.

Toda acusación era de inmediato notificada al interesado, a lo que seguía el registro público de la acción. Las formalidades eran abreviadas cuando la acusación era promovida por un oficial público:

“Se conoce que los crímenes denunciados al presidente de la provincia por los oficiales públicos, pueden ser perseguidos sin que sea necesario observar todas las formalidades ordinarias de las acusaciones”⁷².

No obstante, esta o cualquier otra abreviación de la acusación criminal no implicaba el desconocimiento de las garantías mínimas; por ejemplo, cuando se trataba de un delito grave era inadmisibles una condena en rebeldía:

“Un ausente no puede ser juzgado como culpable de un crimen capital; se trata de una cuestión de derecho establecida desde hace mucho tiempo”⁷³.

Según el emperador Alejandro⁷⁴, la prohibición se fundaba en el propósito de evitar cualquier acto de injusticia, sea por el desconocimiento de la acusación o por la imposibilidad de una adecuada defensa⁷⁵.

Apenas el acusado de un crimen se encontrara a disposición de la justicia, fuera por la acción de un particular o por la del ministerio público, debía de inmediato comenzar la instrucción de la causa,

“(…) para castigarlo si es hallado culpable o absolverlo si la inocencia es reconocida. Si el acusador se ausentara por un tiempo, o si la presencia de los cómplices del crimen fuera juzgada como necesaria antes de pronunciarse sobre la suerte del detenido, deberá procurarse la máxima diligencia posible, ya sea para lograr la pronta comparecencia del acusador o hallar a los cómplices”⁷⁶.

Además de la celeridad procesal, la custodia legal de los detenidos en espera del juicio (*custodia reorum*) era objeto de múltiples cuidados legales.

No se admitían las cárceles particulares, tanto en las ciudades como en el entorno rural⁷⁷. Tampoco se toleraba la promiscuidad, por lo que la separación por sexo estaba especialmente establecida por ley; si en un mismo lugar de reclusión coincidían

72 C, 9, 2, 7.

73 C, 9, 2, 6.

74 Alejandro Severo (208-235); emperador desde el año 222.

75 C, 9, 2, 6.

76 C, 9, 4, 1.

hombres y mujeres, la custodia debía asegurarse que no existiera posibilidad alguna de contacto⁷⁸.

El uso de esposas para asegurar a los prevenidos era legalmente permitido, mas debía prestarse atención a que el hierro no oprimiera en demasía ni causara heridas. El lugar de encierro debía ser luminoso y salubre –*dignus claustris carceris et custodiae*–, a fin de evitar que la prisión resultara mortal⁷⁹. Como medida general de precaución ante la severidad o maltrato de los acusados, el Código justiniano preveía que:

“(…) todo acusado de un crimen que exija su detención y encierro en prisión, sea primero conducido ante un juez para audiencia, y sea luego enviado a la cárcel si apareciera como razonable que fuera el autor del crimen que le es imputado”⁸⁰.

La condición de la mujer ante la justicia romana fue con el tiempo alejándose de la extrema severidad característica de los primeros siglos. En el derecho justiniano se recoge (Novela 134, capítulo 9) la absoluta prohibición de encarcelar a una mujer por deudas fiscales o causas civiles y criminales; en caso de deudas fiscales o privadas el marido debía responder por ella⁸¹.

Todo encargado de una prisión era responsable por los detenidos confiados a su custodia. En caso de fuga, no podía oponer la responsabilidad del subordinado como excusa absolutoria, y hasta podía sufrir la pena que hubiera correspondido al fugado. En caso de ser manifiesta la responsabilidad del subordinado, también él era juzgado con la misma severidad⁸².

Los emperadores GRACIANO y VALENTINIANO⁸³ ordenaron,

77 C, 9, 5, 1.

78 C, 9, 4, 3.

79 C, 9, 4, 1.

80 C, 9, 4, 2.

81 C, 9, 4, 3.

82 C, 9, 4, 4.

83 Graciano (359-383); emperador desde 375. Valentiniano (321-375); emperador desde 364.

“(…) definitivamente y de una manera clara, por esta ley, que los prisioneros sean juzgados lo más pronto posible, a fin que sean, conforme a la sentencia, castigados o absueltos, y que no permanezcan indefinidamente en la prisión. Obligamos al guardador dar al juez, todos los días treinta, el nombre, la calidad y la edad de los detenidos, junto con el detalle del crimen del que son acusados”⁸⁴.

11) Estudio particular de los principales delitos públicos.

a) Lesa majestatis.

Regulado por la *lege Julia majestatis*, este crimen era considerado “muy próximo al sacrilegio”⁸⁵; el conjunto de conductas que lo constituían crimen surgen del Digesto:

1. El crimen de lesa majestad es aquel que es cometido contra el pueblo Romano o contra su seguridad. Es culpable quien, por sus infidelidades y sus prácticas, haga que hombres armados, reunidos contra la república, ocupen las plazas o los templos, cometan atropellos o realicen asambleas para empujar al pueblo a la sedición; quien, por estas prácticas, sus consejos criminales, haya formado parte de un plan para matar a un magistrado del pueblo Romano (...), o quien haga empuñar las armas contra la república; quien haya ayudado o enviado cartas a los enemigos del pueblo Romano (...) o haya cooperado con los planes de los enemigos de la república; quien haya instigado a los soldados a la sedición contra la república”⁸⁶.

2. Aquel que en una provincia, no se retire a la llegada de su sucesor; aquel que abandone su ejército, o que se haya pasado al enemigo, o quien a sabiendas haya escrito algo falso en los registros públicos; cualquiera de ellos está comprendido en la ley sobre la majestad.

3. La ley de las doce tablas ordena que quien haya creado un enemigo, o haya dejado librado un ciudadano a su suerte frente al enemigo, sea castigado con la pena capital. Mas la ley Julia sobre

84 C, 9, 4, 5.

85 ULPIANO, D, 48, 4, 1.

86 ULPIANO, D, 48, 4, 1, 1.

majestad, ordena que quien haya abandonado la magistratura pública sea mirado como culpable, tal como aquel que, en la guerra, se haya pasado al enemigo o haya ocupado una ciudadela. De igual manera será considerado quien, sin orden del príncipe, haya hecho la guerra, haya levado soldados, haya formado un ejército, o quien, luego de ser sucedido en una provincia, no haya entregado el ejército a su sucesor; quien haya abandonado el comando del ejército del pueblo Romano; o el simple particular, en forma fraudulenta haga que un acto de poder público o de magistratura, por la vía de los hechos, no se cumpla.

4. Quien mediante fraude haya exigido una cosa contraria a la república, quien mediante fraude haya puesto en una emboscada al ejército del pueblo Romano; (...) quien fraudulentamente haya ayudado al enemigo del pueblo Romano con víveres, armas, flechas, caballos o dinero; quien haya convertido amigos del pueblo Romano en sus enemigos; quien mediante fraude o sus medios haya hecho que un rey de una nación extranjera sea menos dócil a la voluntad del pueblo Romano; quien, mediante fraude o sus medios, haya hecho que proveyeran recursos, dinero, o animales a los enemigos del pueblo Romano, en detrimento de la república. (...). Lo mismo aquel que, luego que un acusado confesara su crimen y sea por esto condenado a ser arrojado a las fieras, le ayude a evadirse de su prisión. (...).

6. Aquellos que hayan destruido estatuas o imágenes del emperador, o hayan hecho algo similar, son alcanzados por la ley Julia sobre la majestad⁸⁷.

Dada la gravedad del delito, los acusados de *lesa majestatis* eran por mandato legal sometidos a tormento, independientemente de su procedencia social o familia. El mismo tratamiento era aplicado a todos los cómplices⁸⁸.

A los hijos de los condenados por este crimen se les respetaba la vida, lo que era considerado un acto extraordinario de piedad, pues “deberían sufrir la misma suerte que sus padres”⁸⁹. Sin embargo, el perdón era seguido de la imposición de penosas condiciones de por vida: los hijos eran excluidos de la sucesión de la madre y de todos sus parientes, no podían heredar por testamento, y quedaban además excluidos de por vida de “todos los honores y de todas las funciones civiles y militares”⁹⁰.

Las hijas de los condenados eran tratadas con mayor benevolencia, a causa de la *debilidad propia de su sexo* (sic)⁹¹.

87 ULPIANO, D, 48, 4, 1.

88 C, 9, 8, 3.

89 C, 9, 8, 5, 1.

90 C, 9, 8, 5, 1.

91 C, 9, 8, 5, 3.

Todas las disposiciones aplicables a los hijos e hijas de los rebeldes y conspiradores, eran aplicables, en los mismos términos, a los descendientes de los cómplices.

Contracara de esta severidad eran los honores y las recompensas que recibían todos los que, en conocimiento de la conspiración, la develaran a tiempo. Quienes no lo hicieran en forma inmediata, pero al menos proporcionaran la información que poseyeran, sólo eran absueltos de su responsabilidad en el crimen⁹².

b) Adulterio.

La ley Julia de represión de los adúlteros (*legem Juliam de adulteriis coercendis*), que según ULPIANO fue adoptada en el período de Augusto, daba al marido el derecho de acusación sobre su mujer sorprendida en adulterio.

No obstante si él había transgredido la ley, dicha circunstancia le podía ser opuesta y hasta se le podía tener por desistido de la acción⁹³. El marido, considerado el principal acusador en virtud de esta ley, podía a su vez ser imputado de lenocinio o infamia.

El crimen de lenocinio (*lenocinii*), fue previsto por la misma ley contra el marido que indujera la prostitución de su mujer. La represión en este caso no requería de acusador; así, por ejemplo:

“Claudio-Jorge, hombre muy distinguido, acusador de su mujer, fue condenado sin acusador por el Emperador Severo por haber favorecido la prostitución de su mujer”⁹⁴.

Si el padre de la mujer acusada de adulterio acusaba de infamia al marido, el problema derivado de la simultaneidad de las acciones así era resuelto:

“Si el marido y el padre de la mujer se presentaban al mismo tiempo para acusar, la pregunta es: ¿a quién debe darse la preferencia? Es más natural que el marido sea preferido, ya que es de creer que él seguirá la acusación con una cólera menos retenida y con un más vivo dolor”⁹⁵.

92 C, 9, 8, 5, 7.

93 ULPIANO, D, 48, 5, 2, 1.

94 ULPIANO, D, 48, 5, 2, 6.

95 ULPIANO, D, 48, 5, 2, 8.

A quien alegara haber cometido adulterio bajo instigación, le correspondía una pena menor:

“Aquel que diga haber cometido el adulterio favorecido por el marido, verá disminuido su crimen”⁹⁶.

La ley de adulterio era aplicable solamente a las personas libres, pues:

“Contra las esclavas se tiene fácilmente la acción de la ley Aquilia; se otorga también aquella de injuria, y no se rechazará la acción pretoriana de corrupción de esclavos”⁹⁷.

Tratándose de un adulterio que implicara incesto, la acción criminal debía intentarse a la vez contra los dos responsables⁹⁸.

A quien prestara su casa para que allí se cometiera el crimen, se le juzgaba como culpable del mismo. El término “casa” comprendía todo lugar destinado a habitación⁹⁹; cualquiera que prestara la casa de un amigo era igualmente pasible de condena¹⁰⁰.

La acusación de adulterio podía llevarse a cabo contra la mujer aun después de la muerte de su marido¹⁰¹.

“La ley Julia establece que las mujeres no tienen el derecho de acusar públicamente a sus maridos por el crimen de adulterio; (...) esta ley reconoce esta facultad a los maridos, pero la niega a las mujeres”¹⁰².

En lo que refiere a la prescripción, fue establecido:

“Nadie puede ser acusado por un adulterio cometido después de la expiración del término de cinco años continuos; no puede privarse a los acusados de las ventajas de esta prescripción que la ley les acuerda”¹⁰³.

96 ULPIANO, D, 48, 5, 2, 4.

97 PAPINIANO, D, 48, 5, 6.

98 MARCIANO, D, 48, 5, 7,1.

99 PAPINIANO, D, 48, 5, 8, 1.

100 ULPIANO, D, 48, 5, 9.

101 PAPINIANO, D, 48, 5, 11, 8.

102 ANTONINO a CASSIA; C, 9, 9, 1.

En cuanto a la legitimación para acusar, el carácter público del crimen era reafirmado en la siguiente comunicación del emperador Constantino¹⁰⁴:

“En virtud de la clasificación del adulterio dentro de los crímenes públicos, su denuncia corresponde a todos sin distinción, pero a fin de no dar ocasión a temeridades, ordenamos que sólo sea permitida la acusación a los parientes cercanos. (...). Asimismo, acordamos a estas mismas personas la facultad de revocar la acusación, si lo desean. Sobre todo, debemos considerar al marido como el más conveniente vengador de la violación del lecho conyugal. A él le es permitido acusar a su mujer en base a simples sospechas”¹⁰⁵.

En tal condición de “vengador”, el marido que, tras sospechar el adulterio de su mujer con un hombre determinado y enviarle una carta conminándole el cese de la relación, sorprendiera a su mujer con ese mismo hombre, en su propia casa, en la de ella, en la del adúltero, o en un prostíbulo, “podría matar al hombre impunemente”. Si los encontrara en cualquier otro lugar que no fuera alguno de los mencionados, en caso de contar con el testimonio de tres personas fiables, bajo autorización del juez el marido podría castigar por sí al hombre¹⁰⁶.

A la mujer que hubiera cometido el adulterio con un esclavo se le aplicaba por esta ley la pena de muerte; el esclavo era arrojado al fuego¹⁰⁷. El raptor de mujer doncella era castigado con pena capital¹⁰⁸, al igual que todos los cómplices de la acción¹⁰⁹.

103 ALEJANDRO a JULIANO, procónsul de la provincia de Narbonia; C, 9, 9, 5.

104 Flavio Valerio Aurelio CONSTANTINO (272-337). Emperador desde el año 306 hasta su muerte; legalizó la religión cristiana mediante el Edicto de Milán (313), por lo que se le recuerda como el primer emperador cristiano.

105 CONSTANTINO a EVAGRIUS; C, 9, 9, 30.

106 CONSTANTINO a EVAGRIUS; C, 9, 9, 30; Novela 117, capítulo 15.

107 CONSTANTINO al pueblo; C, 9, 11, 1.

108 JUSTINIANO a HERMÓGENES; C, 9, 13, 1.

109 JUSTINIANO a HERMÓGENES; C, 9, 13, 1, 2.

Asimismo, la ley establecía la pena de deportación y confiscación de todos los bienes al tutor que sedujera y deshonrara a su pupila¹¹⁰.

c) Violencia pública.

La ley Julia de violencia pública (*lege Julia de vi publica*) introdujo el castigo de quien juntara armas o flechas, en su casa o en el campo, quedando exceptuadas las armas habidas para su comercialización o adquiridas por sucesión¹¹¹.

Quien, siendo púber, se presentara en público portando armas, era culpable del crimen¹¹². En la misma situación se encontraban todos aquellos que, dando un ejemplo pernicioso, o en el transcurso de una sedición, forzaran viviendas en el campo¹¹³.

Dentro de la ley quedaban incluidas algunas situaciones de violencia sexual, por ejemplo, el abuso por la fuerza “contra un niño, una mujer o quien sea”¹¹⁴. También quedaba comprendido en la ley:

“Aquel que (...) empleando una tropa, o mediante sedición, excitara un incendio, o quien mediante dolo enfermara a un hombre, o lo maltratará”¹¹⁵, (...) “y el raptará por la fuerza a una mujer, libre o casada”¹¹⁶.

A algunos condenados por violencia pública se les aplicaba la interdicción del agua y del fuego¹¹⁷; a aquellos que robaran en viviendas urbanas o rurales, si lo hubiesen hecho

110 CONSTANTINO a BASSUS, vicario de Italia; C, 9, 10, 1.

111 MARCIANO, D, 48, 6, 1, 1-2.

112 MARCIANO, D, 48, 6, 3, 1.

113 MARCIANO, D, 48, 6, 3, 3.

114 MARCIANO, D, 48, 6, 3, 4.

115 MARCIANO, D, 48, 6, 5.

116 MARCIANO, D, 48, 6, 5, 2.

por medio de las armas y la fuerza, se les imponía la pena capital¹¹⁸. Por arma se entendía “todo aquello con lo que un hombre puede causar el mal”¹¹⁹.

Según PAULO la distinción entre quienes llevan armas para protegerse y los que lo hacen para hacer daño se resume en la actitud, pues:

“Aquellos que portan las armas a los efectos de defender su vida no parecen tenerlas para matar a alguien”¹²⁰.

En virtud del senadoconsulto turpilliano (*Senatusconsultus Turpillianum*), quien rehusara el pago de nuevos impuestos se encontraba sometido a la ley sobre violencia pública¹²¹.

d) Violencia privada.

Según SCEVOLA¹²² en la ley Julia de violencia privada (*lege Julia de vi privata*) quedaban comprendidos todos aquellos que, en un acto de atropello, emplearan violencia contra alguien sin llegar a matarlo¹²³.

De acuerdo a lo establecido por MARCIANO,

“A aquel que es condenado por violencia privada la ley lo castiga con la confiscación de la tercera parte de sus bienes. Además, le es prohibido ser senador (...) o ser juez; y por el senadoconsulto, será privado de todos los honores, como un infame.

117 ULPIANO, D, 48, 6, 10, 2.

118 PAULO, D., 48, 6, 11.

119 PAULO, D, 48, 6, 11, 1.

120 PAULO, D, 48, 6, 11, 2.

121 PAULO, D, 48, 6, 12.

122 Quinto Muscio SCEVOLA (140-82 a.C.). Jurisconsulto; nombrado Cónsul en el 95 a.C.

123 SCEVOLA, D, 48, 7, 2.

1. Son castigados con las mismas penas aquellos que roben efectos de un naufragio”.

2. Las constituciones de los príncipes castigaban a los que tomaran bienes naufragados: Antonino dispuso por *rescripta*¹²⁴ que no debía cometerse ningún tipo de violencia sobre los navegantes, y que si alguno lo hacía, debía ser muy severamente sancionado¹²⁵.

PAULO menciona que la tortura de un esclavo ajeno era un crimen punible por la ley de violencia privada¹²⁶, y ULPIANO recuerda que quien expulsara de su campo a alguno por un acometimiento sin armas, podía ser acusado de violencia privada¹²⁷.

En virtud del senadoconsulto Volusiano, aquellos que se involucraran con maldad en el proceso contra alguno, con la intención de beneficiarse con el producto de las condenas, quedaban sometidos a la ley de violencia privada¹²⁸; si algún acreedor, sin estar autorizado por un juicio, se apropiara de la cosa en poder de su deudor, quedaba sometido a esta ley, era pasible de la confiscación de la tercera parte de sus bienes y devenía infame¹²⁹.

e) Homicidio cometido por sicarios.

La ley Cornelia sobre los sicarios y envenenadores (*lege Cornelia de sicariis et veneficis*) castigaba a quienes con dolo provocaran un incendio; a los que llevaran armas para matar o robar; a los que, siendo magistrados o presidentes de jurado en un juicio público, condenaran, o hicieran acusar y condenar, a un inocente, mediante falsos

124 *Rescripta* era un tipo de constitución imperial ,por la cual el emperador, en ejercicio del *jus respondendi*, declaraba cuál era el derecho aplicable a un determinado caso.

125 MARCIANO, D, 48, 7, 1-2.

126 PAULO, D, 48, 7, 4, 1.

127 ULPIANO, D, 48, 7, 5.

128 MODESTINO, D, 48, 7, 6.

129 MODESTINO, D, 48, 7, 8.

indicios¹³⁰; y a quien, para matar a un hombre, preparara, guardara, vendiera o proporcionara veneno a otro¹³¹.

Según el emperador ANTONINO¹³²,

“Es mayor crimen hacer morir a alguien por medio del veneno que matarlo con un arma”¹³³.

También era juzgado bajo el régimen de esta ley el que, mediante falso testimonio, hiciera condenar en juicio a alguien por un crimen capital, al igual que el magistrado o juez en proceso criminal que recibiera dinero para que alguien fuera condenado¹³⁴. Lo mismo quedaban comprendidos quienes vendieran a sabiendas medicamentos nocivos o los tuvieran con el propósito de matar personas¹³⁵. Marciano recuerda al respecto el senadoconsulto en virtud del cual quienes vendieran sin precaución ciertos alimentos y semillas, eran castigados de acuerdo a las disposiciones de esta ley¹³⁶.

La misma norma recogía la prohibición de hacer eunucos, dispuesta por el Emperador ADRIANO¹³⁷ en una *rescripta*. Al que incendiara con dolo un inmueble se le aplicaba la pena capital¹³⁸; si un impúber o un demente furioso daban muerte a una persona no eran

130 MARCIANO, D, 48, 8, 1.

131 MARCIANO, D, 48, 8, 1, 1; Marciano, D, 48, 8, 5, 3.

132 Marco Aurelio Antonino Augusto (121-180); emperador desde el año 161 hasta su muerte.

133 ANTONINO a TITIO; C, 9, 18, 1.

134 MARCIANO, D, 48, 8, 1, 1.

135 MARCIANO, D, 48, 8, 3, 1.

136 MARCIANO, D, 48, 8, 3, 3.

137 ADRIANO (76-138) es recordado porque bajo su reinado (año 117 hasta su muerte) el Imperio alcanzó su mayor extensión territorial, en el año 125.

138 PAULO, D, 48, 8, 10.

castigados por la ley Cornelia; uno “por la inocencia de sus intenciones, el otro por su desgraciada suerte”¹³⁹.

Asimismo era pasible de pena capital el que fuera visto con armas en busca de alguien, con el propósito inequívoco de darle muerte: la ley lo reputaba y penaba como si fuera autor del crimen consumado¹⁴⁰.

En cuanto a los *pater familiae*, el derecho justiniano disponía que éstos no estaban autorizados a dar muerte a sus hijos, sino que debían limitarse a acusarlos ante el prefecto o el gobernador de la provincia¹⁴¹.

La severidad de las penas por este crimen se incrementaban tratándose de personas que,

“(…) por medio de artes mágicas, destruyan la salud de los hombres, o exciten el libertinaje de las personas públicas; pero no deben ser perseguidas ni acusadas criminalmente aquellos que se dediquen a buscar los remedios para las enfermedades, o quienes, en el campo, ejerzan inocentemente su arte de preservar de la lluvia a los racimos maduros; (…) en fin, los que no causen con su arte detrimento de la salud o de la reputación de los hombres”¹⁴².

f) Parricidio (*parricidium*).

El parricidio, uno de los delitos públicos más antiguos del Derecho Romano, constituye el antecedente del actual homicidio especialmente agravado por el parentesco. Desde los primeros tiempos de Roma, se procuró la intervención del Estado para evitar los conflictos fraticidas.

La ley Pompeya sobre los parricidas (*lege Pompeia de parricidiis*) dispuso:

“(…) si alguno ha dado muerte a su padre o su madre, su hermano o hermana, tío o tía, primo o prima, su cuñado o cuñada, su mujer, su marido, su suegro o suegra, su hijo o hija, o por su dolo se haya causado

139 MODESTINO, D, 48, 8, 12.

140 C, 9, 16, 7.

141 D, 48, 8, 5, 2. Sobre la evolución del *jus vitae necisque*, ver la correspondiente sección el capítulo II de esta obra.

142 C, 9, 18, 4.

este crimen, sea penado en la forma establecida por la ley Cornelia sobre los asesinos. También la madre que haya matado su hijo o hija sea penada del modo dispuesto en esta ley”¹⁴³.

Por disposición del emperador CONSTANTINO,

“(…) semejante criminal no debe recibir la muerte por el fuego, ni sufrir otra pena ordinaria; que sea cosido en un saco de piel, junto a un perro, un gallo y una víbora, encerrado con bestias y asociado con las serpientes; y además, sea expulsado al mar o al río vecino, a fin de que, aunque sobreviva, le falten todos los elementos, que la tierra le sea negada después de su muerte”¹⁴⁴.

El estudio de “las cosas prohibidas” -como la magia-, la imposición de suplicios en forma clandestina, y la “generación de maleficios” eran conductas también sancionadas por esta ley¹⁴⁵.

Por el contrario, la norma no se aplicaba al demente que matara a su padre; la pena aplicable al caso no era la del parricidio, sino “la correspondiente a la propia locura, es decir, el encierro”¹⁴⁶.

g) Profanación de tumbas (*sepulcro violato*).

Quien profanaba un sepulcro -“la casa de los muertos”¹⁴⁷, si incorporaba los objetos a una construcción cometía un doble crimen: en perjuicio del difunto, y por la utilización de las cosas ilícitamente habidas¹⁴⁸.

La compra o venta de objetos procedentes de las tumbas generaba *per se* la nulidad del respectivo contrato, y además, la acción configuraba un crimen de lesa religión¹⁴⁹.

143 MARCIANO, D, 48, 9, 1.

144 C, 9, 17, 1.

145 C, 9, 18, 8-9.

146 MODESTINO, D, 48, 9, 9, 2.

147 C, 9, 19, 4.

148 C, 9, 19, 4.

El esclavo que fuera sorprendido demoliendo una tumba era condenado “a los metales”, es decir, la muerte mediante derramamiento sobre su cuerpo; si la acción era producto de la orden de su amo, entonces la pena era de confinamiento. Cuando la cosa sustraída de la tumba era incorporada en una finca urbana o rural, la ley establecía la confiscación de la vivienda¹⁵⁰, por ejemplo, si era sustraído el busto del difunto para utilizar el metal refundido en la ornamentación de un edificio, o si las columnas o trozos de piedra eran empleados en la decoración de las salas¹⁵¹.

La represión del crimen era especialmente encomendada a los jueces, y por ello la norma establecía que el magistrado que dejara impune en su jurisdicción la profanación de tumbas era condenado al pago de veinte libras de oro¹⁵².

h) Falso testimonio.

De acuerdo a la ley Cornelia de falsis eran castigados aquellos que, mediante dolo, presentasen en juicio falsos testigos o prestaran falso testimonio¹⁵³. También quedaban comprendidos en la ley quienes recibieran dinero para suprimir testimonios o corromper a los jueces¹⁵⁴; quienes abrieran la sucesión de un hombre vivo¹⁵⁵; los tutores o curadores que, sin haber rendido cuentas al cabo de su función, contrataran con el fisco¹⁵⁶; según

149 C, 9, 19, 1.

150 C, 9, 19, 2.

151 C, 9, 19, 5.

152 C, 9, 19, 3.

153 MARCIANO, D, 48, 10, 1, 1.

154 MARCIANO, D, 48, 10, 1, 2.

155 MARCIANO, D, 48, 10, 1, 5.

156 MARCIANO, D, 48, 10, 1, 9-11.

PAULO, también eran castigados por esta ley aquellos que escondieran un testamento, o lo reemplazaran o alteraran¹⁵⁷.

En este último sentido, una constitución imperial (*edicta*) del emperador CLAUDIO ordenó incluir como delito en la ley Cornelia la falsificación realizada por el escribiente de un testamento que agregara por sí una cláusula, sin conocimiento del testador¹⁵⁸.

Asimismo, esta ley Cornelia sancionaba otras formas de falsificación como la adulteración y venta de piezas de oro y de otros metales¹⁵⁹, la presentación de una persona bajo un nombre falso¹⁶⁰, o la invocación de órdenes del pretor por medio de documentos apócrifos¹⁶¹.

i) Concusión (concessio).

La ley Julia sobre concusión (*lege Julia repetundarum*) castigaba a todo aquel que, ejerciendo poderes públicos, recibiera dinero para juzgar o decidir alguna cosa¹⁶², o para recibir o desestimar un testimonio¹⁶³.

La pena aplicable en general a este crimen era la deportación, aunque, dependiendo de la gravedad de la conducta, podía llegar a imponerse la pena capital¹⁶⁴.

157 PAULO, D, 48, 10, 2.

158 CALISTRATO, D, 48, 10, 15.

159 ULPIANO, D, 48, 10, 8.

160 PAPINIANO, D, 48, 10, 13.

161 ULPIANO, D, 48, 10, 25.

162 MACER, D, 48, 11, 3.

163 VENULEIUS SATURNINO, D, 48, 11, 6.

164 MACER, D, 48, 11, 7, 3.

j) Peculado (peculatus).

El juez que, durante su administración, sustrajera dineros públicos, era condenado junto a sus cómplices a la pena de suplicio¹⁶⁵.

En el antiguo Derecho romano se castigaba con la interdicción del agua y del fuego a quien se apropiara de dinero sagrado, por ejemplo, el destinado a los dioses, a menos que la ley lo autorizara. Esta pena arcaica fue luego sustituida por la deportación¹⁶⁶.

La ley Julia de *residuis* castigaba a quien retuviera dinero público y no lo aplicara a su destino¹⁶⁷.

k) Plagio.

El delito, establecido por la ley Fabia sobre plagio (*lege Fabia de plagiariis*), castigaba a quien vendiera en el exterior un esclavo ajeno, como si fuera propio. Si el esclavo había sido raptado por la fuerza su *dominus* podía, además de la acción por plagio, formalizar acusación por violencia¹⁶⁸.

También eran castigados por esta ley quienes donaran como esclavo a un hombre libre, o lo entregaran en dote¹⁶⁹, y quienes recibieran un fugitivo o lo ocultasen¹⁷⁰.

165 HONORIO y TEODOSIO, a RUFINO; C, 9, 28, 1.

166 ULPIANO, D, 48, 13, 1.

167 PAULO, D, 48, 13, 2.

168 ANTONINO a PLÁCIDO; C, 9, 20, 1.

169 GAYO, D, 48, 15, 4.

170 MODESTINO, D, 48, 15, 5.

La competencia para juzgar este crimen recaía únicamente en los presidentes de las provincias. La sentencia pronunciada por cualquier otra autoridad era nula¹⁷¹.

El poseedor de buena fe no se encontraba sometido a la ley *Fabia* por haber sustraído el esclavo; se consideraba de buena fe a todo aquel que ignorase el fraude¹⁷².

I) Ley Viscellia sobre manumisiones.

La ley prohibía a los manumitidos¹⁷³ arrogarse los honores y la dignidad correspondientes a las personas ingenuas, es decir, las que no hubieran sido esclavas, salvo que hubiesen obtenido del emperador el derecho a los anillos de oro; tal privilegio permitía acceder al desempeño de algunas funciones públicas.

El manumitido que se presentara como ingenuo, usurpando tal condición, podía ser demandado civilmente. Además, la ley *Viscellia* preveía para estos casos la imposición de pena infamante¹⁷⁴.

II) Estelionato.

171 GORDIANO a PAULINA; C, 9, 20, 4.

172 MARCIANO, D, 48, 15, 3.

173 La manumisión (*manus*: poder; *mittere*: abandonar) era un el acto jurídico por el cual el *dominus* le otorgaba la libertad al esclavo, generalmente como reconocimiento por los servicios prestados. A partir de entonces, éste se convertía en liberto. Existían mecanismos solemnes de manumisión (por testamento, por censo y ante el magistrado) y no solemnes (en la iglesia, entre amigos y por epístola). Los manumitidos en forma solemne, los más favorecidos, eran *libertos ciudadanos romanos*. Los manumitidos en forma no solemne eran libres de hecho, es decir, quedaban en una situación jurídicamente indefinida; se les denominaba *libertos latino junianos* en virtud de la ley Junia, que reguló su condición. Carecían de derechos políticos y sólo podían realizar algunos actos de comercio.

174 C, 9, 21, 1.

Obligar las mismas cosas a diferentes acreedores constituía una conducta “mala y criminal”¹⁷⁵;

“No se puede impunemente burlar la buena fe de un acreedor, obligando con éste una cosa ya obligada a otros acreedores; (...) Tales fraudes deben ser considerados como crímenes extraordinarios, y tales estelionatos deben ser castigados muy rigurosamente”¹⁷⁶.

La acción por estelionato presentaba la particularidad de no estar comprendida en las acciones públicas ni en las privadas¹⁷⁷.

La misma podía dirigirse contra aquellos que hubieran realizado una conducta dolosa, cuando no existiera un crimen específico del que pudieran ser acusadas; en consecuencia, la acción podía intentarse tanto en el derecho privado como en el derecho público:

“Cuando un crimen carece de nombre, le llamamos estelionato. Este tiene lugar, sobre todo, si alguno, disimulando que una cosa está obligada a otro, la vende con fraude a un tercero, o la cambia, o la entrega en pago”¹⁷⁸.

Tratándose de un crimen no expresamente regulado por la ley, la costumbre consistía en dejar la pena librada al arbitrio; no obstante, la pena no debía ser más gravosa que la imposición de trabajos forzados en las minas. Tratándose de personas reputadas, dicho castigo era reemplazado por el exilio¹⁷⁹.

m) Destrucción o desplazamiento de mojones.

175 C, 9, 24, 1.

176 C, 9, 24, 4.

177 PAPIANNO, D, 47, 20, 1.

178 ULPIANO, D, 47, 20, 3, 1.

179 ULPIANO, D, 47, 20, 3, 2.

La destrucción o el desplazamiento de mojones que demarcaran límites era de carácter pecuniario, y su determinación debía realizarse de acuerdo a la condición del culpable¹⁸⁰.

Según estableció el emperador ADRIANO en una *rescripta*,

“(…) No se puede dudar del carácter maligno de la acción realizada por aquellos que transportan los mojones establecidos sobre los límites. En cuanto a la pena, ésta puede ser determinada más fácilmente por la condición de la persona, y por su intención. Cuando se trata de personas distinguidas, es evidente que tratan de apoderarse del terreno de otro. Ellas pueden ser exiladas por un tiempo, dependiendo de la edad que tengan, los más jóvenes por períodos más largos, los mayores durante períodos más cortos”¹⁸¹.

Una ley agraria establecida por NERVA introdujo penas pecuniarias para aquellos que transportaran con fraude los mojones fuera de su terreno¹⁸².

Si tal conducta era realizada por un esclavo, hombre o mujer, con dolo y por mandato de su *dominus*, se castigaba al esclavo con la pena de muerte, salvo que el dueño asumiera su responsabilidad en el hecho y abonara la pena pecuniaria¹⁸³.

A todos los que, para generar confusión sobre cuestiones de límites, modificaran el paisaje -por ejemplo, convirtiendo un árbol en arbusto, o un bosque en tierra laborable- se les aplicaban penas económicas,

“(…) según la persona y su condición, y la violencia del atentado”¹⁸⁴.

n) Abigeato.

180 MODESTINO, D, 47, 21, 1.

181 CALISTRATO, D, 47, 21, 2.

182 CALÍSTRATO, D, 47, 21, 3.

183 CALISTRATO, D, 47, 21, 3, 1.

184 CALISTRATO, D, 47, 21, 3, 2.

El abigeato, el decir, la sustracción de animales considerados cabeza de ganado, no constituía por sí mismo un crimen; se trataba de un hurto, es decir, de un delito privado, pero, como en la práctica la conducta era acompañada de violencia, sus autores debían ser más severamente sancionados que quienes cometieran un hurto¹⁸⁵.

Tratándose de una conducta muy frecuente, el emperador ADRIANO estableció en una *rescripta* que el abigeato constituía un ilícito extremadamente grave, cuyos autores (*abigei*) debían ser condenados a trabajos forzados¹⁸⁶.

o) Prevaricación (lege Julia repetundarum).

Según LABEÓN, la prevaricación se comete de múltiples maneras; en general, ocurre cuando alguien favorece injustamente a uno más que a otros¹⁸⁷.

La ley Julia de prevaricación, norma que introdujo el crimen, fue concebida con un propósito aleccionador:

1. “Como ejemplo de castigo, por el temor que inspira y para contener a otros que puedan verse tentados a la imitación, ordenamos que el magistrado prevaricador que sea acusado de expoliar la provincia que haya administrado, sea enviado a esta misma provincia y constreñido a restituir el cuádruplo. (...).
2. Que los jueces sepan que, en lo que concierne a sus prevaricaciones, se les puede exigir no sólo a ellos mismos las correspondientes penas pecuniarias, sino también a sus propios herederos”.
3. Que los árbitros y todas las especies de jueces sepan que no deben recibir ningún dinero de las partes ni apropiarse de sus bienes. (...) Aquellos que conviertan el proceso en un comercio serán castigados con todo el rigor de la ley”¹⁸⁸.

En una *mandata*¹⁸⁹ TEODOSIO destacaba la importancia de la honestidad de los gobernadores, y ordenaba elegir como tales a

185 MACER, D, 47, 14, 4, 2.

186 ULPIANO, D, 47, 14, 1.

187 ULPIANO, D, 47, 15, 1.

188 C, 9, 27.

189 Las *mandatas* eran constituciones imperiales dictadas por el emperador con el propósito de dar instrucciones a los funcionarios encargados de la administración de las provincias.

“(…) hombres que tengan una buena reputación y sean dignos de la función, y no aquellos que aspiren a este honor sólo movidos por la ambición o la codicia”¹⁹⁰.

El gobernador o funcionario que, desoyendo el *temor de Dios*¹⁹¹, no respetara su juramento de buen desempeño de la función, podía ser denunciado por cualquier persona, sin distinción, y en caso de ser condenado la pena consistía en el cuádruplo de la suma indebidamente recibida.

p) Falsificación de moneda (falsa moneta).

La fabricación y circulación de moneda falsa fue considerada por el emperador CONSTANTINO como “un crimen atroz”¹⁹². Sin distinción, todos debían denunciar -y poner a disposición de los jueces- a los autores y cómplices de esta conducta.

Si un soldado dejaba escapar a alguien acusado de este crimen se le aplicaba la pena de muerte; a los particulares les cabía la misma suerte, sin derecho de apelación de la sentencia condenatoria.

La casa empleada para la fabricación de la moneda falsa era confiscada, a menos que se comprobara que el dueño no habitaba allí y desconocía por completo la maniobra¹⁹³.

q) Corrupción de las dignidades públicas (ley Julia de ambitu).

Una vez cumplido un mandato público, o expirado el término del mismo, el titular debía de inmediato dejar el cargo,

“(…) porque la utilidad pública no permite a quienes han ejercido una vez sus funciones ser reelectos”¹⁹⁴.

190 C, 9, 27, 6.

191 La expresión textual se encuentra en el Código (9, 27,6).

192 C, 9, 24, 1.

193 C, 9, 24, 1.

194 ARCADIO y HONORIO a POMPEIANO, *praefecto urbi* ; C, 9, 26, 1.

La continuación de las funciones más allá del término -sin mediar una expresa autorización para continuar temporalmente- era considerada una temeridad sancionada con pena de deportación. Todos los actos realizados por el usurpador eran nulos.

r) Sacrilegio (crimine sacrilegii).

Eran culpables de sacrilegio quienes, por ignorancia o negligencia, violaran las disposiciones de la ley divina¹⁹⁵. La correspondiente investigación era encomendada a los gobernadores de provincia¹⁹⁶.

Quienes hubiesen sido condenados por este crimen no podían aspirar a ejercer un cargo en la administración de las provincias, salvo expresa dispensa del emperador¹⁹⁷.

La sustracción de cosas pertenecientes a particulares, depositadas en un templo, daba lugar a la acción por hurto, pero no por sacrilegio¹⁹⁸.

s) Corrupción de la pupila por el tutor; abuso de esclavo por mujeres.

El tutor que sedujera a su pupila era deportado, y todos sus bienes eran confiscados¹⁹⁹. A la mujer que en forma oculta se entregara a un esclavo se le aplicaba la pena capital, y el esclavo era arrojado al fuego²⁰⁰.

195 GRACIANO, VALENTINIANO y TEODOSIO a EUTROPIO, *prefecto pretorio*; C, 9, 29, 1.

196 MARCIANO, D, 48, 13, 4, 2.

197 GRACIANO, VALENTINIANO, TEODOSIO y ARCADIO a EUTROPIO; C, 9, 29, 4.

198 MARCIANO, D, 48, 13, 5.

199 CONSTANTINO a BASSUS, *vicario* de Italia ; C, 9, 10, 1.

200 CONSTANTINO al pueblo ; C, 9, 11, 1.

las autoridades de la provincia; en caso no hacerlo, todos serían responsables ante la justicia por la omisión²⁰⁷.

u) Hurtos nocturnos o cometidos en los baños públicos.

El hurto cometido durante el día constituía un delito privado (*furtum*); en cambio, el hurto nocturno (*fures nocturni*) o el hurto en baños públicos (*fures balneariis*) eran considerados mucho más graves.

En lugar de la *poena* pecuniaria prevista por el Derecho común para el *furtum*, la pena aplicable a los dos casos mencionados era la de trabajos públicos²⁰⁸. Al soldado que hurtara algo en un baño público se le daba inmediatamente de baja²⁰⁹.

12) Régimen de sanción aplicable a los delitos públicos.

Si bien en el Derecho romano no se llegó a establecer una teoría general de la pena, al menos existía una graduación de las mismas. En función de la gravedad del crimen, las opciones de castigo variaban en una amplia gama, desde las penas capitales hasta sanciones menores como la inhabilitación para ciertos actos o funciones.

Eran penas capitales: el último suplicio (que consistía en la muerte por el fuego), la decapitación, el despeñamiento desde una roca, y la muerte causada por bestias feroces. En algunos casos, la aplicación de una pena capital era inevitable: por ejemplo, a los envenenadores se les castigaba con la muerte, salvo que, por su condición, se les impusiera la deportación; los incendiarios eran también penalizados con la muerte por fuego, y sólo si demostraban el carácter accidental del incendio eran sancionados con una pena pecuniaria²¹⁰.

207 C, 9, 39, 2.

208 ULPIANO, D, 47, 17, 1.

209 PAULO, D, 47, 17, 3.

210 CALISTRATO, D, 48, 19, 28, 12.

La pena más próxima a la muerte era la condena al trabajo en las minas; a ésta le seguían -en orden decreciente- la deportación a perpetuidad o temporal en una isla²¹¹ y la deportación simple.

La deportación sustituyó la antigua interdicción del agua y del fuego²¹², y en todos los casos implicaba la pérdida de la ciudadanía para el deportado. Su modalidad más severa era la deportación en una isla. Si el deportado lo era en virtud de un crimen de lesa majestad, en caso que existieran estatuas del condenado, las mismas debían ser inmediatamente retiradas²¹³. Otras penas de aplicación frecuente eran la condena a trabajos públicos o la aplicación de azotes.

En el caso de los trabajos forzados, su variante más severa consistía en el trabajo en las minas; cuando no se fijaba una duración en particular para esta pena, debía entenderse que el plazo era de diez años²¹⁴.

La pena de inhabilitación tenía dos variantes, la general (para el ejercicio de cualquier función pública) y la especial, para ciertos cargos o funciones. En el caso de los abogados se preveía la interdicción total de la función, o la prohibición de defender a ciertas personas en particular.

Ciertos regímenes especiales de castigo demuestran que el Derecho penal romano no superó la etapa del derecho penal de autor.

Por ejemplo, el estatuto especial de los militares se reflejaba en el régimen de la responsabilidad por delitos públicos. Así, algunas conductas que no eran punibles para los particulares, o lo eran con penas leves, en el caso de los militares podían aparejar penas severas: al militar que aceptara el trabajo de bufón se le aplicaba la pena de muerte²¹⁵.

Los esclavos tenían también un régimen particular de castigo, más gravoso que el correspondiente a los ingenuos: los esclavos no podían ser condenados a trabajos

211 CALISTRATO, D, 48, 19, 28.

212 ULPIANO, D, 48, 19,2, 1.

213 MODESTINO, D, 48, 19, 24.

214 MODESTINO, D, 48, 19, 23.

215 MACER, D, 48, 19, 14.

públicos perpetuos, ni menos a trabajos públicos temporarios²¹⁶; el esclavo que atentara contra la vida de su dueño, tendiéndole una trampa, era arrojado al fuego²¹⁷.

Respecto de las mujeres sólo se establecieron reglas particulares para la ejecución de aquellas que estuvieran encintas: para la ejecución de la pena de muerte debía aguardarse a después del parto²¹⁸.

En materia de régimen de culpabilidad, en el Derecho justiniano se esboza una distinción, válida para todos los crímenes, entre la comisión intencional y la accidental; tal diferenciación determinaba la aplicación estricta de la ley en el primer caso, o su moderación, en el segundo²¹⁹.

El carácter personalísimo de la responsabilidad penal fue afirmándose lentamente, llegándose a establecer que la pena aplicable al padre no podía extenderse a los hijos: cada cual respondía de sus propias acciones, y nadie podía ser considerado heredero del crimen cometido por otro²²⁰.

Tampoco era admisible la condena de un ausente o la incriminación de cualquiera persona en base a meras sospechas²²¹.

Finalmente, y con respecto a la aplicación de la ley penal, se encomendaba a los magistrados la debida ponderación de las circunstancias del caso:

“Quien juzga debe prestar atención de no ordenar nada con mayor severidad o indulgencia que la que ameriten los hechos: no debe buscarse la gloria de la severidad o de la clemencia; después de valorar debidamente todo, debe resolverse el caso según su propia naturaleza. En las causas leves, los jueces deben inclinarse hacia la bondad, y en las más graves, deben aplicar la severidad de las leyes”²²².

216 PAPIANO, D, 48, 19, 34.

217 CALISTRATO, D, 48, 19, 28, 11.

218 SABINO, D, 48, 19, 3.

219 ULPIANO, D, 48, 19, 5, 2.

220 CALISTRATO, D, 48, 19, 26.

221 ULPIANO, D, 48, 19, 5.

222 MARCIANO, D, 48, 19, 11.

Sección IV. Delitos privados.

13) Concepto y origen histórico de los delitos privados.

En el punto de partida de los delitos en Roma se encuentra una idea extendida en todo el Derecho antiguo: el delincuente debe responder por su delito con su propio cuerpo (*corpus obnoxium*). Sin embargo, como ha señalado GIFFARD²²³, en el Derecho romano, a diferencia de otros órdenes jurídicos antiguos, la responsabilidad por delitos presentaba dos características particulares y bien marcadas:

- la responsabilidad se encontraba *individualizada* al ofensor; la víctima no tenía derecho a extenderla a los parientes de aquél, como sí ocurría, por ejemplo, en el Derecho griego arcaico. La guerra privada o *faida*, y la *vendetta* familiar no son instituciones típicamente romanas;
- el ofendido no tenía, en principio, el derecho de hacerse justicia por sí y debía recurrir a los tribunales de la ciudad para obtener la venganza o reparación por parte del agresor.

En otros términos, la responsabilidad delictual desde sus orígenes fue *controlada* e *individualizada* por el Estado, aun en el caso de los delitos privados.

Identificados bajo el término *delicta*, los delitos privados afectaban directamente a los particulares y sólo podían ser perseguidos por el damnificado. Se dividían en delitos establecidos por el derecho civil (delitos civiles) y delitos establecidos por el pretor (delitos pretorianos). Los delitos civiles eran el *furtum* (hurto), el *damnum injuria datum* y la *injuria*; los delitos pretorianos eran la *rapina*, el *dolus*, el *metus*, y el *fraus creditorum*.

14) Acciones penales. Concepto.

Todos los delitos privados daban lugar al nacimiento de una acción penal (*actio poenalis*), por medio de la cual se perseguía el cobro de una pena (*poena*). La misma consistía en una suma de dinero, con la cual se castigaba al autor del delito.

223 GIFFARD, A.E., *Droit Romain et ancien droit français*, Edit. Dalloz, Paris, 1958, pág. 228.

Esta acción penal no era incompatible con el ejercicio de la acción *rei-persecutoria*, la cual tenía por objeto la recuperación del objeto, pudiendo la víctima acumular ambas acciones.

El monto de la pena variable. En ocasiones, éste era fijo, como en las ofensas menores, como las bofetadas, caso en el que la ley tasaba la compensación en veinticinco ases²²⁴. Otras veces, la suma era fijada en función del valor del objeto hurtado o dañado, por ejemplo, su mayor valor en un período de tiempo, como el último año o mes, o el doble, el triple o el cuádruplo del valor de la cosa.

En caso de no existir acuerdo sobre el monto, o en defecto de su fijación legal, la determinación correspondía al magistrado, mediante una *litis aestimatio*.

Las acciones penales emergentes de los delitos privados del derecho civil -tendientes a obtener el pago de una suma de dinero por el autor a quien había sufrido el perjuicio- se caracterizaban por la *acumulabilidad*, la *intransmisibilidad pasiva*, la *noxalidad*, y la *perpetuidad*²²⁵.

15) Características de las acciones penales.

a) Acumulabilidad.

Si existían varios delincuentes implicados en un mismo delito, la *acumulabilidad* significaba que todos y cada uno de ellos debía satisfacer por entero la pena. De tal modo, si fueran tres los autores de un *furtum manifestus* (delito en el que la pena consistía en el cuádruplo del valor del objeto hurtado), la víctima tenía derecho a reclamar a cada uno de los autores el cuádruplo, con lo que obtendría como reparación doce veces el valor del bien sustraído. Este carácter acumulativo no se verificaba en la acción *rei-persecutoria*, puesto que si, en el mismo ejemplo, uno de los autores restituía la cosa, con ello liberaba a los demás que hubieran participado en el delito.

224 XII Tablas; 8, 4.

225 ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de derecho romano. Historia e instituciones*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1984, págs. 318 y 319.

b) Intransmisibilidad.

En virtud de la *intransmisibilidad pasiva*, por las acciones penales respondían únicamente los autores de los delitos, pero no sus herederos²²⁶; esta particularidad se fundaba en la idea que las relaciones que engendraban los delitos operaban únicamente entre el autor y la víctima. No obstante, desde el punto de vista activo, las acciones penales de contenido económico eran transmisibles a los herederos, no así las que involucraban sentimientos personalísimos²²⁷.

c) Noxalidad.

La *noxalidad* autorizaba al ofendido a perseguir la entrega del autor, cuando se trataba de un delito cometido por personas sometidas a potestad (un *filiusfamilias*) o a dominio (un esclavo). En estos casos la acción no estaba dirigida directamente contra el autor del delito sino contra el *pater* o *dominus*, quienes podían liberarse de la obligación de entrega abonando a la víctima la correspondiente indemnización.

d) Perpetuidad.

La *perpetuidad* permitía a la víctima accionar en cualquier momento, sin que el transcurso del tiempo afectara su derecho. Ello no ocurría en el caso de los delitos establecidos por el pretor (rapiña, metus, dolus, *fraus creditorum*) en los que las obligaciones penales se extinguían en el término de un año, contado desde la fecha del delito o desde el momento en que el ofendido se hallara en condiciones de promover la acción.

226 La intransmisibilidad funcionaba si el autor del delito moría antes de formalizarse el juicio por el reclamo; si la muerte se producía después de la *litis contestatio* o de la sentencia condenatoria, los herederos debían responder (GAYO, D. 50, 17, 139).

227 D, 47,1,1,1,

Sección V. Delitos del antiguo derecho civil.

16) Delitos del antiguo derecho civil.

a) Uso de madera robada (*tigno juncto*).

Quien empleara en la construcción de la casa propia madera robada, ya fuera el constructor de buena o mala fe, era sancionado con una acción al doble, denominada “*tigno juncto*”²²⁸:

“La ley de las doce tablas no permitía arrancar de una casa o de una viña el trozo de madera hurtado, que hubiera sido empleado en la construcción de cualquiera de ellas. La ley dio prioridad a que los edificios no fueran destruidos, y que la vitivinicultura no fuera perturbada. Pero contra quien hubiera hecho aquella unión, la ley concedía una acción al doble”²²⁹.

b) Corte de árboles (*arboribus succisis*).

La mutilación o corte de árboles era sancionada con una pena de 25 ases por cada árbol, en virtud de la acción de “*arboribus succisis*”.

Bajo la denominación genérica de “árboles” quedaban también comprendidas las viñas²³⁰:

228 HUVELIN, Paul, *Derecho Romano*, traducción de Mireya Argelaguet Nunes, F.C.U., s/d, Montevideo, t. IV, pág. 17.

229 ULPIANO, D, 47, 3, 1.

230 ULPIANO, D, 47, 7, 3.

“Debe saberse que a aquellos que cortan los árboles, y especialmente las viñas, se les debe castigar como los ladrones”²³¹.

En cualquier caso, si la planta fuera pequeña como una hierba no podría ser considerada como “árbol” a los efectos del delito²³². Si los autores del corte eran varios, el damnificado podía entablar contra cada uno la acción²³³.

c) Pastoreo (pastu).

El delito de pastoreo, que consistía en hacer pastar el rebaño en el campo de otra persona, era reprimido con la acción de *pastu pecoris*; sobre ésta, tal como enseña ROSSI MASELLA en su magistral tesis sobre la *lex Aquilia*, nos han llegado escasas noticias²³⁴.

El mencionado autor señala el ejercicio de la acción requería la conjunción de dos circunstancias: la primera, que el dueño de los animales los introdujera en el campo ajeno; la segunda, que el ganado efectivamente pastara, pues si ello no ocurría no quedaba expedita la acción²³⁵.

d) Incendio de una casa o de un montón de trigo (aedium incensarum).

231 GAYO, D, 47, 7, 2.

232 GAYO, D, 47, 7, 4.

233 POMPONIO, D, 47, 7, 6.

234 ROSSI MASELLA, Blas, *La Lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el Derecho Romano y su proyección en el Derecho Civil uruguayo*, Fac. de Derecho, Udelar, Montevideo, 1951, pág. 51.

235 ROSSI MASELLA, op. cit., pág. 52.

Al que incendiara intencionalmente una casa o un montón de trigo ubicado junto a una casa, se le ataba y azotaba y luego se le arrojaba al fuego; si el incendio era resultado de la negligencia, el culpable sólo debía resarcir el daño; por “casa” se entendía toda clase de edificios²³⁶.

e) Malversación de los bienes del pupilo (rationibus distrahendis).

La malversación de los bienes del pupilo daba lugar a la acción de *rationibus distrahendis*, por medio de la cual aquél podía reclamar al tutor el doble de los valores o bienes que hubiera sustraído o malversado.

f) Daño causado por animales (pauperie).

La acción de *pauperie* se concedía a fin de resarcir el daño el empobrecimiento (*pauper*) derivado de un daño causado por un animal cuadrúpedo; de acuerdo a la definición de ULPIANO, se trata de un daño causado sin *injuria* del que lo hace, pues el animal carece de razón²³⁷.

Según ROSSI MASELLA, para que pudiera ejercitarse la acción era necesario que el animal fuera cuadrúpedo (*quadrupes*) y doméstico²³⁸.

Sección VI. Delitos clásicos del derecho civil.

17) Proyecciones actuales.

a) Furtum.

236 GAYO, D, 47, 9, 9.

237 ULPIANO, D, 9, 1,1, 3.

238 ROSSI MASELLA, op. cit., pág. 323.

i) Concepto.

La palabra *furtum* proviene de *furvo*, es decir, “negro, porque el delito se comete en secreto o en la oscuridad, lo más comúnmente en la noche; o de la palabra fraude, como lo afirma SABINO; o de *ferendo* y *aufferendo*, llevar o transportar”²³⁹; todo lo dicho tiene que ver con el carácter clandestino y malicioso de la conducta.

Se atribuye a PAULO definición del *furtum* como la

“(…) aprehensión de una cosa con intención fraudulenta de obtener ganancia con la cosa misma, o también su uso, o su posesión, que por ley natural está prohibido admitir”²⁴⁰.

Por lo dicho, resulta erróneo atribuir a este delito en el Derecho romano el mismo alcance al que en la actualidad corresponde al hurto, pues la noción romana resultaba bastante más amplia que la de nuestra época.

ii) Elementos.

El delito suponía la existencia de dos elementos, uno material (*contraectatio*) y uno intencional o subjetivo (*animus furandi*)²⁴¹.

El *elemento material* comprendía: a) la sustracción de la cosa, es decir, lo que hoy se considera como un hurto propiamente dicho; o, b) el abuso de confianza, por ejemplo, en el caso de uso fraudulento de la cosa por parte del depositario (*furtum usus*) que se servía de la cosa confiada por su propietario, sin autorización de éste²⁴².

Como elemento intencional, se requería que el ladrón actuara conscientemente, a sabiendas de hacerlo contra la voluntad del *dominus* y con el propósito de obtener un

239 LABEON, D, 47, 2, 1.

240 I, 4, 1, 1,

241 FOIGNET, René, *Manuel Elementaire de Droit Romain*, Librairie Arthur Rosseau, París, 1922, pág. 227.

242 AULIO GELIO, *Noches Aticas*, VII, 15.

beneficio (*animus furandi*). En consecuencia, no había *furtum* si existía apoderamiento cometido de buena fe²⁴³.

iii) *Modalidades: furtum manifestus y nec manifestus.*

Existían dos modalidades de *furtum*, el *manifestus* y el *nec manifestus*.

La primera modalidad (*furtum manifestus*) se verificaba cuando el ladrón era sorprendido in fraganti, es decir, en el momento de la comisión del delito²⁴⁴ o inmediatamente después, llevando la cosa hurtada a su domicilio o a un lugar destinado a guardarla²⁴⁵, o, en términos más generales, cuando la cosa fuera recuperada antes que el ladrón llegara con ella al destino propuesto²⁴⁶. También se consideraba *furtum manifestus* cuando la cosa hurtada fuera hallada en la casa del ladrón, mediante una *perquisitio lance et licioque*. En este antiguo ritual el investigador ingresaba desnudo -cubierto solamente por un taparrabos- al domicilio de quien suponía autor del *furtum*, munido de una bandeja destinada a transportar el objeto sustraído, para el caso que éste fuera recuperado. Fuera de todos estos casos, el *furtum* era considerado *nec manifestus*.

Según resulta de las XII Tablas²⁴⁷, el *furtum manifestus* era castigado con la muerte del ladrón, si éste era un esclavo, o pena de azote y esclavitud si se trataba de un hombre libre; posteriormente, el pretor sustituyó estas penas por una pena pecuniaria consistente en una acción al cuádruplo. Las sustracciones cometidas de modo fraudulento en ocasión de un incendio, naufragio o catástrofe, daban lugar a la misma acción, durante el año; vencido este término la acción era simple²⁴⁸.

243 HUVELIN, op. cit., pág. 31.

244 ULPIANO, D., 47, 2, 3.

245 ULPIANO, D., 47, 2, 5.

246 JULIANO, D., 47, 2, 4.

247 8,4.

248 D, 47, 9, 1. En este pasaje se indica que si la sustracción fuera cometida en idénticas circunstancias, pero mediando violencia, el régimen de la acción es exactamente el mismo.

Cuando el *furtum* era *nec manifestus*, la pena pecuniaria consistía en una acción al duplo.

Excepcionalmente se imponía una pena al triple; ello ocurría en los casos de *furtum conceptum* y de *furtum oblatum*.

Se consideraba *furtum conceptum* cuando la cosa era recuperada, con la presencia de testigos, en la casa de un tercero. Debe tenerse presente que, cuando el objeto sustraído era hallado en la casa del ladrón y en ocasión de una *perquisitio lance et licioque*, se configuraba el *furtum manifestus*; en consecuencia, la pena aplicable era el cuádruplo.

A su vez, el *furtum oblato* se configuraba cuando la cosa hurtada era hallada en casa de un tercero, a donde había sido transportada con la intención que fuera hallada allí y no en el domicilio del ladrón; en ese caso, la acción al triple recaía sobre el que había transportado el objeto.

iv) Acciones resultantes del furtum: la actio furti y las acciones rei-persecutorias.

El *furtum* daba lugar a dos tipos de acciones distintas: la acción penal (*actio furti*) y las acciones *rei-persecutorias*, tendientes a la reparación del perjuicio.

- La *actio furti* era una acción penal, al doble (*furtum nec manifestus*) o al cuádruplo (*furtum manifestus*), y excepcionalmente al triple (*furtum oblatum* o *furtum conceptum*). El valor de base para la determinación del monto de la pena no era el valor venal del objeto, multiplicado por dos, tres o cuatro según el caso, sino el valor estimado por el damnificado. La acción en principio era reservada a los ciudadanos romanos, y sólo podía ser intentada por extranjeros (los “peregrinos”) en casos expresamente habilitados por la ley. Dentro de estas coordenadas, podía entablar la acción todo interesado en que el *furtum* no quedara impune, lo que comprendía al propietario de la cosa, así como también al usufructuario, al comodatario y al depositario de la misma. La acción se llevaba adelante contra el ladrón y sus cómplices, pero, en virtud del carácter personalísimo de la responsabilidad penal, no podía continuarse contra los herederos de aquéllos.
- Acciones *rei-persecutorias*: eran tres (la reivindicación, la acción *ad-exhibendum* y la *condictio furtiva*); tendían a la reparación del perjuicio, y podían ser ejercidas contra los herederos del ladrón o sus cómplices, a diferencia de la *actio furti*. Sólo podían ser promovidas por el propietario de la cosa sustraída, y no por cualquier persona interesada. Por medio de la *condictio*

furtiva, el propietario podía exigir al ladrón o sus herederos la transferencia de la propiedad del objeto, a fin de recuperarlo; en cambio, la *rei-vindicatio* de la cosa no era posible contra los herederos del ladrón.

b) Damnum injuria datum.

Bajo la denominación *damnum injuria datum* (daño causado injustamente), la *lex Aquilia* sistematizó la penalización de ciertas conductas generadoras de perjuicios al derecho ajeno.

En términos generales, esta norma corresponde al artículo 1319 de nuestro Código Civil, aun teniendo en cuenta que mientras esta última norma se aplica a “todo hecho ilícito del hombre que causa a otro un daño”, la *lex Aquilia* se aplicaba a un menor número de hechos dañosos.

La importancia de esta *lex* radica, además de la mencionada proyección en nuestro Derecho, en la regulación de una porción no desdeñable de la regulación del derecho de daños en el Derecho Romano.

Dicha regulación aparece ya en las XII Tablas, aunque no se estableciera en éstas un principio general de la responsabilidad por daños²⁴⁹. Una vez establecida la *lex Aquilia*, ésta coexistió con las viejas normas que habían sido introducidas por los decenviros.

i) Fecha de la lex Aquilia.

Si bien se conoce con certeza que la *lex* procedió de la iniciativa de “Aquilio el tribuno”, de allí su denominación, la fecha de la norma fue una cuestión largamente debatida.

En brillante tesis de 1951, el Profesor ROSSI MASELLA fundamentó su adhesión a la posición según la cual la fecha más probable se ubique próxima al año 286 a.C.²⁵⁰. A diferencia de otros textos antiguos, de los que sólo se conocen con certeza algunos de sus fragmentos, la redacción de esta *lex* ha llegado a nuestra época en su versión original.

249 ROSSI MASELLA, op. cit., pág. 63.

250 ROSSI MASELLA, op. cit., pág. 65.

La *lex Aquilia* se dividía en tres capítulos: el primero y el tercero se conocieron a través del Digesto; el segundo, a partir de los estudios de NIEBUHR, en el siglo XIX²⁵¹.

ii) Primer capítulo.

El primer capítulo de la *lex* disponía que quien diera muerte al esclavo o a la esclava ajena, o a un cuadrúpedo o animal considerado cabeza de ganado, era condenado a pagar al dueño el mayor valor de ese esclavo o animal durante el año anterior al hecho.

En efecto:

“La acción por perjuicio injustamente causado se estableció en la ley *Aquilia*, cuyo primer capítulo dispone que si alguien injustamente matare al hombre ajeno o a un cuadrúpedo de rebaño ajeno, será condenado a pagar al propietario el mayor valor que la cosa ha tenido ese año.

1. La ley no habla en general de los cuadrúpedos, sino de sólo aquellos que forman parte de los rebaños: no se aplica ni a las fieras ni a los perros, sino sólo a los que pastan en manadas, como son los caballos, las mulas, los asnos, las ovejas, los bueyes, las cabras. Lo mismo sucede con los puercos, comprendidos en la palabra ganado, pues también pastan juntos.

2. Matar injustamente, es hacerlo sin ningún derecho. Por consiguiente, el que mata a un ladrón, no está obligado, si no podía huir de otro modo del peligro.

3. Esta ley no es aplicable a aquel que ha matado por casualidad, sin culpa de su parte, porque de otro modo se castigaría la culpa igual que el dolo.

4. Por consiguiente si alguno, cuando juega o se ejercita en el disparo de flechas, hirió a tu siervo transeúnte, se distingue. Pues, si es un militar y se halla en el campo de ejercicios, o en donde se suelen ejercitar, ninguna culpa ha de ser entendida en él. Si fuese otro que no tiene esas actividades permitidas, será reo de culpa. El mismo *jus* cabe al militar, si el hecho sucedió en un lugar distinto de aquel destinado a los ejercicios militares.

5. Del mismo modo, si arrojando una rama desde lo alto de un árbol, un leñador ha muerto a tu siervo que pasaba, si lo ha hecho cerca de un camino público o vecinal, y no ha gritado para que se pudiese evitar el accidente, ha incurrido en culpa. Pero si el leñador ha gritado y el siervo no ha tenido cuidado, el leñador se halla exento de culpa. Igualmente si cortaba la leña lejos del camino público o en medio de un campo, aun cuando no hubiese gritado, porque en ese lugar ningún extraño tendría *jus* para pasar.

6. Si un médico que trató a tu siervo, abandonase su curación y el esclavo muriese, será reo de culpa.

7. La impericia se cuenta también como culpa. Por ejemplo, si un médico matare a tu siervo por haberlo tratado mal o haberle dado inoportunamente un medicamento.

8. Del mismo modo si alguien, por impericia, no puede sujetar sus mulas que se desbocan y que atropellan a tu siervo, es reo de culpa. Si por debilidad no ha podido sujetarlas, mientras que otro más

251 ARANGIO RUIZ, cit. por ROSSI MASELLA, pág. 68.

fuerte hubiera podido, hay culpa igualmente. Las mismas decisiones se aplican al que, montado en un caballo, no ha podido contener su ímpetu por debilidad o impericia.

9. Las palabras de la ley ‘el mayor valor que la cosa ha tenido ese año’ significa que si te han matado a tu hombre, que se encontraba cojo o manco o tuerto, pero que había tenido en el año todos sus miembros y merecido un buen precio, estará obligado el matador, no a su valor actual, sino al más alto que tuvo en ese año. Por esa razón se ha creído que la acción de esta ley es penal, porque no sólo obliga a resarcir el daño causado, sino a veces, mucho más. De aquí se resolvió que esta acción no corre contra los herederos, lo que sí hubiera sucedido si la condena no hubiese nunca excedido del daño causado.

10. Se ha decidido, no por los términos de la ley, sino por interpretación, que debe apreciarse no sólo la cosa perecida, según lo dicho, sino de todo el amplio perjuicio que de la pérdida nos surgiera. Por ejemplo, si (...) si ha sido muerta una de las mulas de un par, o un caballo de una cuadriga, o un esclavo de una compañía de comediantes, se estima no sólo la cosa perdida, sino que también debe considerarse la depreciación de las que sobreviven²⁵².

iii) Segundo capítulo.

En el mismo se introdujo una primera forma de protección al elemento inmaterial del patrimonio (derecho de crédito), lo que demuestra la evolución que presentaba el Derecho Romano en los comienzos del siglo III a.C., es decir, transcurridos algo menos de quinientos años desde la fundación de la ciudad. Inicialmente, el patrimonio fue en Roma sinónimo solamente de bienes materiales; ni las deudas ni los créditos fueron en principio considerados elementos patrimoniales.

La *lex* concedía una acción contra el co-estipulante (*adstipulator*) que fingiera haber recibido un pago, en perjuicio del acreedor principal. El *adstipulator* era un acreedor secundario, al que se dotaba de todas las facultades propias del acreedor para proteger los intereses de éste. Cuando este co-estipulante declaraba haber recibido el pago, no siendo ello verdadero, el acreedor podía, de acuerdo al segundo capítulo de la *lex* Aquilia, accionar contra aquél para resarcirse del perjuicio sufrido.

iv) Tercer capítulo.

El tercer capítulo de la *lex* Aquilia tenía clara relación con el capítulo primero de la misma, aunque en este caso el daño resarcible no tuviera su origen en la muerte de un esclavo o animal, sino en la lesión causada en tales clases de bienes:

“El tercer capítulo se ocupa de otro tipo de daño. Así, cuando un siervo o un cuadrúpedo de los que pastan en manadas haya sido herido, o bien cuando un cuadrúpedo no comprendido en esta clase, como un perro,

252 I, 4, 3.

haya sido herido o muerto, este tercer capítulo establece una acción. Reprime igualmente el daño causado con injusticia a todos los demás animales y cosas inanimadas. En efecto, establece una acción para todo lo que fuese quemado, roto o fracturado. Como la palabra roto habría bastado para todos estos casos (...), con ella no sólo debe entenderse lo roto o quemado, sino también lo separado, lo perdido, o deteriorado por cualquier causa. (...) Es evidente que de la misma manera que sólo se está obligado, según el primer capítulo, por la muerte del siervo o del cuadrúpedo, si fueron muertos por dolo o culpa, así es igualmente en el capítulo tercero. Pero aquí la obligación del que causare el daño no consiste en el mayor valor de la cosa en el año, sino en los últimos treinta días”²⁵³.

v) *Daño “corpore et corpori”.*

La *lex Aquilia* dispuso que era resarcible el daño causado con el cuerpo (“corpore”), es decir, directamente por el ofensor, sin mediar la intervención de otra causa u otra fuerza. Por ejemplo, en opinión de GAYO que debía considerarse *corpore* el daño provocado por la muerte de un esclavo o cabeza de ganado ajena, si la muerte se hubiese producido encerrándolos y dejándolos morir de hambre; igualmente, si alguien convenciera a un esclavo de subir a un árbol o bajar a un pozo y el esclavo, al subir o bajar, muriera o resultara lesionado²⁵⁴.

Asimismo, la *lex* establecía que el daño debía ser *corpori*, esto es, que se tratara de un daño material que alcanzara el “cuerpo mismo del objeto dañado”; por ejemplo, quien muriera por haber ingerido veneno no había sufrido ninguna lesión en su cuerpo, por lo que en este caso no se concedía la acción²⁵⁵.

vi) *Daños no tutelados por la ley Aquilia.*

En algunos casos, aun existiendo daño, no se admitía la acción prevista por la *lex Aquilia*; al respecto ROSSI MASELLA reseña los siguientes²⁵⁶:

253 I, 4, 3.

254 ROSSI MASELLA, op. cit, pág. 89.

255 ROSSI MASELLA, op. cit., pág. 91.

256 Op. cit, págs.. 93 a 97.

- El daño producido por el derrumbe de un edificio estaba especialmente regulado por una acción de naturaleza preventiva, denominada *cautio damni infecti*.
- El daño causado por aguas pluviales, cuando éstas caían violentamente sobre un fundo más bajo, era contemplado por la acción -también de carácter preventivo, como la anterior- *aquae pluviae arcendae*.
- Finalmente, el daño provocado por los animales, era resarcible en virtud de la *actio de pauperie*.

c) Injuria.

El término “injuria” designaba en el Derecho Romano, en general, todo lo realizado sin derecho, lo que comprendía un amplio conjunto de conductas que afectaban el interés ajeno, ya sea por medio de golpes, lesiones, escritos difamatorios, y especialmente, insultos²⁵⁷.

“Labeón afirma que la injuria se comete por la cosa o por las palabras (de *re et verbis*). Por la cosa, si se emplean las manos; por las palabras, si no se emplean las manos. Toda injuria ataca el cuerpo, la dignidad o el honor”²⁵⁸.

El castigo de la injuria fue evolucionando con el tiempo; FOIGNET²⁵⁹ distingue al respecto cuatro etapas:

- En las XII Tablas, la pena era el talión (“ojo por ojo, diente por diente”) salvo que el ofensor pagara una compensación legalmente tasada: trescientos ases, si el hombre era libre, y ciento cincuenta si se trataba de un esclavo; para otras ofensas, como las bofetadas, la pena era de veinticinco ases. AULIO GELIO refiere el caso de un joven de alta sociedad, LUCIUS VERATIUS, quien solía divertirse abofeteando por las calles romanas a los transeúntes que se cruzaran

257 ULPIANO, D, 47, 10, 1.

258 ULPIANO, D. 47, 10, 1, 2.

259 Op. cit., páginas 230 y siguientes.

con él, abonándoles de inmediato a los agraviados, por intermedio de un esclavo que le seguía unos pasos atrás, la mínima pena pecuniaria²⁶⁰.

- En el derecho honorario, el pretor creó la acción *injuriarum aestimatoria*, por la que el juez, según las circunstancias, fijaba en cada caso el monto de la compensación. Dicha acción era de carácter penal e infamante, y, por tanto, intransmisible a los herederos del ofensor.
- La ley Cornelia, aprobada bajo la dictadura de Sila, regulaba ciertas injurias, como las cometidas por medio de escritos difamatorios, la violación de domicilio y los golpes. La ley daba al ofendido la posibilidad de elegir entre la imposición de una pena pública o la fijación de una compensación por el juez.
- En el derecho justiniano, el sistema establecido por la *lex* Cornelia fue extendido a todos los casos de injuria.

i) Os fractum, membrum ruptum e injuriae.

Las XII Tablas establecieron tres modalidades de injuria: el hecho de haber roto un hueso (*os fractum*), cortado o arrancado un miembro (*membrum ruptum*) y las violencias corporales leves, como las bofetadas (*injuriae*).

ii) Injurias cometidas mediante escritos difamatorios (famosis libellis).

Asimismo, quien compusiera un escrito para difamar a otro, o lo distribuyera, o de cualquier forma aplicara sus medios para que una u otra cosa sucediera, quedaba sujeto a la acción establecida por la ley Cornelia de injurias²⁶¹.

El delito se cometía aunque no se indicara el nombre de la persona agraviada; tratándose de un afiche público, si el nombre del difamado no era incluido ello aparejaba un

260 AULO GELIO, op. cit., XX, 1.

261 ULPIANO, D, 47, 10, 5, 9.

problema de prueba contra el acusado²⁶², pero además determinaba que la persecución del delito tuviera lugar por medio de un juicio público. En cambio, cuando el ofendido era claramente identificado tenía derecho a intentar una acción privada, puesto que el interés era de carácter privado²⁶³.

Sección VII. Delitos creados por el pretor.

18) *Proyecciones actuales.*

a) *Rapiña.*

El hurto cometido con violencia no se encontraba previsto en la antigua noción del *furtum*, establecida en la época de las XII Tablas (años 451 a 450 a.C.). Asimismo, el *damnum injuria datum*, introducido por la lex Aquilia (año 286 a.C.), no era castigado por ésta cuando el daño era ocasionado por un grupo de hombres armados, constituidos en banda.

Llegado el año 90 a.C. la preocupación por el mantenimiento de la paz pública aumentó, cuando en, tiempos de la “Guerra Social”, el mundo romano se vio conmovido por la irrupción de grupos armados que asolaban la Península.

Poco después, el pretor peregrino Terentius Lucullus (año 76 a.C.) creó una nueva acción penal, denominada *vi bonorum raptorum*, que castigaba al cuádruplo la sustracción mediante violencia, y el daño ocasionado por grupos o con armas.

Dicha acción era anual; vencido el término, la víctima tenía derecho a reclamar el valor simple de la cosa.

La acción *vi bonorum raptorum* era acumulable con la correspondiente al *furtum (actio furti)*:

“El que arrebató cosas ajenas ha de responder también por hurto. Pues, ¿quién puede sustraer una cosa más contra la voluntad de su dueño que el que la arrebató con violencia? Así, con razón, se le ha llamado *ladrón excesivo*. Pero el pretor introdujo contra este delito una acción especial llamada ‘de violencia contra raptos de bienes’, que es del cuádruplo dentro del año, y después simple. Esta acción procede aunque se hubiese arrebatado una sola cosa mínima. El cuádruplo no es aquí íntegramente a título de

262 ULPIANO, D, 47, 10, 5, 10.

263 PAULO, D, 47, 10, 6.

pena, quedando además a salvo la persecución de la cosa, como hemos dicho respecto del robo manifiesto, sino que en este cuádruplo se halla comprendida la persecución de la cosa, de manera que la pena es del triple, sea que el ladrón haya sido aprehendido o no en flagrante delito. Pues habría sido ridículo hacer más suave la condición del que arrebató con violencia que la del que sustrae clandestinamente.

1. Sin embargo, como esta acción sólo se da contra aquel que ha arrebatado con dolo malo, si alguien arrebató una cosa movido por error, creyéndose su dueño, e ignorante del derecho con esa idea la arrebató, como si un propietario pudiese recobrar su cosa, aun con violencia, de los poseedores, deberá ser absuelto. Por la misma razón no se tendrá tampoco, en este caso, la acción de hurto. Pero, para que no sea que, con tal excusa, aparezca una vía para la rapiña, las constituciones han sido mejoradas en este aspecto, de modo que nadie pueda por fuerza arrebatar una cosa mueble o semoviente, aunque se crea su propietario. Y si actuare contra lo estatuido, cederá la cosa si era suya, y si no lo era, después de restituirla, deberá además pagar su valor estimado.

2. No es necesario, respecto de esta acción, que la cosa fuera del actor. Por consiguiente, que una cosa haya sido arrendada, prestada o dada en prenda (...) o aun en depósito, en tanto esté interesada en que no sea le quitada, como, por ejemplo, en caso de haber prometido responder, respecto del depósito, hasta de su culpa²⁶⁴.

Sobre el alcance noxal de la acción, ULPiano señalaba:

“En virtud de esta acción devenida noxal, se debe hacer abandono no de todos los esclavos, sino de aquellos o aquel que se pruebe que han cometido el delito”²⁶⁵.

“Si mi esclavo fugitivo compra algunas cosas para su utilidad, y algunas de ellas le fueran arrebatadas por la fuerza; teniendo en cuenta dichas cosas me pertenecen, puedo intentar la acción correspondiente a los bienes sustraídos por la fuerza”²⁶⁶.

b) Dolus.

El dolo era una maniobra fraudulenta, cometida por una persona para inducir a otra en error y determinarla a realizar un acto, ya fuera material o jurídico; la acción de dolo fue creada por el pretor Aquilius Gallus, en el año 66 a.C.

Dicha acción tenía, según FOIGNET cinco características: era *penal*; *infamante*; *subsidiaria*; *arbitraria*; *personal*²⁶⁷:

264 I, 4, 2.

265 ULPiano, D, 47, 7, 2, 16.

266 ULPiano, D, 47, 8, 2, 25.

- *Carácter penal*: la acción era anual y no era concedida contra los herederos del autor del dolo.
- *Carácter infamante*: el autor del dolo era condenado al valor simple del perjuicio causado, sin múltiplos, pero, en contrapartida, en caso de condena ésta tenía carácter infamante.
- *Carácter subsidiario*: la acción no podía ser intentada sino en defecto de todo otro medio de procedimiento.
- *Carácter arbitrario*: el autor del dolo podía evitar la condena mediante la reparación del perjuicio causado.
- *Carácter personal*: la acción sólo podía entablarse contra el autor del dolo (*scripta in personam*).

c) *Metus*.

El *metus* consistía en el temor causado por una persona sobre otra, por medio de la violencia, para determinarla a contratar.

Para reprimir la violencia, el pretor Octavio otorgó -a quien la sufriera- la acción *quod metus causa*; ello ocurrió alrededor del año 150 a.C.²⁶⁸.

Dicha acción era, al igual que la acción de dolo, de carácter *penal y arbitraria*, pero no era simple (era al cuádruplo), ni infamante, ni subsidiaria, ni *in personam scripta* (podía intentarse contra todos aquellos que hubieran cometido la violencia).

d) *Fraus creditorum*.

El *fraus creditorum* era una maniobra fraudulenta del deudor, por la cual, deliberadamente, éste agravaba su insolvencia en perjuicio del acreedor.

A fin de sancionar el fraude, el pretor PAULO creó la acción que ha conservado su nombre (acción pauliana). El ejercicio de ésta se encontraba supeditada a la concurrencia de tres condiciones:

267 FOIGNET, op. cit., pág. 235.

268 FOIGNET, op. cit., pág. 236.

- El empobrecimiento del deudor; no bastaba un acto por el cual omitiera una mejora en su condición.
- Existencia de un acto que le tornara insolvente, o más insolvente.
- Complicidad de un tercero, que acompañara el acto del deudor, aunque se tratara de un acto a título gratuito.

La acción pauliana no podría ser intentada aisladamente por el acreedor, sino, en nombre de todos ellos, por el *curator bonorum vendendorum*, figura que jugaba en Roma un rol análogo al que hoy desempeñan los síndicos²⁶⁹. La acción se dirigía contra los terceros beneficiarios del acto fraudulento.

²⁶⁹ FOIGNET, op. cit., pág. 237.

Capítulo II

LA HUMANIZACIÓN DE LA PENA.

Sección. I. La evolución del *jus puniendi* en las distintas sociedades.

“Se mata, ante todo, en nombre del orden. Pero también los cementerios están llenos de orden, y de silencio. ‘La ciudad santa está sembrada de cadáveres’, escribió Manceron en su *Histoire des Revolutions*. ‘Veo con satisfacción que comienza a reinar una completa paz en mi buena ciudad de Nápoles’, comentará Fernando II contemplando desde el balcón de su palacio los cadáveres que cubren las calles. ‘¿Enemigos -se preguntará un día el General Narváez-. No los tengo: los mandé fusilar a todos’.”²⁷⁰

19) “Pena” y “penología”.

La pena constituye una disminución de un bien jurídico con que se amenaza, y que se aplica a quien viola un precepto legal²⁷¹; se trata de uno de los tres elementos dentro del clásico tríptico del Derecho Penal: delito, delincuente y pena.

“Desde que Francis Lieber, en 1834, utilizó por primera vez el término ‘penología’, definiéndola como la rama de la ciencia criminal que se ocupa del castigo del delincuente, el estudio de la pena, como medio directo de lucha contra el delito, representa tal vez el más fundamental capítulo de esta disciplina”²⁷².

270 SUEIRO, Daniel, *La pena de muerte. Ceremonial, historia, procedimientos*, Alianza Editorial, Madrid, 1974, pág. 14.

271 GOLDSTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, 3era. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 734.

272 Omeba, op. cit., tomo XXI, pág. 963.

Según CUELLO CALÓN, la penología (del griego *poine*, castigo, y *logos*, saber) se ocupa del estudio de los diversos medios de prevención y represión del delito, y especialmente de su ejecución; todo género de sanción, pena o medida, cae dentro del ámbito de la penología²⁷³.

Desde la antigüedad se han intentado múltiples definiciones sobre la pena. ULPIANO la caracteriza como la venganza ante un delito; BECCARIA, precursor de la humanización del Derecho Penal, la define como el obstáculo político contra el delito; CARRARA, como el restablecimiento del orden externo en la sociedad²⁷⁴; PESSINA, como el sufrimiento que recae sobre quien ha sido declarado autor de un delito; VON LISZT, como un mal impuesto por un juez para materializar la reprobación social que afecta al acto y al autor; FLORIAN, como el tratamiento al cual es sometido por el Estado, con fines de defensa social, el autor de un delito; SOLER, como un mal amenazado primero, y luego impuesto al transgresor de un precepto legal, y cuyo fin es evitar los delitos²⁷⁵.

Siguiendo a FLEW y a HART, NINO afirma que la pena presenta las siguientes características:

- implica la privación de libertad de derechos normalmente reconocidos u otras medidas consideradas no placenteras;
- es consecuencia de un delito;
- es aplicada en contra del autor del delito;
- es aplicada por un órgano del mismo sistema que ha convertido en delito el acto de que se trata²⁷⁶.

El concepto de pena está ligado al de sanción, aunque es menos amplio que éste. La noción de pena surge como consecuencia del delito, es decir, históricamente aparejada a la idea de castigarlo; en cambio, el concepto de sanción es moderno, desde que su conformación fue, fundamentalmente, obra de los positivistas.

“Podríamos decir que mientras toda pena constituye una sanción, no ocurre lo propio a la inversa”²⁷⁷.

273 GOLDSTEIN, op. cit., pág. 741.

274 GOLDSTEIN, op. cit., pág. 735.

275 Omeba, op. cit., tomo XXI, págs. 966 y 967.

276 NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1980, pág. 199.

20) *Las fases típicas del jus puniendi.*

El *jus puniendi*, o derecho de castigar, ha pasado en la gran mayoría de las legislaciones por una evolución muy similar:

- (i) Al principio, la venganza incontrolada fue el único principio ético y de represión.
- (ii) La primera limitación a este derecho de venganza resultó de la aplicación del talión: el mal infligido al autor del delito debía ser de la misma naturaleza y de la misma importancia que el mal sufrido por la víctima.
- (iii) El derecho de venganza fue reemplazado por las composiciones voluntarias, fijadas por los particulares; ni el ofensor estaba obligado a ofrecer la reparación, ni el ofendido era obligado a aceptarla.
- (iv) Posteriormente, tales composiciones pasaron a tener un carácter legal, obligatorio y tasado.
- (v) Finalmente, el Estado sustituyó a los particulares en la tarea de reprimir los delitos.

Esta evolución de la pena coincidió con una evolución en el tipo y crueldad de las sanciones. Durante mucho tiempo las penas fueron brutales, como las marcas en el cuerpo con hierros candentes, la mutilación de miembros, la introducción en canastas cerradas junto con animales, la hora, el enterramiento vivo, la confesión pública y obligada a viva voz²⁷⁸, el descuartizamiento, la horca, la guillotina, el garrote, el apedreamiento, la ejecución en público, etc..

Al cabo de un largo recorrido histórico, a partir del siglo XVIII estas prácticas fueron gradualmente sustituidas por otros recursos punitivos, especialmente las penas privativas de libertad. De este recurso cada vez mayor a la prisión ha resultado que la misma tenga una abrumadora centralidad en los actuales sistemas punitivos:

277 Omeba, op. cit., tomo XXI, pág. 964.

278 Omeba, op. cit., pág. 964.

“Tengamos la honestidad de admitirlo: nuestra justicia es una justicia de prisión”²⁷⁹.

En forma paralela al reemplazo de las penas más brutales por la privación de libertad, se fue afirmando gradualmente la prohibición de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, principio que hoy constituye un mandato jurídico absoluto e incondicionado.

Sección II. Orígenes del *jus puniendi*.

21) *La venganza primitiva.*

La primera forma de reacción humana frente a la agresión fue la venganza incontrolada. En las sociedades primitivas los grupos de parentesco tendían a actuar como unidades frente a una agresión, real o supuesta, de alguno de sus miembros. De esta manera, las disputas se intensificaban hasta involucrar a aldeas enteras o grupos de aldeas:

“El mayor peligro proviene de las disputas que terminan en homicidios. Las gentes de las bandas y aldeas, cuya base organizativa es el parentesco, muestran una intensa adhesión a la convicción de que la única respuesta adecuada a un homicidio es matar al asesino o a un miembro apropiado de su grupo de parentesco”²⁸⁰.

Así, la resolución de los conflictos de convivencia por medio de la venganza propiciaba la guerra. Marvin HARRIS que una primera evidencia arqueológica de la existencia de la guerra radica en la construcción de aldeas y poblaciones fortificadas -la más antigua es el Jericó pre-bíblico, en el año 7.500 a.C., cuando se construyó un complejo sistema de murallas, torres y fosos defensivos- aunque resulta lógico suponer que la guerra es una práctica muy antigua, aunque sus características difirieron en las épocas sucesivas de la prehistoria y la historia²⁸¹.

La ausencia de una autoridad política centralizada propiciaba las venganzas de sangre, cuyo único límite estaba dado por las posibilidades de la fuerza grupal propia. Según DURKHEIM, los pueblos primitivos castigaban por castigar, hacían sufrir al culpable

279 KHUN, André, *Sanctions pénales: est-ce bien la peine? Et dans quelle mesure?*, Editions de l'Hèbe, Ginebra, 2010, pág. 16.

280 HARRIS, Marvin, *Antropología Cultural*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pág. 259.

281 HARRIS, Marvin, *Caníbales y reyes. Los orígenes de las culturas*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pág. 51.

únicamente por hacerlo sufrir y sin esperar para ellos mismos ventaja alguna del sufrimiento.

La prueba está en que no se buscaba castigar lo justo ni castigar útilmente, sino solamente castigar. Por eso se castigaba a los animales por el acto reprobado, e incluso a los entes inanimados que fueran el instrumento del delito, como el cuchillo empleado para perpetrar el homicidio. Cuando la pena se aplicaba a personas, se extendía con frecuencia más allá del culpable, alcanzando a inocentes, la mujer, los hijos, los vecinos²⁸².

“Es que la pasión, que constituye el alma de la pena, no se detiene sino hasta después de agotada. Si, pues, ha destruido a quien más inmediatamente la ha suscitado, si le quedan algunas fuerzas, se extiende más aun, de una manera completamente mecánica”²⁸³.

Los primeros intentos por superar la regla de la fuerza bruta y reemplazarla por la racionalidad se encuentran mucho más próximos en el tiempo, pues montan a los albores de la civilización griega.

En la época homérica, HESÍODO postulaba la justicia como regla básica de la convivencia humana, en la siguiente exhortación a su hermano:

“Perses, grábate esto en el corazón: presta atención a la justicia y olvida por completo la violencia. Pues el Crónida puso esta ley para los hombres: a los pájaros, peces y aves, comerse los unos a los otros, ya que no hay justicia entre ellos; a los hombres, en cambio, les dio la justicia, que es mucho mejor”²⁸⁴.

La distinción que hace el poeta es clara: en el estado natural, propio del reino animal, impera la fuerza; en la organización jurídica, característica de los hombres, la justicia.

Esta diferencia -apunta JAEGER- entre los hombres y los animales se refleja claramente con el ejemplo del halcón y el ruiseñor. HESÍODO sostiene que entre los hombres no hay que apelar nunca al derecho del más fuerte, como lo hace el halcón con el ruiseñor²⁸⁵.

282 DURKHEIM, Emile, op. cit., pág. 101.

283 DURKHEIM, op. cit., pág. 102.

284 *Trabajos y Días*, 275-280.

285 ORTIZ RIVAS, Hernán, *La especulación iusfilosófica en Grecia antigua: desde Homero hasta Platón*, Edit. Temis, Bogotá 1990, pág. 29.

“La idea del derecho es, para él, la raíz de la cual ha de surgir una sociedad mejor”²⁸⁶.

Sin embargo, más allá de estas ideas precursoras, fue necesario el transcurso de varios siglos hasta que quedara atrás la venganza libre como principio de represión; es más, aun después de HESÍODO, el propio Derecho introdujo, en tiempos de Dracón, un sistema de penas tan desproporcionado que resultaba conceptualmente anterior al talión.

Sección III. La venganza proporcionada.

22) Estudio particular del talión.

La típica fórmula del talión se encuentra en la Biblia:

“El que hiera de muerte a un hombre debe ser castigado de muerte. El que hiera de muerte a un animal pagará con otro; vida por vida. El que cause alguna lesión a su prójimo, como él hizo, así se le hará: fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; se hará la misma lesión que él ha causado a otro. El que mate a un animal, dará otro por él; el que mate a un hombre, morirá”²⁸⁷.

De acuerdo a este principio, el mal infligido al autor de un delito debe ser de la misma naturaleza e importancia que el daño sufrido por su víctima, y no más. Como bien se ha dicho, la regla consiste en devolver al ofensor “la pareja del daño”²⁸⁸.

El término talión proviene del latín, *talis-tale*, “semejante”, “igual”²⁸⁹. Según LARA PEINADO, la fórmula, ampliamente consagrada en el derecho mesopotámico, buscaba resolver los dos aspectos del delito; el social, castigando determinadas conductas a fin de asegurar la paz pública, y el individual, restituyendo a cada cual aquello de lo que fue injustamente privado, procurándole a cada individuo la satisfacción en lo que resultó ofendido²⁹⁰.

286 JAEGER, Werner, *Paideia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946, tomo I, pág. 87.

287 Levítico, 24,17-21.

288 LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Edit. Tecnos, 3ra. edición, Madrid, 1997, pág. 157.

289 LARA PEINADO, op. cit., pág. 157.

290 Idem, pág. 157.

Se reconoce al derecho mesopotámico como el más antiguo desarrollo de la venganza proporcionada o talionaria, aunque los primeros antecedentes de la misma remonten a la época neolítica; la venganza talionaria aparece recogida, casi con igualdad de fórmulas, en el Viejo y en el Nuevo Mundo²⁹¹.

Este descubrimiento jurídico, que en opinión de BERNALDO DE QUIRÓS “puso término, por fin, a las angustias morales que pudiera haber en los jueces penales de los primeros tiempos”, se produjo “*quelque par, quelque jour*”, sin que pueda determinarse con precisión dónde y cuándo ocurrió²⁹².

a) El talión en el derecho mesopotámico: el Código de Hammurabi.

El código de Hammurabi plasmó una amplia regulación del talión. De sus doscientas ochenta y dos leyes, diecisiete consagran a texto expreso la venganza proporcionada²⁹³:

(1) “Si un señor señaló con el dedo a una mujer²⁹⁴, sin aportar pruebas, flagelarán a tal persona en presencia de los jueces y le rasurarán una parte de su pelo”²⁹⁵.

(2) “Si un señor abandonó su ciudad y huyó, y si después de su defección su esposa ha entrado en la casa de otro hombre, en caso que ese señor regrese y desee recobrar a su esposa, puesto que él desdeñó su ciudad y huyó de ella, la esposa del fugitivo no retornará a su primer esposo”²⁹⁶.

291 BERNALDO de QUIRÓS, op., cit., pág. 15.

292 Idem, pág. 16.

293 El código, aparecido sobre el año 1760 a.C., debe su nombre a su inspirador, el rey Hammurabi (1792-1750 a.C.) legatario directo del dios Shamash. Si bien múltiples textos atribuyen el talión a este codificador, en la obra de sus predecesores también se encuentra establecido a texto expreso el mismo principio. Por ejemplo, la ley 1 del código de Shulgi (2094-2047 a.C.) dispone: “Si un hombre ha cometido un asesinato, se matará a ese hombre”. En opinión de Federico LARA PEINADO y de Federico LARA GONZÁLEZ (*Los Primeros Códigos de la Humanidad*, Edit. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 60), la disposición se aplicaba a los homicidios voluntarios.

294 De acuerdo al contexto del documento histórico, la acción con seguridad refiere a una acusación concreta de infidelidad contra una sacerdotisa casada, de alta categoría, o una esposa.

295 Código de Hammurabi, ley 127.

(3) “Si un hijo ha golpeado a su padre, se le amputará su mano”²⁹⁷.

(4) “Si un señor ha reventado el ojo de otro señor, se le reventará su ojo”²⁹⁸.

(5) “Si un señor ha desprendido de un golpe un diente de un señor de su mismo rango, se le desprenderá de un golpe uno de sus dientes”²⁹⁹.

(6) “Si un señor ha golpeado la mejilla de otro superior a él, será golpeado públicamente con un vergajo de buey sesenta veces”³⁰⁰.

(7) “Si un señor ha golpeado a la hija de otro, y motiva que aborte, pesará diez siclos de plata por el aborto causado./Si esta mujer muere, su hija recibirá la muerte”³⁰¹.

(8) “Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en el esclavo de un subalterno con una lanceta de bronce y le ha causado la muerte, entregará esclavo por esclavo”³⁰².

296 *Idem*, ley 136. La condición social y jurídica del que huía era muy distinta a la del prisionero; la esposa del fugitivo podía contraer válidamente nuevas nupcias.

297 Ley 195. En su excelente estudio sobre el código de Hammurabi, LARA PEINADO indica (op. cit., pág. 156) que este castigo únicamente se llevaba a la práctica en el caso que el hijo golpeará muy violentamente a su padre, previéndose para otras ofensas la desheredación (leyes 168 y 169). El padre que se propusiera desheredar al hijo debía expresar previamente ante los jueces los motivos para ello, y aun si la falta era grave, aquéllos tenían la facultad de perdonar por única vez al hijo ofensor.

298 Ley 196.

299 Ley 200. Aunque la referencia al mismo rango ha sido entendida por algunos como igualdad en años, LARA PEINADO la interpreta como paridad social (op. cit., pág. 158).

300 Ley 202; en realidad, en este pasaje la venganza excede largamente el mal causado. Tal desigualdad de trato tendría que ver con el mayor rango del agredido.

301 Leyes 209 y 210. Un antecedente similar a estas disposiciones se encuentra en el anexo final del código del rey Lipit-Ishtar, precedente (1934-1924 a.C) a Hammurabi. Las leyes 6 y 7 de dicho epílogo disponían: “Si un extraño ha golpeado a la esclava de un hombre y le ha provocado un aborto, pesará cinco GÍN de plata./Si ella muere, dará esclava por esclava” (LARA PEINADO y LARA GONZÁLEZ, op. cit., pág. 106); asimismo, la ley 10 de la serie Ana Ittishu establecía: “Si un buey ha producido la pérdida de otro buey en un recinto, se resarcirá buey por buey” (*Idem*, pág. 80). Los ejemplos citados demuestran la presencia del talión en el derecho mesopotámico aun antes de Hammurabi.

302 Ley 219.

(9) “Si un albañil ha edificado una casa para un señor, pero no ha dado solidez a la obra y la casa que construyó se ha desplomado y ha causado la muerte del propietario de la casa, ese albañil recibirá la muerte”³⁰³.

(10) “Si es al hijo del propietario a quien ha causado la muerte, recibirá la muerte el hijo de ese albañil”³⁰⁴.

(11) “Si es al esclavo del propietario de la casa a quien ha causado la muerte, dará al propietario de la casa un esclavo”³⁰⁵.

(12) “Si ha destruido bienes, todo lo que haya destruido lo pagará. Y puesto que no dio solidez a la casa que edificó y se desplomó, reconstruirá a sus propias expensas la casa que se desplomó”³⁰⁶.

(13) “Si un barquero ha calafateado una embarcación para un señor, pero no ha asegurado su obra, y si en ese mismo año esa embarcación escora, él asumirá la culpa; el barquero desmontará esa embarcación y la reforzará a sus propias expensas; después, devolverá la embarcación reforzada al propietario”³⁰⁷.

(14) “Si un señor ha alquilado su embarcación a un barquero, y si el barquero ha sido negligente y ha dejado hundir la embarcación o la ha destrozado, el barquero entregará otra al propietario”³⁰⁸.

(15) “Si un señor ha alquilado para sí un barquero y una embarcación, y la ha cargado de granos, lana, aceite, dátiles o cualquier otro flete, si el barquero ha sido negligente y ha dejado hundir la embarcación perdiendo su cargamento, el barquero pagará la embarcación que ha dejado hundir, así como cada cosa que del cargamento ha hecho perder”³⁰⁹.

303 Ley 229. LARA PEINADO recuerda que los derrumbes eran frecuentes, tanto por los materiales como por las precarias técnicas empleadas (op. cit, pág. 168).

304 Ley 230. En este caso, al igual que en la ley 210, el talión recaía sobre un tercero inocente.

305 Ley 231. Los esclavos eran bienes materiales: el talión restituía un bien por otro.

306 Ley 232.

307 Ley 235.

308 Ley 236.

309 Ley 237. Como observa LARA PEINADO (op. cit., pág. 169) se alude a distintos productos pero no se menciona la posibilidad de ahogo de las personas. Según dicho autor, tal silencio podría entenderse como omisión del codificador, pero también podría ser el resultado de la inexistencia de esa clase de infortunios.

(16) “Si un señor ha alquilado un buey, y si por negligencia o por los golpes le ha causado la muerte, pagará al propietario un buey equivalente”³¹⁰.

(17) “Si ha dejado perecer al buey o al cordero que le había sido confiado, pagará a su propietario buey por buey, cordero por cordero”³¹¹.

Ningún otro texto de la Antigüedad o de la Edad Media consagra con esta amplitud el talión. Al mismo tiempo, el código preveía la pena de muerte en más de veinte leyes³¹², a lo que se agregaba una vasta gama de compensaciones tasadas, ya sea por el doble³¹³, el triple³¹⁴, o el séxtuplo³¹⁵, llegando en algunos casos a diez³¹⁶, doce³¹⁷ y hasta treinta

310 Ley 245.

311 Ley 263.

312 Leyes 1-3 6-16, 19, 21-22, 25-26, 33-34, 98, 108-110, 116, 129-130, 133, 143, 153, 155, 157, 210, 227, 229-230, y 256. Entre otros supuestos, se incluían el falso testimonio, el hurto, la venta de la cosa recibida en custodia, la compra de objetos hurtados, la sustracción de menores, la complicidad en la fuga de esclavos o el aprovechamiento del esclavo fugado, el pillaje, la complicidad en actos de conspiración, el incesto entre madre e hijo, el adulterio, y el abuso de mujer doncella.

313 Ley 124, al depositario que negara haber recibido la cosa.

314 Ley 106, por incumplimiento en contrato de mutuo.

315 Ley 107, por injusto reclamo en la misma clase de contrato.

316 Ley 8, hurto de cosa perteneciente al subalterno, entendiéndose por tal en el código al hombre de clase intermedia, entre el libre y el esclavo.

317 Ley 5, prevaricación; además, el juez quedaba definitivamente inhabilitado para impartir justicia.

veces³¹⁸ el valor inicial. Además de estas penas, el código establecía el destierro³¹⁹, la desheredación³²⁰, y la esclavitud por deudas³²¹.

En consecuencia, a pesar de la importancia del talión en el código de Hammurabi, en éste se previó un sistema híbrido en el que, además de la venganza proporcional, jugaban un rol fundamental la pena capital y las composiciones obligatorias.

b) El talión en el Antiguo Testamento.

El Antiguo Testamento recoge la fórmula talionaria en pasajes del Éxodo, del Levítico, y en el Deuteronomio.

Con respecto al homicidio, en el Éxodo se establece:

“El que hiera a otro y lo mate, morirá”³²²; “Al que ataque a su prójimo y lo mate por traición, hasta de mi altar lo arrancarás para matarlo”³²³.

Tratándose de ofensas a los progenitores, a diferencia de lo establecido en el código de Hammurabi, que disponía la amputación de la mano al hijo que golpeará a su padre³²⁴, el Antiguo Testamento previó una pena más severa:

318 Ley 8, hurto de cosa estatal o religiosa.

319 Ley 154, al padre que cometiera incesto con su hija.

320 Ley 169, en caso de ofensa grave.

321 Ley 117.

322 Éxodo, 21, 12.

323 Idem, 21, 14.

324 Ley 195. Sólo se incluían las ofensas graves al padre.

“El que le pegue a su padre o a su madre, muera sin remedio”³²⁵; “El que maldiga o trate sin respeto a su padre o su madre, morirá”³²⁶.

La fórmula talionaria se aplicaba al aborto seguido de muerte:

“Si dos hombres, en el curso de una pelea, dan un golpe a una mujer embarazada, provocándole un aborto, sin que muera la mujer, serán multados conforme a lo que disponga el marido ante los jueces. Pero si la mujer muere, pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe”³²⁷.

El principio de la venganza proporcionada también aparece en el Deuteronomio:

“Cuando haya pleito o contienda entre dos hombres, se recurrirá a los jueces para que juzguen. Se declarará justo al que lo es, y se condenará al culpable. Si éste merece azotes, el juez le hará echarse al suelo en su presencia y hará que lo azoten con número de golpes proporcionado a su culpa. Podrán darle cuarenta azotes, no más, no sea que al golpearlo más sea mucho el castigo y tu hermano quede deshonrado a tus ojos”³²⁸.

Luego de siglos de vigencia la ley del talión fue reemplazada en el judaísmo y en el cristianismo, en este último de acuerdo al sermón de la montaña:

“Oísteis que fue dicho: ojo por ojo, diente por diente. Pero yo os digo: no resistáis al que es malo; antes, a cualquiera que te hiera la mejilla derecha vuélvele la izquierda”³²⁹.

c) Grecia.

El siglo VII a.C. fue un momento de importantes cambios en el derecho penal griego. Las reformas de Dracon, quien pasó a la historia por la severidad de las penas introducidas en su reforma; aun hoy, cuando se quiere denunciar el exceso en el castigo, se suele calificar como “draconiana” a la norma que lo prevé.

325 Éxodo, 21,15.

326 Idem, 21, 17.

327 Idem, 21, 22-25. En caso de homicidio o muerte de animal los términos eran muy similares, tal como se ha visto en el comienzo de este trabajo (Levítico, 24, 17-21).

328 Deuteronomio, 25, 1-3.

329 Mateo, 5, 38-39.

En un contexto de agudas luchas sociales, Dracón, perteneciente a la clase superior (*eupátridas*), optó por establecer la pena única para toda clase de delitos, fueran leves o graves. Así, los autores de delitos menores, tales como los hurtos de frutas o semillas, eran pasibles de la pena capital:

“Dracón (...) fue el primero que dio leyes a los atenienses, y una de estas leyes imponía pena de muerte al ladrón, cualquiera que fuese el robo. Las demás, en su mayor parte, estaban inspiradas en igual severidad; de lo que resultó que, sin decreto alguno, cayeron en desuso por voluntad tácita de los atenienses. Más adelante le dio Solón leyes menos severas: éste figuró en el número de los siete sabios. Lejos de imponer al ladrón la pena de muerte, solamente le condenaba a pagar el doble del valor de lo robado. Nuestros decemviros, que después de la expulsión de los reyes hicieron las leyes de las Doce Tablas, no imitaron ni la severidad de Dracón ni la blandura de Solón”³³⁰.

Las severísimas penas no lograban resolver los conflictos sociales, pues, ante la desproporción entre el delito y la pena, los jueces evitaban la aplicación de ésta. Las consiguientes dificultades hicieron que Solón introdujera en Atenas una profunda reforma social y jurídica. Salvo algunas leyes de Dracón sobre el homicidio, Solón, el precursor de la democracia ateniense, tras llegar al poder en el año 594 a.C., derogó las perimidas normas penales y estableció la proporcionalidad entre el delito y su correspondiente castigo³³¹.

De tal modo, el Derecho griego, a diferencia de lo ocurrido en la mayoría de las sociedades -antiguas y modernas- no consagró al talión como uno de sus reglas típicas, pasando en un breve período desde la aplicación de la venganza extrema (legislación draconiana) a una reforma penal muy adelantada para la época (reformas de Solón).

d) Roma.

Trescientos años después de la fundación de Roma (754/753 a.C.) se reproducían en la naciente República conflictos similares a los ocurridos en Atenas en épocas de Dracón. Los *plebeyos* pugnaban ante los patricios por el reconocimiento de sus derechos, como en el siglo VII en Atenas la muchedumbre lo había hecho frente a los *eupátridas*.

En el año 462 a.C., el tribuno Terentilio Arsa propuso la designación de magistrados que redactaran una ley igual para todos, más allá de clases sociales. En 454 a.C. se envió una delegación a Grecia, para estudiar las leyes allí establecidas y se nombraron los *decenviri*, presididos por Apio Claudio.

330 AULO GELIO, op. cit., XI, 18.

331 BERNALDO DE QUIRÓS, op. cit., pág. 17.

Las XII Tablas, primer cuerpo normativo en Occidente, quedaron concluidas entre 451/450 a.C.. TITO LIVIO reputó a la obra como *fons omnis publici privatique est iuris* (“fuente de todo el derecho público y privado”)³³² y POMPONIO empleó una metáfora similar (D., 1,2,2,6), manifestando que de aquella comenzó a fluir el *jus civile*.

Grabada en bronce por los cónsules, la legislación decenviral se convirtió en un hito de tal importancia que, tal como recuerda CICERON, los niños debían aprenderla de memoria en la escuela³³³.

La ley del tali3n fue expresamente recogida en ella:

“Si alguien rompe un miembro a otro, a no ser que pacte con 334, aplíquese el tali3n”³³⁴.

Esta norma fue tema de la célebre discusión entre Sexto Cecilio Africano³³⁵ y Favorino³³⁶, episodio recogido por AULIO GELIO³³⁷ y que, en opini3n de D’ORS, habr3a ocurrido pr3ximo al a3o 138 d.C.³³⁸.

El di3logo vers3 en torno a algunas disposiciones de las XII Tablas, consideradas por FAVORINO como extremadamente severas en algunos casos³³⁹ y excesivamente leves en otros³⁴⁰, en tanto SEXTO CECILIO ve3a en las mismas normas un progreso con respecto al derecho preexistente.

332 TITO LIVIO, 3, 34, 6.

333 RASC3N GARC3A, C3sar, y GARC3A GONZ3LEZ, Jos3 Mar3a, *Estudio Preliminar de la Ley de las XII Tablas*, Edit. Tecnos, 2da. edici3n, Madrid, 2006, p3g. 15.

334 Tabla VIII, 2. A diferencia de lo dispuesto en el c3digo de Hammurabi, en el que coexist3an ampliamente el tali3n y las composiciones tarifadas por ley, en el derecho decenviral el tali3n fue introducido por este 3nico precepto, y funcionaba en subsidio de las composiciones voluntarias.

335 Jurista de la 3poca del emperador ADRIANO (117-138), disc3pulo de SALVIO JULIANO.

336 Fil3sofo y ret3rico, maestro y amigo de AULO GELIO.

337 *Noches 3ticas*, 20,1. En fecha incierta, que D’ORS fija alrededor del a3o 165, d.C., AULO GELIO viaj3 a Atenas por razones de estudio, donde concibi3 su obra. La miscel3nea, iniciada durante el viaje fue concluida a su regreso en Roma, incluye las m3s variadas cuestiones: di3logos con sus maestros, gram3tica, literatura, historia, an3cdotas de personajes, filosof3a, ciencias, medicina y derecho.

338 D’ORS, Xavier, *Antolog3a de textos jur3dicos de Roma*, Edit. Akal, Madrid, 2001, p3g. 66.

Los protagonistas de la polémica abordaron cuestiones prácticas vinculadas al talión, tales como su aplicación en los casos de daño involuntario o en las situaciones en que, por circunstancias excepcionales, resulta absolutamente imposible mantener la proporcionalidad entre la agresión y la respuesta³⁴¹:

“Algunas cosas de estas leyes no parecen tener sentido -expresó Favorino- como aquella ley del talión, cuyas palabras, si la memoria no me falla, son éstas: SI ALGUIEN ROMPIÓ UN MIEMBRO A OTRO, A NO SER QUE PACTE CON ÉL, HAYA TALIÓN. Pues, aparte la crueldad de la venganza, tampoco puede procederse a la ejecución de un talión justo, pues a quien le fue roto un miembro por otra persona, si quiere romperle a esta misma otro miembro de igual manera, en virtud del talión, me pregunto si puede haber exacta igualdad de miembro a miembro, y, a este propósito, tal dificultad resulta insalvable. ¿Y qué ocurre si se hubiese roto un miembro a otro por imprudencia? Pues lo que se hizo por imprudencia, debe ser vengado por la ley del talión mediante imprudencia, pues es claro que un golpe fortuito y uno premeditado no forman talión. ¿Cómo puede imitar al imprudente quien, para cumplir con el talión, no tiene facultades de hacerlo queriendo, sino por imprudencia? Pero incluso si se ha roto intencionadamente, tampoco se permitirá que le haga una herida más profunda o extensa, y no veo manera de que pueda estar previsto un peso y una medida de esa naturaleza. Es más: si se ha realizado algo excesivo o distinto, la cosa resulta de una atrocidad ridícula, al originarse una acción contraria para el talión recíproco, y de seguirse una infinita reciprocidad de taliones”. (...) “Es cierto, querido Favorino -replicó Sexto Cecilio- que muy difícilmente se hace un talión exactamente igual, pero los decenviros, queriendo disminuir y eliminar con el talión la violencia de esta clase de golpes y heridas, consideraron que los hombres debían quedar inhibidos incluso por el miedo a ello, y no juzgaron que hubiese de tenerse tanta consideración a aquel que hubiese roto un miembro a otro y no quisiera hacer un pacto para evitar el talión, como para andar distinguiendo si lo había roto a sabiendas o no, o comparar exactamente o pesar en la balanza el talión contra él; quisieron más bien que se diese la misma intención y la misma fuerza para romper la misma parte del cuerpo, pero no también el mismo resultado, porque puede preverse la misma voluntad, pero no el resultado del golpe. Si esto es así como digo y como prueba la misma práctica de la justicia, entonces aquellos recíprocos taliones tuyos serían en realidad más ingeniosos que verdaderos. Pero, puesto que también juzgas que este tipo de pena es cruel, ¿dónde, te pregunto, está esa crueldad, si se hace contra ti lo que tú hiciste contra otro?”³⁴².

339 Al respecto, FAVORINO recordó las normas según las cuales si un hombre era citado a juicio y estaba impedido de comparecer por vejez o enfermedad, se ordenaba levantarlo en su domicilio, ponerlo en un carro no cubierto y conducirlo ante el pretor (tabla I, 3), o aquella que disponía el reparto del cuerpo del deudor “al tercer día de mercado” (tabla III, 6).

340 Debe recordarse, en tal sentido, la pena de veinticinco en el caso de las bofetadas, según fue ya referido en este trabajo a propósito del relato sobre las costumbres del joven Lucius Veratius, quien, como ya fue mencionado, por diversión solía abofetear a los transeúntes con los que se cruzara, abonándoles de inmediato la debida compensación pecuniaria.

341 Sería el caso si una persona tuerta agrediera a otra privándola de la visión en un ojo; si el agredido respondiera actuando de igual forma, dejará ciego a su ofensor.

342 Similar argumentación han esgrimido en nuestra época los partidarios de la pena de muerte.

En el Digesto no encontramos referencia expresa al tali3n, siquiera en el t3tulo II del libro I, consagrado al origen y desarrollo del Derecho romano. Tanto los comentarios de GAYO a las XII Tablas³⁴³, como las citas de POMPONIO³⁴⁴ refieren solamente a cuestiones hist3ricas de la legislaci3n decenviral.

A lo sumo, interpretando en forma amplia la primera cita de FLORENTINO en el Digesto, en la condena a la violencia podr3a hallarse una impl3cita valoraci3n negativa al tali3n:

“Como la naturaleza constituy3 entre nosotros cierto parentesco, es consiguiente que sea il3cito (*nefas*) atentar un hombre contra otro hombre”³⁴⁵.

e) Derecho germ3nico: la “blutrache”, o venganza de sangre.

A trav3s de los siglos, el Derecho de los pueblos germ3nicos mantuvo la idea que el individuo debe servir a la comunidad, y de ello se derivan las reglas del auxilio mutuo, de la vida en com3n, la reciprocidad en las relaciones sociales y la fidelidad.

Esta noci3n, tal como ha se3alado ROSSI MASELLA era particularmente importante en el Derecho germ3nico: la persona debe ser fiel, obediente, debe corresponder a los fines que ha prefijado la sociedad. Este concepto se refleja claramente en el sistema feudal: en la fidelidad de los vasallos hacia el se3or, y de 3ste hacia el rey³⁴⁶.

“Pero, as3 como es importante la fidelidad, en los rasgos de la historia y de la mitolog3a romana, encontramos otro elemento que es la negaci3n de la fidelidad: la traici3n. Es decir, entre las cosas que los germanos pintan como una preocupaci3n especial de su mitolog3a, de su misma naturaleza, de su historia, encontramos la condenaci3n de la traici3n, el reproche, el recuerdo de las traiciones m3s graves, que originan a su vez otro principio (...) que es la venganza, es decir, el castigo ejercido contra el culpable, contra la persona que ha faltado a la fidelidad, que ha faltado a sus deberes hacia la comunidad”³⁴⁷.

343 D., 1,2,1.

344 D., 1,2,2, 1-6.

345 D., 1,1,3.

346 ROSSI MASELLA, Blas E., Historia del Derecho, tomo III, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Notariado, Montevideo, 1967, p3g. 148.

347 ROSSI MASELLA, Historia, p3g. 148.

En esta línea, el Derecho germánico concretaba el talión en la *blutrache* o venganza de sangre. Ésta procedía toda vez que un integrante de una *sippe*³⁴⁸ resultaba muerto o era dañado por un integrante de otra, lo que conllevaba la “pérdida de la paz” entre los clanes involucrados.

En ausencia de un sistema estatal de administración de justicia, el derecho de castigar era ejercido por los particulares, en forma privada y colectiva. Cualquier agresión a un individuo importaba a todos los seres cercanos, y en consecuencia, la reacción no constituía un asunto meramente individual.

El derecho a la venganza habilitaba el derramamiento de sangre dentro del grupo al cual pertenecía el ofensor -en la misma proporción causada- o la reproducción de un daño de igual entidad, quedando completamente exento de responsabilidad.

El mantenimiento de la proporcionalidad era clave para la colectividad, interesada en que los conflictos intragrupalos no la pusieran en peligro o la debilitaran ante los enemigos externos. Así, puede decirse que el talión servía en términos funcionales a la seguridad de los pueblos germánicos, encauzando el ejercicio de la violencia entre pares y limitándola a niveles que no generaran un riesgo para la supervivencia.

f) El talión simbólico.

En la Edad Media y en la Época Moderna se desarrollaron diversas modalidades de penas simbólicas o expresivas. En la historia, las mismas constituyen un segundo talión, o talión inmaterial³⁴⁹.

Las penas expresivas responden a la intención de extender el talión al campo de las infracciones que no admiten la retorsión del mal. En los delitos sexuales se estableció la pena de castración; en las injurias verbales, la ablación de la lengua; en los delitos contra la propiedad, la amputación de la mano³⁵⁰.

Este nuevo talión, que no ha tenido la misma fortuna del primero -en cuanto al prestigio de los legisladores que le adoptaron, ni tampoco en su expresión escrita- se propone

348 Unidad de protección y castigo constituida por la familia, entendida en sentido amplio.

349 BERNALDO DE QUIRÓS, op., cit., pág. 21.

350 Idem, pág. 22.

“herir al culpable por donde más haya pecado éste, “*quia peccatum*”; pero, además, para ponerlo en condiciones de no volver a reincidir, “*ne peccetur*”³⁵¹.

La tradición de las picotas y el *pilori* no llegó a afincarse en el Uruguay. No obstante, en sus crónicas GÓMEZ FOLLE da cuenta de un ejemplo notorio de aplicación de penas infamantes en Montevideo³⁵².

g) El talión en la actualidad: un caso paradigmático.

En noviembre de 2004, Ameneh Bahrami, una estudiante universitaria iraní, resultó desfigurada y cegada por su pareja, Mahid Mohavedi, quien le arrojó al rostro ácido sulfúrico luego que aquella rechazara su propuesta matrimonial.

Tras cuatro años de juicio un tribunal condenó al agresor a ser cegado por la mujer agredida, quien debía aplicarle diez gotas del mismo ácido, cinco en cada ojo. La legislación penal iraní recoge la ley del talión.

Según la agencia de noticias iraní ISNA, una vez pronunciada la sentencia Bahrami había declarado su satisfacción y el propósito que el castigo sirviera de lección para todos los hombres que maltratan sus parejas.

No obstante, el 31 de julio de 2011, día fijado para la ejecución de la sentencia, la mujer perdonó *in extremis* a su atacante. Todo estaba listo en el Hospital Forense de Teherán para hacer lo que el tribunal había ordenado, pero minutos antes la joven perdonó a su agresor.

Previamente, la joven había recibido múltiples llamados telefónicos de organizaciones occidentales de promoción de los derechos humanos, que le solicitaban que desistiera de su voluntad de dar cumplimiento a la sentencia. Desde entonces el hombre se encuentra cumpliendo una pena de reclusión indeterminada, hasta que satisfaga la indemnización fijada por Bahrami, equivalente a unos ciento cincuenta mil euros.

El talión no sólo está presente en legislaciones como la repasada; también se encuentra recogido en todas las legislaciones donde aún subsiste la pena capital.

Pero además, en los países donde la pena capital ha sido suprimida, igualmente subsisten prácticas punitivas *contra legem*, basadas en un espíritu de venganza aún no

351 Idem, pág. 24.

352 En la década de 1860, el Jefe Político de Montevideo acostumbraba obligar a los reclusos, por entonces alojados en el subsuelo del Cabildo, a recorrer las calles de la Ciudad Vieja con carteles que denunciaban su condición, tales como “ladrón” o “asesino”.

superadas. Es el caso de los establecimientos penitenciarios, en los que, en la mayor parte del mundo, bajo fórmulas normativas avanzadas subyace una realidad completamente distinta a lo ordenado por el Derecho.

Sección IV. La limitación del derecho de castigar.

23) Transformación del derecho de castigar dentro del hogar: el jus vitae necisque, desde su apogeo hasta su desaparición.

La familia constituye una de las instituciones jurídicas que más ha evolucionado con el tiempo. Su transformación se encuentra en plena marcha, tal como lo evidencian las *nuevas formas de familia*.

Uno de los aspectos más notorios de la evolución de la familia tiene que ver con la cuestión del poder disciplinario en el hogar. En este aspecto, la familia romana contrasta claramente con la organización actual.

En el centro de la familia romana se situaba la figura del *paterfamilias*, suprema autoridad privada y, a la vez, titular por delegación del *jus puniendi* estatal. Dicha organización familiar³⁵³ se caracterizaba por:

- Su estructura típicamente patriarcal. El parentesco se establecía sólo por línea masculina y la organización familiar se basaba en la *patria potestas*. La misma era análoga a la del amo sobre el esclavo: el *pater* tenía derechos sobre todos los miembros de la familia, y sobre él no recaían deberes ni obligaciones.

353 DI PIETRO y LAPIEZA reconocen cinco significados del término “familia” en Roma: (I) *Propio jure dicta* (llamada de derecho propio) familia es el conjunto de personas libres bajo el poder de un *pater*; (II) *Comune jure dicta* (llamada de derecho comunitario) familia es el conjunto de personas libres sometidas al poder de un antepasado común; (III) En algunos textos, familia indica al complejo de personas que creen descender de un mítico antepasado común, bajo cuyo poder estarían, en caso de vivir aquél; (IV) También se habla de familia para designar al conjunto de cosas sujetas al poder de un *pater* y que conforman una masa patrimonial o hereditaria; (V) Finalmente, se emplea el vocablo para identificar al conjunto de los esclavos sometidos al dominio de un *pater*. El común denominador de estos cinco significados, según los autores mencionados, está dado por el sometimiento al poder del *pater*.

- La unidad de la familia radicaba en tal autoridad, y no el parentesco³⁵⁴ o en el matrimonio. Bajo el indiscutido mando del *pater*, la familia se presentaba como un grupo con una fuerte cohesión y una “vida propia” fundada en intereses pecuniarios o religiosos (*sacra privata*)³⁵⁵.
- La autoridad era considerada una cualidad exclusivamente masculina, y de indefinida duración. El ejercicio del poder únicamente correspondía al hombre, nunca a la mujer, y no cesaba por la edad o la celebración del matrimonio.
- El *pater* era el jefe de la religión familiar y el único propietario de los bienes. En esta condición, además de administrar y disponer del patrimonio a su arbitrio, adquiría todo aquello que produjeran los esclavos, los hijos o su mujer casada *cum manu*.
- Además de marido y padre, el *pater* era juez de su esposa e hijos. Todos ellos estuvieron sometidos, por largo tiempo, al *jus vitae necisque*, es decir, derecho de vida y muerte sin intervención de los magistrados. Este poder disciplinario fue progresivamente limitado hasta quedar reducido a una simple facultad correctiva (*modica castigatio*)³⁵⁶. En el derecho justiniano, la imposición de castigos mayores debía ser necesariamente precedida de la intervención del gobernador de la provincia o prefecto de la ciudad.

354 El derecho romano estableció dos tipos de parentesco. La familia romana primitiva se estructuró sobre la *agnación*. Por tal se entiende el vínculo de parentesco civil entre aquellos que están, o estaban al momento de la muerte, o podrían encontrarse bajo la *patria potesta* de un antepasado común, en el supuesto que éste tuviera una existencia indefinida. La *cognación* es el vínculo de sangre entre personas que descienden unas de otras o de un antepasado común. El parentesco por *agnación* es puramente convencional, toda vez que existe entre personas que no tienen ningún vínculo de sangre entre sí (como los hermanos adoptivos) y no existe entre personas que serían parientes desde un punto de vista biológico, como la madre y los hijos en el matrimonio *sine manu*. No obstante, desde el punto de vista jurídico, esta clase de parentesco fue de gran importancia en Roma, toda vez que fue el único reconocido por el antiguo Derecho. La antigua familia romana fue una especie de organismo político establecido con fines de orden social, que aglutinó, bajo la autoridad de un único “jefe”, a un amplio conjunto de personas y bienes, brindando una idea de “cuerpo” necesaria a los fines de la convivencia. Con el correr del tiempo, y bajo la fundamental influencia del cristianismo, la familia romana -y los lazos en ella imperantes- fueron progresando hacia formas más protectoras del parentesco por *cognación*, aproximándose lentamente a la regulación actual. El sistema de la *agnación* fue finalmente suprimido en la época de Justiniano, mediante dos novelas, la 118 y la 127, respectivamente de los años 543 y 557.

355 FOIGNET, op. cit., pág. 49.

356 MONIER, op. cit., pág. 259.

a) Poderes disciplinarios del paterfamilias.

En el antiguo Derecho romano el *paterfamilias* ejerció un poder absoluto sobre todos los miembros de la familia, designado genéricamente *manus*. En la época republicana se diferenció este poder en función de las personas sobre las cuales el mismo se ejercía³⁵⁷.

Así, se distinguía: a) la *patria potestas*, el poder sobre los *liberi* (*fili* y demás descendientes, incluidos los adoptivos); b) la *manus*, específicamente sobre la mujer casada que ingresó a la familia; c) el *mancipium*, poder temporario sobre los *alieni juris* de otra familia entregados *in causa mancipi*; d) el *dominium*, sobre los esclavos y las cosas³⁵⁸.

La *patria potestas* se ejercía sobre los hijos e hijas que, por *agnación*, estaban bajo los poderes del pater. Ello incluía los *filius familiae* engendrados legítimamente, los nietos y nietas y aquellos ingresados a la familia por adopción.

Dicha *potestas* constituía, según GAYO, un *jus proprium Romanorum*, es decir, un derecho peculiarísimo de los romanos. Como ha señalado D'ORS, esto no significa que en otros pueblos los padres no tuvieran poderes sobre sus hijos, sino que la *patria potestas* presentaba características propias que la diferenciaban claramente, tanto en lo sucesorio como por su carácter vitalicio³⁵⁹. No obstante, como recuerda el citado autor, la intensidad de este poder, y su alcance, fueron progresivamente aminorados, sobre todo por el Cristianismo, de tal forma que la tradición jurídica moderna no recogió más que un débil residuo de la antigua patria potestad romana, prácticamente comparable a la tutela sobre los menores de edad.

A juicio de FUSTEL DE COULANGES, los derechos reconocidos al *pater* pueden clasificarse en tres categorías, según se considere al padre de familia como jefe religioso, como dueño de la propiedad y como juez³⁶⁰.

(1) En cuanto jefe de la religión doméstica, el *pater* era responsable de la perpetuidad del culto; regulaba todas las ceremonias,

357 DI PIETRO, op. cit., págs. 294 y 295.

358 DI PIETRO, op. cit., pág. 294.

359 *Derecho Privado Romano*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, pág. 216.

360 DE COULANGES, Fustel, *La Ciudad Antigua*, trad. de Giges Aparicio, Daniel Jorro Editor, Madrid, 1920, pág. 115.

“como las considerara oportuno, o mejor, como las ha visto realizar a su padre. Nadie en la familia discute su supremacía sacerdotal. La ciudad misma y los pontífices no pueden alterar nada en su culto. Como sacerdote del hogar no reconoce ningún superior”³⁶¹.

De la condición de jefe religioso, derivan una serie de derechos:

- Reconocer o repudiar al hijo cuando nace; este derecho era reconocido en los mismos términos al padre de familia por las leyes griegas. La filiación no era bastante para ingresar en el “círculo sagrado de la familia”³⁶², se necesitaba para ello el consentimiento del jefe y la iniciación en el culto.
- Repudiar a la mujer, en caso de esterilidad o adulterio.
- Casar a la hija, es decir, ceder a otro la autoridad que sobre ella se tiene, y de casar al hijo.
- Emancipar, esto es, de excluir a un hijo de la familia y del culto; adoptar, es decir, de introducir a un extraño en el hogar doméstico.
- Designar, previo a su muerte, un tutor a su mujer e hijos.

(2) Como titular de la propiedad, el *pater* era dueño absoluto de la fortuna de los antepasados. Antiguamente la propiedad fue concebida como un derecho de familia, y por esta razón no se admitía su división; ni la mujer ni los hijos tenían nada propio. La dote pertenecía al marido, que ejercía sobre los bienes dotales no sólo los derechos de un administrador, sino los del propietario. Todo lo que adquiriera la mujer durante el matrimonio recaía sobre el marido, y en idénticas condiciones se encontraba el hijo. El *pater* podía disponer de toda la propiedad familiar, dentro de la cual se encontraban los hijos. La venta de éstos era autorizada por las XII Tablas, hasta la tercera vez; tras esta triple venta, el hijo quedaba liberado de la autoridad paternal.

(3) El *pater* era juez supremo dentro del hogar. Ello comportaba el *jus vitae necisque*, al que refiere AULO GELIO en estos términos:

“Los que han escrito acerca de los usos y costumbres del pueblo romano, nos dicen que las mujeres de Roma y del Lacio debían ser toda su vida *abstemiae*, es decir, debían abstenerse del uso del vino, llamado *temetum* en la antigua lengua. El beso que daban a sus parientes servía de prueba: si habían bebido vino, el olor las delataba y recibían reconvenciones. (...). Catón nos dice que no solamente se las reprendía por haber bebido vino, sino que se las castigaba con tanta severidad como si hubieran cometido adulterio. Citaré este párrafo de su oración *Sobre las dotes*: ‘A menos de divorcio, el marido es juez de su mujer en vez de censor. Sobre ella tiene imperio absoluto. Si ha hecho algo deshonesto o vergonzoso, si ha bebido vino, si ha faltado a la fe conyugal, él la condena y la castiga’. Catón nos dice en esta misma oración que

361 DE COULANGES, op. cit., pág. 116.

362 Idem, pág. 116.

el marido podía matar a su mujer sorprendida en adulterio: ‘Si sorprendieses a tu esposa en adulterio, podrías impunemente matarla sin juicio. Si tú cometieras adulterio, ella no se atrevería a tocarte con el dedo; así es la ley’³⁶³.³⁶⁴

Según PLUTARCO, las mujeres no podían comparecer ante la justicia, ni siquiera como testigos³⁶⁵; sobre el particular, GAYO establecía:

“Conviene saber que nada puede cederse en justicia a las personas que están en dependencia, es decir, a la mujer, al hijo, al esclavo. Pues de que estas personas no podían tener nada propio se ha concluido con razón que tampoco podían reivindicar nada en justicia”³⁶⁶.

b) La justicia en el hogar: el jus vitae necisque .

El *ius vitae necisque* constituía un sistema de justicia privada en el hogar, en el que el *pater fungía* como juez supremo e inapelable; las mujeres y los hijos no tenían acceso a la justicia de la ciudad, ya que, al carecer de derechos, nada les correspondía reclamar ante la ley.

Sólo el *pater* podía accionar ante los magistrados de la ciudad; únicamente para él existía la justicia pública, por lo era responsable de los delitos cometidos por los suyos:

“Si la justicia para el hijo o la mujer -indica DE COULANGES- no radicaba en la ciudad, es que se encontraba en la casa. Su juez era el jefe de familia, sentado como en un tribunal, y en virtud de su autoridad marital o paternal, en nombre de la familia y bajo la mirada de las divinidades domésticas. Cuenta Tito Livio que, deseando el Senado desterrar de Roma las Bacanales, decretó pena de muerte contra los que en ellas habían tomado parte. El decreto fue fácilmente ejecutado por lo que concierne a los ciudadanos. Pero en lo que toca a las mujeres, que no eran las menos culpables, surgió una grave

363 AULO GELIO, op. cit., X, 23.

364 El derecho de vida y muerte estaba contemplado en las XII Tablas (4.2). La imposición de la pena capital por el *pater* no requería la intervención de los magistrados, aunque sí existía la costumbre de consultar a los parientes. Con el correr del tiempo se fueron introduciendo limitaciones al *ius vitae necisque*, hasta su completa abolición. Bajo influencia de la filosofía estoica, fue abriéndose paso la idea que la “*patria potestas* debe consistir en la *pietas*, no en la *atrocitas*”. En el año 227 fue reconocido el derecho del *pater* a castigar a sus hijos por faltas menores, pero toda imposición de pena capital, sin acudir previamente ante el magistrado, pasó a ser considerada parricidio. Finalmente, en tiempos de Justiniano se declaró abolido este derecho.

365 DE COULANGES, op. cit., pág. 119.

366 DE COULANGES, op. cit., pág. 119.

dificultad: las mujeres no eran justiciables por el Estado; sólo la familia tenía derecho a juzgarlas. El Senado respetó este viejo principio y dejó a los maridos y a los padres el cuidado de dictar contra las mujeres la sentencia de muerte”³⁶⁷.

Este derecho de vida y muerte que el *pater* tenía con respecto a su mujer, sus hijos y los esclavos, era completo e inapelable. No obstante, no era absoluto ante la ciudad, pues actuaba por delegación de ésta, y, por tanto, estaba sometido a su juicio, con lo que se buscaba evitar la arbitrariedad.

La progresiva limitación de los poderes del *pater familiae* se halla en el centro de un proceso de humanización, emparentado con la abolición del derecho de muerte (*jus vitae necisque*) sobre la esposa e hijos. En ello mucho tuvo que ver la premisa, de base estoica, según la cual la *patria potestas* es *pietas* y no *atrocitas*.

La involución de este sistema privado de justicia significó un paso fundamental en la humanización del Derecho y de las penas. Sin embargo, aún restaba otra etapa, en la que la Ilustración, y en particular BECCARIA, jugaron un rol decisivo.

24) Beccaria y la humanización del Derecho penal.

*“Para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta, necesaria, las más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos, y dictada por las leyes”*³⁶⁸.

El pensamiento de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria (1738-1794), constituye uno de los principales referentes de la humanización del Derecho penal, hasta entonces caracterizado por su extrema crueldad y arbitrariedad.

La ejecución de Robert Damiens, el frustrado regicida que intentó matar a Luis XV atacándole con un cuchillo, resume la atrocidad del sistema penal de mediados del siglo XVIII.

“Sus contemporáneos nos han descrito su ejecución; el 28 de marzo de 1757 se le leyó la sentencia, que escuchó atentamente, y al terminar exclamó: ‘La jornada será ruda’. Le sentencia le sometía al tormento ordinario y al extraordinario. Los cirujanos, interrogados sobre el caso, aconsejaron como el más terrible y menos peligroso para la vida del paciente el tormento de los borceguíes, que consistía en sujetar

³⁶⁷ DE COULANGES, op. cit., págs. 119 y 120.

³⁶⁸ *De los delitos y de las penas*, cap. 47.

fuertemente las piernas del reo entre cuatro tablas e introducir cuñas a martillazos de forma que los huesos saltaran por la presión”³⁶⁹.

Según FOUCAULT, dicha sentencia disponía la “pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París”, donde Damiens debía ser llevado en una carreta; luego debía ser conducido al cadalso donde se le daría ejecución. Una vez sujetos sus brazos, muslos y pantorrillas, debía derramársele plomo fundido y aceite hirviendo sobre su cuerpo. A continuación su cuerpo debía ser estirado y desmembrado por cuatro caballos, sus miembros y tronco consumidos por el fuego, reducidos a cenizas, y éstas arrojadas al viento³⁷⁰.

“Finalmente se le descuartizó, refiere la *Gazette d'Amsterdam*. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar; de suerte que en lugar de cuatro, hubo que poner seis, y no bastando aún con esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas”³⁷¹.

Cesare BECCARIA, primogénito de una familia acomodada pero no rica, unió su acción a la de quienes clamaban por la erradicación de los abusos jurídicos y por la instauración de una justicia penal más racional y humana. El *Tratado de los delitos y de las penas*, su obra más importante, así fue concebido:

“La historia de los orígenes del libro, un poco novelesca, merece ser contada. Se reunía frecuentemente con sus amigos, miembros todos ellos de la ‘*Accademia dei Pugni*’, en casa de Pietro Verri, y pasaban juntos las tardes trabajando. ‘Beccaria se aburría y aburría a los demás’, cuenta Verri, y entonces éste le sugirió que escribiera un trabajo sobre la barbarie de los métodos de juzgar y procesar, tema que había ocupado buena parte de sus discusiones comunes. Beccaria puso manos a la obra, y lentamente fue escribiendo *Dei delitti e delle pene*. ‘Pensaba mucho antes de escribir, no podía resistir la fatiga más de dos horas, transcurridas las cuales dejaba la pluma’, dice Alessandro Verri, el hermano de Pietro. Durante la redacción de la obra escribió a un amigo: ‘Tú escribes con entusiasmo, pero yo no lo tengo’.³⁷²”

El inmediato suceso de la obra le cambió la vida a BECCARIA:

“En 1764 sale el libro anónimo en Livorno, por temor a las dificultades que pudiera proporcionarle su publicación en Milán. El éxito fue fulminante: las ediciones se sucedieron rápidamente (seis en dos años) y finalmente se conoció el nombre del autor. Los enciclopedistas franceses expresaron su entusiasmo, y en 1766 fue puesto en francés por el abate Morellet. El libro se traduce a todas las lenguas cultas (la

369 DELVAL, Juan Antonio, *Introducción al Tratado de los delitos y de las penas*, Editorial Altaya, Madrid, 1994, pág. 7.

370 FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, 16ª edición, siglo XXI Ediciones, Madrid, 1989, pág. 11.

371 FOUCAULT, op. cit., pág. 11.

372 DELVAL, Juan Antonio, op. cit., pág. 13.

primera edición castellana data de 1774), pero al mismo tiempo encuentra una fuerte oposición entre los grupos más reaccionarios. Un monje escribe un panfleto en el cual acusa al autor de enemigo de la religión, blasfemo y ¡socialista!, y la Iglesia de Roma le condena e incluye en el ‘Índice’. Pero muchos otros escriben elogios del libro, y los enciclopedistas franceses, deseosos de conocer al autor, le invitan a ir a París. Después de muchas dudas se decide a emprender el viaje, pero no pudo resistir el ambiente parisino y el alejamiento de sus amigos, y sobre todo de su mujer, y vuelve precipitadamente a Milán apenas llegado a la capital francesa, provocando el asombro tanto de los franceses y de su propia mujer. Nombrado profesor de una cátedra creada *ex profeso* en 1768 explicó en ella durante dos años un curso de economía, publicado sólo después de su muerte. Su fama como economista ha quedado muy disminuida por fama como penalista, aunque J.A. Schumpeter no duda en llamarle el Adam Smith italiano. Cansado de la enseñanza solicitó un puesto en la administración, y como alto funcionario pasó el resto de su vida, cada vez más monótona y aburrida y sólo turbada por la muerte de su esposa, seguida casi inmediatamente de un nuevo matrimonio³⁷³.

Bajo la influencia de otro italiano, Tommaso CAMPANELLA, BECCARIA concebía a la pena como una acción preventiva y de carácter educativo. Consideraba al delito como una infracción al contrato social, que daba a la sociedad el consiguiente derecho de defenderse con penas adecuadas.

Su pensamiento, tal como surge de los capítulos del *Tratado*, puede ser esencialmente resumido en los siguientes puntos:

- Es mejor evitar los delitos que castigarlos; recompensar la virtud es una forma efectiva de evitar el delito.
- La ley debe ser clara y simple.
- Sólo las leyes pueden establecer las penas contra los delitos, y no la voluntad del juez.
- La atrocidad de las penas es inútil, y por tanto las penas deben humanizarse, lo que no disminuye sino aumenta su eficacia.
- Toda pena que no se derive de la absoluta necesidad es tiránica.
- La pena debe ser la menor entre las que basten para cumplir su función preventiva.
- Los hurtos que no tienen unida violencia deberían ser castigados con pena pecuniaria.
- La tortura judicial debe abolirse por absurda, ya que sólo pone a prueba la fortaleza física, y en muchos casos sirve para condenar al inocente y absolver al delincuente fuerte.
- La finalidad de las penas no es atormentar sino impedir al reo cometer nuevos delitos y retraer a los demás de la comisión de otros iguales.

373 DELVAL, op. cit., págs.. 13 y 14.

- El freno al delito no está en la crueldad de las penas, sino en su infalibilidad.
- Las penas deben ser proporcionadas al delito, ya que si se aplica una pena igual a delitos de diferente cuantía los hombres no encontrarán obstáculos para escoger el mayor.
- La verdadera medida de los delitos es el daño que producen a la sociedad.
- Las penas deben ser las mismas para el primero y para el último de los ciudadanos.
- La pena de muerte no es útil ni necesaria.
- El poder legislativo debe estar separado del poder judicial.
- La interpretación de las leyes corresponde al legislador, y no al juez.
- Los juicios y las pruebas del delito deben ser públicas; deben abolirse las acusaciones secretas.
- Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la protección sino cuando esté decidido que ha violado la ley.
- Deben ser eliminadas de los juicios las interrogaciones sugestivas.
- Es necesario fijar plazos breves para la presentación de las pruebas, para la defensa del reo y para la aplicación de la pena.
- El perfeccionamiento de la educación constituye el medio más seguro, y a la vez el más difícil, de evitar los delitos.

Si bien algunas de estas ideas ya habían sido adelantadas por otros pensadores, ninguno de ellos había alcanzado la coherencia y sistematización que sí logró BECCARIA, ni estructurar la argumentación sobre la necesidad de separar delito y pecado. Con él se afirmó definitivamente la idea según la cual la verdadera medida del delito es el daño causado a la sociedad. Sus ideas, que demostraron ser más que un simple reflejo de las necesidades de su tiempo, se convirtieron en un clásico que inspiró a legisladores de muchos países, por lo que fueron un factor decisivo para la instrumentación de múltiples reformas penales.

Sección V. La pena de muerte.

25) Aspectos éticos.

“Desventurado extranjero –dijo ZIAD a uno que condenó a muerte- debo parecerle injusto al castigar una contravención a un edicto que tú has podido ignorar; pero la salud de Basra depende de tu muerte, lo lamento, pero te condeno”³⁷⁴.

La pena de muerte, es decir, el derecho de castigar entendido hasta la eliminación física de los semejantes³⁷⁵, ha sido tema -y aun lo es- para un interminable debate.

Por un lado, los abolicionistas han argumentado la *irreparabilidad* que implica el error judicial en caso de consumarse; la *intangibilidad* de la vida humana ante la acción destructiva del mismo ser humano; la *falta de intimidación* demostrada por los índices de criminalidad en los países que aún la mantienen; la *ausencia de gradación* que atañe a su propia esencia, imposible de proporcionar ante el hecho determinado y concreto que con ella se castiga; la *inmoralidad* que supone la acción de matar, que la propia ley condena; los progresos de la civilización, que tienden a proscribir este modo de eliminar a ciertos hombres; la necesidad de *evitar el sufrimiento* que siempre apareja su ejecución, cuestión impuesta por elementales normas de *piedad*; la posibilidad de sustituirla eficazmente por la reclusión perpetua, llegado el caso.

A su vez, los partidarios de la aplicación de la pena capital, la han defendido invocando la necesidad de *defensa* de la sociedad frente a algunos de sus miembros; el *carácter intimidatorio* de la pena, mediante un efectivo temor que se concrete en desistimiento del delito; algunos sostienen que es *injusto* que la sociedad deba mantener a determinada clase de delincuentes, y ya que para el presupuesto público es menos onerosa la ejecución que la reclusión perpetua, debe preferirse la primera.

En lo personal, la razón por la cual adherimos a la filosofía abolicionista tiene que ver con la esencia violenta que caracteriza a la pena de muerte; ésta es intrínsecamente violenta: su condición de tal no se centra sólo en los medios de consumación, sino que fundamentalmente radica en su esencia. Por ende, la pena de muerte resulta contraria no sólo a cuestiones de humanidad, sino que, en última instancia, es inconciliable con la base del Derecho.

Desde antaño, las mentes más brillantes han señalado en cada época que la razón del Derecho consiste en la superación de la violencia y la realización de la justicia; por ello compartimos la tesis de SUEIRO:

“Mi opinión personal es contraria a la pena de muerte, mas no sólo opuesta a su aplicación real o a su ejecución mediante unos métodos u otros (...) sino fundamentalmente negadora de la justificación de un

374 ROMAGNOSI, Giandoménico, *Génesis del Derecho Penal*, traducción de Carmelo González Cortina Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1956, pág. 108.

375 SUEIRO, op. cit., pág. 9.

derecho semejante, detentado por unos hombres y escrito en sus códigos, frente a otros hombres. (...) Reconocer el derecho de quitar la vida al prójimo en un acto no punible, es tanto como sentar las bases de cualquier otro tipo de violencia y de todas las violencias, tanto como reconocer que si se puede matar, con mayor razón se podrá torturar, mutilar, violar y oprimir de formas aparentemente más inocentes, menos cruentas.

Este es el peor sentido que para mí tiene la aceptación del principio legal de la pena de muerte: supone la aceptación de la filosofía de la violencia, es su aliento más profundo y más claro. Si es lícito matar, todo es lícito³⁷⁶.

26) Antecedentes de la abolición de la pena de muerte en Uruguay.

El artículo 26 de la Constitución dispone que “a nadie se le aplicará la pena de muerte”. Dicho texto, procedente de la Carta de 1918, es el resultado de la constitucionalización de la ley de 1907-

La pena capital, establecida por el Código Penal de 1889 y el Código Penal Militar, fue abolida por la ley 3.238, de 23 de setiembre de 1907, en el comienzo de la presidencia de José Claudio Williman.

La iniciativa había sido propuesta por el presidente José Batlle y Ordóñez, el 27 de junio de 1905. La discusión parlamentaria del proyecto se prolongó por más de dos años, período en el que el presidente Batlle, mediante decreto, conmutó la pena en un caso en que se había dispuesto la ejecución de un condenado.

El mensaje del Poder Ejecutivo anexo al proyecto de ley, entre otras cuestiones señalaba:

“Esta pena que, en su ejecución tiene que ocultarse cada día más en el fondo de las penitenciarías, porque repugna al sentimiento público, está lejos de imponerse como una consecuencia forzosa de las teorías sobre la naturaleza y el fin de la pena, sostenidas por los tratadistas del Derecho Penal y, al contrario, se halla en pugna con las más generosas y avanzadas. (...) Si el criminal constituye un peligro para la sociedad, y si ha demostrado por sus actos la perturbación de sus ideas y sentimientos, las medidas más adecuadas que a su respecto puedan adoptarse, serán evidentemente aquellas que mejor protejan a la sociedad contra sus ataques y que, a él mismo, como individuo de la colectividad, le sean más benéficas³⁷⁷”.

La ley, al abolir la pena capital, introdujo la pena de reclusión perpetua, cuyo mínimo era de treinta años, y su máximo cuarenta años. La libertad condicional no podía otorgarse en ningún caso antes de transcurridos los treinta años.

376 SUEIRO, op. cit., págs. 9 y 10.

377 *Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes*, tomo 187, pág. 90.

El último caso de aplicación de la pena de muerte en Uruguay ocurrió el 29 de setiembre de 1902, en La Coronilla, lugar donde fusilados Manuel Páez y Aurelio González, autores del “crimen de Aiguá”³⁷⁸.

Además del presidente José Batlle y Ordóñez, fueron decisivos para la supresión de la pena de muerte los aportes de Pedro FIGARI y de Carlos ROXLO.

La síntesis del pensamiento humanista de FIGARI -acertadamente definido por Agustín COURTOISIE como “un talento múltiple que se desplegó a manos llenas en varias direcciones”³⁷⁹- emerge de este fragmento:

“Yo no encuentro manera de enorgullecernos, con la cultura alcanzada, en tanto permanezca de pie -sobre fondo rojo- el patíbulo implacable, funcionando a nombre de la más alta entidad social, como cualquiera otra institución. Como hombre, como miembro de la sociedad, me declarado humillado.

Y a pesar de todo, contra las tenacidades del prejuicio, la luz se hace paso, si bien con desesperante lentitud; como quiera que sea, se avanza palmo a palmo, y si los reductos intelectuales no han podido ganarse por completo, los del corazón están vencidos”³⁸⁰.

Durante los debates en la Cámara de Representantes, el Diputado Carlos ROXLO tuvo un protagonismo descollante a favor de la aprobación del proyecto abolicionista. Una de sus más recordadas intervenciones se produjo el 25 de junio de 1906, en los siguientes términos:

“Voy a recordar un sucedido que dejó honda huella en mi conciencia y hondo surco en mi vida, y que explica el por qué soy franca y sinceramente abolicionista.

Tocome asistir, como humilde miembro de la redacción de *El País* de Buenos Aires, a la última noche y al último suplicio del penado Grossi.

Aquella noche y en aquella capilla, yo padecí cien veces más que el condenado. Este estaba embrutecido y atontado completamente por el fallo que la ley había dejado caer sobre su cabeza. No tenía conciencia de su crimen, y su miedo a la muerte no era miedo a la justicia del último misterio en que iba a penetrar, sino el miedo al dolor físico que le esperaba.

Habló con su hijo muy breves palabras, sin casi oír los consuelos que le ofrecía el sacerdote, y al llegar el alba, Grossi no era un hombre: era un reloj con los dos minuterios inmóviles y clavados sobre la hora de su suplicio.

378 ORCE PEREYRA, Artigas, *La pena de muerte en el Uruguay*, Municipio de Maldonado, 2da. edición, 2008, págs. 54 y 55.

379 COURTOISIE, Agustín, *Pedro Figari. La campaña contra la pena de muerte*, Ministerio de Educación y Cultura e.a, Montevideo, 2013, pág. 65.

380 COURTOISIE, op. cit., pág. 81. El autor cita allí la conferencia pronunciada por FIGARI en el Ateneo de Montevideo, el 4 de diciembre de 1903.

Recuerdo, señor Presidente, que salió sostenido por dos guardianes, que atravesó el largo corredor de la Penitenciaría y que llegó al jardín en una espléndida mañana de sol primaveral.

(...) Debajo del un árbol se colocó el banquillo, y por las ventanas del edificio, que caían sobre el huerto, se asomaban las cabezas de los penados; pero no, señor Presidente, como los que van a asistir a un ejemplo, sino como los que van a asistir a una fiesta, oyéndose hasta gritos de *¡viva Grossi!*

En aquel instante, señor Presidente, me pareció que la ley -viendo la atonía, la falta de conciencia y el embrutecimiento en que Grossi se encontraba-, me pareció que la ley fusilaba un montón de carne, cuando lo que la ley debía haber tratado era de despertar la conciencia en el montón de carne puesta en el banquillo!

Yo creo, señor presidente, que el porvenir es piedad; creo que al porvenir pertenecen los niños, las mujeres, los ancianos, los enfermos de espíritu y todos los que nacen con alguna lacra.

Yo creo, señor presidente, que el porvenir es albergue y hospicio; hospicio para los enfermos que no tienen cura y sueñan con horizontes de resurrección.

Yo creo, señor presidente, que la sociedad del futuro se dará cuenta de que, para defenderse y para mejorarse, no necesita ni aniquilar ni destruir por entero a uno solo de sus miembros.

Es por eso que, esperando en el mejoramiento del sistema penitenciario; es por eso que, esperando en la selección, traída por las escuelas; es por eso que, esperando en el benéfico influjo del progreso, yo digo que sobre las cárceles no se deben poner estas palabras: *'Aquí se entra en la muerte'*, sino *'Aquí se entra en la regeneración'*³⁸¹.

Pese a que diversos instrumentos internacionales tienden a la eliminación de la pena capital³⁸², ésta aún se encuentra establecida en la legislación de más de ochenta países, y muchos de ellos todavía la aplican.

Como ha dicho MIR PUIG, cuando el Estado endurece las penas y aplica la pena de muerte reduce los tres pilares de la revolución francesa, libertad, igualdad y fraternidad, a uno y medio: el de la libertad y el de sólo una parte de la igualdad, y se olvida de la fraternidad³⁸³.

381 *Diario de Sesiones*. op.cit., pág. 109.

382 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por Uruguay mediante ley 13.751, de 10/07/1969, establece en su artículo 6.1: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente"; el art. 6.2 agrega: "En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente". A nivel regional, el Pacto de San José de Costa Rica recoge (artículo 4.2) una fórmula muy similar a la recién vista.

383 MIR PUIG, Santiago, *Estado, delito, pena*, Edit. BdeF, Buenos Aires, 2006, pág. 7.

La permanencia de la pena capital demuestra que, más allá de múltiples progresos éticos, antes de alcanzar una completa humanización del Derecho, aun resta mucho por hacer.

Sección VI. Prevención de la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

27) La prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Durante siglos la práctica de la tortura fue una conducta lícita y, como tal, jurídicamente reglamentada. Los tormentos eran en algunos casos aplicados como pena, y en otros como un método judicial de investigación de los delitos. Al igual que lo que históricamente sucedió con la esclavitud, la tortura pasó de ser una práctica lícita para convertirse en un ilícito, que en determinadas condiciones puede configurar un crimen de lesa humanidad.

El proceso de definitiva interdicción de la tortura se afirmó tras la catástrofe de la segunda guerra mundial, cuando en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada el 12/10/1948, se incluyó una fórmula terminante:

“Artículo 5. Nadie será sometido a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

La misma redacción fue incluida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7) y en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 5.2), norma que agrega:

“Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente a la persona humana”.

La adopción de la Convención Internacional contra la Tortura significó un decisivo avance en la criminalización de esta atroz práctica. El artículo 1 del Tratado mencionado define a la tortura como

“(…) todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

En nuestro Derecho la ley 18.026 creó el tipo penal de la tortura, incluyéndola entre los crímenes de lesa humanidad, aún cuando se trate de un acto aislado. La definición prevista por la citada norma no concuerda plenamente con la correspondiente a la

Convención antes repasada³⁸⁴; asimismo, nuestra ley incluye dentro de la definición de la tortura a otros actos crueles, inhumanos o degradantes, con lo que ambas categorías han quedado legalmente fusionadas e igualmente sancionadas.

28) La “doctrina Gautier”: bases y perspectivas de la prevención de la tortura.

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes (en adelante: el Protocolo) fue aprobado por ley 17.914, de 28 de octubre de 2005³⁸⁵. Previo a ello, Uruguay participó activamente en el correspondiente proceso de negociaciones, iniciado en 1980 y culminado a comienzos de la pasada década.

En dicho proceso, el GRU.LA.C.³⁸⁶ estuvo en la vanguardia de los Estados que impulsaron la creación de un instrumento preventivo y complementario de la Convención Internacional contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes.

Con la aprobación del Protocolo, Uruguay se sumó a los países que han priorizado la prevención de la tortura y que, en su mérito, han asumido la obligación de constituir Mecanismos Nacionales de Prevención, de carácter técnico, con plena independencia económica y funcional.

384 Ver al respecto el artículo 22 de la ley 18.026.

385 La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes fue ratificada por Uruguay mediante ley 15.798, de 17/12/1985.

386 El Grupo de países de América Latina y el Caribe lideró la adopción del Protocolo. Si bien la decisión fue regional, es justo reconocer la intervención que cupo a Costa Rica en las etapas iniciales del proceso.

La creación de tales órganos, cuyo mandato consiste en el monitoreo permanente todos los lugares de detención en cada país³⁸⁷, debe mucho a la figura del suizo Jean Jacques Gautier, fundador de la Asociación para la Prevención de la Tortura.

A mediados de los años setenta, el mencionado Gautier seguía con honda preocupación las noticias sobre casos de desapariciones forzadas y tortura provenientes de los países del Cono Sur Latinoamericano; en esas circunstancias concibió la idea de crear mecanismos externos de verificación de los lugares de detención, con el fin de prevenir la tortura y cualquier forma de maltrato. Se denomina a dicha doctrina, en reconocimiento a su creador, como *doctrina Gautier*.

En 2004 Uruguay suscribió el Protocolo, y a partir del año siguiente, con el inicio de una nueva Legislatura, el Parlamento se propuso la pronta ratificación del instrumento. En abril de 2005 el nuevo Poder Ejecutivo dirigía a la Asamblea General el mensaje correspondiente, y a fines de octubre del mismo año se encontraban cumplidas todas las etapas parlamentarias: Uruguay se sumaba al primer grupo de Estados que cumplían cabalmente el compromiso de ratificación del Protocolo.

El breve trámite legislativo fue seguido por la implementación del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (en adelante, M.N.P.).

De acuerdo al artículo 17 del Protocolo cada Estado Parte, a más tardar en un año de su entrada en vigor, “mantendrá, designará o creará, uno o varios mecanismos nacionales independientes para la prevención de la tortura a nivel nacional”. Tales Mecanismos deberán ser independientes funcionalmente (artículo 18), y tendrán, como mínimo, las facultades de examinar periódicamente el trato de las personas privadas de libertad, hacer recomendaciones a las autoridades competentes, con el objeto de mejorar las condiciones de detención, y hacer propuestas y observaciones acerca de la legislación existente (artículo 19).

Entre comienzos del año 2006 y mediados de 2012, dentro y fuera del Parlamento se debatió sobre la ubicación institucional de este M.N.P., su composición, y en particular, la articulación entre dos instituciones con competencia concurrente: el Comisionado Parlamentario para el sistema penitenciario, creado en julio de 2005, y la Institución Nacional de Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, creada en junio de 2012.

La reflexión y el tiempo han tenido resultados: en 2013, la implementación del Mecanismo se encuentra definitivamente en marcha.

387 El Protocolo dispone en su artículo 2 que “todo Estado Parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole eficaces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción”. A los efectos de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas, Crueles, Inhumanos o Degradantes (artículo 1) se entiende por tortura “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esta persona o a otras, o por cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia”.

Su esquema, original pues responde a particularidades jurídicas nacionales, puede resumirse en los siguientes términos: de acuerdo al artículo 83 de la ley de creación de la Institución Nacional³⁸⁸, ésta fue designada Mecanismo de Prevención³⁸⁹; a su vez, el artículo 10 de la misma ley establece que la Institución Nacional debe coordinar sus funciones con el Comisionado Parlamentario³⁹⁰.

En junio de 2012, tras la designación del primer Consejo Directivo de la Institución Nacional, ésta y el Comisionado Parlamentario acordaron, en cumplimiento de sus respectivos mandatos legales, coordinar las tareas de forma tal de evitar la inútil duplicación de esfuerzos.

Las quejas o denuncias referidas a personas privadas de libertad en recintos carcelarios son derivadas por la Institución Nacional al Comisionado Parlamentario, el que, tras un formal acuse de recibo del caso, lo instruye y realiza a las autoridades penitenciarias las recomendaciones del caso.

Las quejas y denuncias referidas a otras personas privadas de libertad, como los adolescentes en conflicto con la ley o los pacientes psiquiátricos reclusos en centros de salud, son directamente instruidos e investigados por la Institución Nacional; si el Comisionado Parlamentario recibe una cuestión referida a personas privadas de libertad que no se encuentren en cárceles, la remite a la Institución Nacional.

Esta configuración uruguaya del Mecanismo de Prevención puede parecer compleja a primera vista; en la práctica funciona de un modo simple.

El mandato legal de coordinación entre las instituciones nacionales de derechos humanos, no por casualidad fue redactado en términos amplios; la adopción de una fórmula “reglamentarista”, además de lesionar las facultades discrecionales de las instituciones, habría generado múltiples dificultades prácticas.

388 De acuerdo a su carta orgánica (ley 18,446, artículo 1) la I.N.DD.HH. tiene por cometido “la defensa, promoción y protección, en toda su extensión, de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y el derecho internacional”.

389 El artículo 83 de la ley de la I.N.DD.HH. preceptúa que ésta “llevará a cabo, en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores, las funciones del mecanismo nacional de prevención al que se refiere el protocolo facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, tratado internacional del que la República es parte”.

390 El Comisionado Parlamentario fue creado por ley 17.684. Su cometido principal es, de acuerdo al artículo 1 de la mencionada norma, “asesorar al Poder Legislativo en su función de control del cumplimiento de la normativa constitucional, legal o reglamentaria vigente, y de los convenios internacionales ratificados por la República, referidos a la situación de las personas privadas de libertad en virtud de proceso judicial”.

El artículo 10 de la ley 18.446 responde a la intención del legislador de evitar un efecto “*forum shopping*” por parte de los denunciante³⁹¹, y que la superposición de tareas entre las instituciones pudiera dar lugar a estándares o criterios diferentes sobre los mismos temas. Podrían haberse generado situaciones de este tipo si el Comisionado Parlamentario y la Institución Nacional se hubieran establecido como instancias de actuación en paralelo, en las que se instruyeran simultáneamente quejas o denuncias referidas a personas privadas de libertad en cárceles.

Es competencia de la Institución Nacional el monitoreo de las comisarías y seccionales policiales. A partir de una resolución del Ministerio del Interior, adoptada en 2005, no se admite bajo ninguna circunstancia la presencia de personas procesadas o penadas en tales dependencias.

Hasta entonces, un conjunto cuantitativamente pequeño dentro de la población reclusa, menos de un 2%, se encontraba alojada en comisarías o seccionales, ubicadas en la mayor parte de los casos fuera de la capital del país.

En general se trataba de funcionarios policiales a disposición de la justicia, cuyas condiciones de reclusión no sólo no significaban agravio a sus derechos, sino que constituían a veces una fuente de privilegios injustos. Los criterios de asignación de las personas a estas dependencias eran poco transparentes y propiciaban episodios de corrupción, o como mínimo, de indebidos favoritismos. A la fecha, no existen procesados o penados alojados en esta situación.

No obstante, desde otro punto de vista las comisarías y seccionales todavía constituyen un punto crítico en la privación de libertad. Durante la permanencia de las personas detenidas -antes de su remisión al juzgado penal, para la primera declaración ante la autoridad judicial- suelen producirse agresiones físicas o verbales, pese al exiguo margen temporal de esa condición “prejudicial”.

La Constitución establece que ningún habitante de la República puede ser preso sino *infraganti delicto*, o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de juez competente³⁹²; en cualquiera de estos casos la autoridad judicial, bajo la más seria responsabilidad, debe tomar al arrestado su declaración dentro de veinticuatro horas, dentro de cuarenta y ocho, lo más, empezará el sumario³⁹³.

391 La expresión se utiliza para referir a la situación anormal que se produce cuando se facilita jurídicamente a un accionante la posibilidad de elegir alternativamente el órgano de recepción de la queja o denuncia, según su interés, y no en función de criterios objetivos de determinación de la competencia.

392 Carta, artículo 15.

393 *Idem*, artículo 16.

El lapso previo a la remisión al juzgado -o si ésta no se produce, hasta el decreto judicial que pone fin al arresto- constituye un momento de especial vulnerabilidad; la brevedad en el tiempo no evita completamente dicha exposición, ya que una misma persona puede ser arrestada en más de una ocasión, durante horas, en procedimientos intermitentes de “averiguación”, y sin que ello necesariamente derive en una conducción al juzgado penal.

Tratándose de una etapa previa al decreto judicial de enjuiciamiento y prisión, el Comisionado carece de competencia para incursionar en este segmento de la privación de libertad. La competencia en estos casos recae exclusivamente en la Institución Nacional, dada la amplitud de su carta orgánica.

Todo lo expuesto aboga a favor de la adecuada coordinación de tareas, a fin de garantizar la mayor cobertura en todos los ámbitos del sistema de privación de libertad.

a) El monitoreo de las cárceles en Uruguay.

Con una población de tres millones trescientos mil habitantes, Uruguay registra once mil personas privadas de libertad. De éstas, diez mil se encuentran procesadas o penadas en unas treinta cárceles, distribuidas en todos los Departamentos del país; a ello se añaden unos seiscientos adolescentes privados de libertad en virtud de medidas de seguridad, y aproximadamente trescientos cincuenta pacientes internados en hospitales psiquiátricos.

El alto promedio de edad de la población y su escaso crecimiento vegetativo no condicen con el constante incremento de las personas privadas de libertad: entre 1963 y 2013, mientras la población nacional aumentó menos de un 20%, la cifra de personas recluidas se multiplicó por siete.

En los últimos seis años, el incremento de la población reclusa se situó en el orden del 7% anual. En el caso de las mujeres, el incremento es aún mayor, constatándose un 75% entre 2006 y 2012³⁹⁴.

El permanente aumento de la población reclusa en las décadas pasadas, combinado con la falta de inversión en los establecimientos carcelarios, tuvo por efecto una profunda crisis. La magnitud de la misma fue reconocida en marzo de 2005 cuando, al asumir como Presidente de la República, el Dr. Tabaré Vázquez declaró la “emergencia humanitaria” en todo el sistema penitenciario nacional.

³⁹⁴Los datos constan en los Informes del Comisionado Parlamentario a la Asamblea General; www.parlamento.gub.uy

La visita a Uruguay del entonces Relator Especial de ONU para la Tortura, Manfred Nowak, en marzo de 2009, tuvo decisiva influencia en una saludable reacción que ha posibilitado el cambio de escenario. Al término de su misión, aquél expresó su asombro al constatar el nivel de vulneración de derechos en las cárceles uruguayas, a las que comparó con las peores del mundo.

Al año siguiente, en ocasión del presupuesto quinquenal (2010-2015) el Parlamento dotó al Poder Ejecutivo de cifras históricas, a fin de comenzar la reforma del sistema carcelario. Además de la asignación de fondos, se estableció por ley la creación del Instituto Nacional de Rehabilitación³⁹⁵ (I.N.R.), con el cometido de gestionar el sistema penitenciario nacional, nucleando todos los establecimientos del país bajo una misma conducción.

Asimismo, la ley 18.667, de 8 de julio de 2010, previó la creación de mil quinientos cargos técnicos en el seno del I.N.R.; la provisión de tales vacantes se encuentra actualmente en proceso, previéndose por parte de la Administración que a fines de 2013 concluya la selección e ingreso del nuevo personal.

Mediante decreto, el Poder Ejecutivo³⁹⁶ fijó la culminación del proceso de transición para el año 2015, fecha en la que deberán estar incorporadas todas las cárceles del país al I.N.R.. A mediados de 2013, once establecimientos aún dependen de las Jefaturas de Policía; la incorporación de todos los centros carcelarios al esquema nacional es indispensable para dotarlo de una estructura orgánica, y para culminar la salida del sistema carcelario de la órbita policial³⁹⁷.

b) Sistema de visitas de control.

El monitoreo permanente de las cárceles en Uruguay se cumple desde 2005 por la institución Comisionado Parlamentario.

La misma realiza más de cuatrocientos cincuenta visitas anuales a establecimientos de todo el país, comunicando regularmente el resultado de las mismas a la Asamblea

³⁹⁵ Artículos 227 a 229 de la ley 18.719, de 27 de diciembre de 2010.

³⁹⁶ Decreto 145/12, de febrero de 2012.

³⁹⁷ En 1971 las cárceles fueron transferidas del Ministerio de Educación y Cultura al Ministerio del Interior.

General del Poder Legislativo, por intermedio de la Comisión Especial de Seguimiento del Sistema Penitenciario y de Interlocución con el Comisionado Parlamentario³⁹⁸.

De acuerdo a lo establecido por la Carta Orgánica de la institución, las visitas son de dos tipos: ordinarias y extraordinarias. Las primeras se cumplen de acuerdo al plan mensual de trabajo, y son comunicadas con veinticuatro horas de antelación a los servicios administrativos penitenciarios. En general, el Comisionado o los equipos técnicos de la Oficina realizan recorridos por los pabellones, celdarios, e instalaciones sanitarias o de cocina, y proceden a entrevistar un promedio de ocho a diez internos en cada visita; también son comunes las reuniones con delegados de las personas privadas de libertad.

Las visitas extraordinarias tienen lugar para supervisar procedimientos de requisa o recabar información sumaria para la instrucción de una queja o denuncia. Estas visitas no son preanunciadas a las autoridades.

c) Áreas prioritarias en la prevención de la tortura.

- *Sobrepoblación.*

La expresión más evidente de la crisis penitenciaria en Uruguay fue el grave nivel de sobrepoblación que se alcanzó.

A mediados de 2009, unas ocho mil quinientas personas se encontraban privadas de libertad en veintinueve establecimientos; las plazas disponibles no eran más de seis mil, y las instalaciones, en su mayor parte, presentaban estados de conservación que variaban entre lo deficiente y lo ruinoso.

La emergencia humanitaria tendía a agravarse, pese a que, entre 2006 y 2008 se había realizado un primer esfuerzo por mejorar la situación. Quince de los veintinueve establecimientos presentaban niveles críticos de densidad, en algunos casos cercanos al 300%.

Por ejemplo, en la cárcel “Las Rosas”, Departamento de Maldonado, se registraba un guarismo de 301%; en Rocha, 290%; en el establecimiento femenino “Cabildo”, 228%.

³⁹⁸ La Comisión se integra por cinco Senadores y diez Diputados. Su función consiste en servir como nexo institucional entre la Asamblea General y su mandatario especial para el sistema penitenciario, el Comisionado. Este rinde un informe anual y presenta, a petición de la Comisión o por su propia iniciativa, informes temáticos regulares. La Comisión, acompañada por el Comisionado, realiza además una visita mensual a los establecimientos.

Estos tres establecimientos ya han sido sustituidos por otras instalaciones, nuevas o recicladas.

A pesar que la población reclusa ha continuado en aumento, el panorama general en materia locativa ha cambiado totalmente. Como resultado de las inversiones realizadas desde 2009 en adelante, se han construido tres mil quinientas nuevas plazas; a dicha cifra hay que restar unas mil, correspondientes a establecimientos o sectores clausurados en virtud de su obsolescencia o pésimo estado de conservación³⁹⁹, con lo que la expansión en la capacidad del sistema puede estimarse en unas dos mil quinientas plazas, de aceptable calidad.

A fines de 2012, la densidad general del sistema se situaba en el orden del 130%. No obstante, a pesar de las mejoras aún subsisten áreas con fuertes niveles de hacinamiento: algunos pabellones femeninos en el interior del país, y sectores en los establecimientos más importantes, todavía alojan a más del doble de personas de lo que su capacidad admite.

Esta situación tenderá a mejorar en el segundo semestre de 2013 con la inauguración de dos nuevos complejos, ubicado dentro de la cárcel de Santiago Vázquez, la más grande del país. Con una capacidad de 1.016 plazas, estas nuevas construcciones (que se identificarán como módulos 10 y 11) posibilitarán una redistribución de la población de este y otros centros, con el consiguiente abatimiento de los niveles de sobrepoblación.

El personal necesario para la gestión del complejo ya ha ingresado al escalafón penitenciario, y se encuentra realizando el correspondiente curso de capacitación.

A pesar de la nueva infraestructura penitenciaria, el permanente incremento de la población reclusa no ha permitido aún la completa resolución del problema del hacinamiento. Los guarismos de prisionización no pueden continuar aumentando indefinidamente; es por ello que urge la reforma procesal penal, en particular, el rediseño de la política criminal y la racionalización del empleo de la prisión preventiva.

Actualmente ésta se aplica mucho más allá de su finalidad cautelar, fungiendo como indebido adelanto de la pena. La aplicación de medidas sustitutivas a la preventiva es posible, contando con el buen marco establecido por la ley 17.726. Sin embargo, en la práctica la aplicación de tales medidas continúa siendo un recurso excepcional.

Con el propósito de contribuir a dar respaldo administrativo a la ejecución de las medidas sustitutivas a la prisión, el Ministerio del Interior recientemente ha creado en Montevideo la Oficina de Seguimiento de Libertades Asistidas (O.S.L.A.). Dicha oficina atiende unos ciento cincuenta casos, en los que realiza el seguimiento de las personas sometidas a diversas medidas sustitutivas.

³⁹⁹ Entre 2011 y 2013 fueron sustituidas las cárceles de Rivera, Rocha, Maldonado, Minas, cárcel femenina de Cabello (Montevideo), celdarios metálicos de la cárcel de Libertad, y pabellón femenino del Departamento de Canelones. Estas instalaciones totalizaban unas mil plazas inservibles; el reemplazo de las mismas representó un avance significativo.

- *Uso de la fuerza.*

El mal empleo de los medios de coerción ha sido una constante en las cárceles uruguayas en las últimas décadas. Los abusos en la aplicación de sanciones con internación en celda de aislamiento, el uso excesivo de la fuerza durante las requisas, y diversos tipos de maltrato físico eran, hasta poco tiempo atrás, una práctica generalizada.

A partir de mayo de 2012, el comando del I.N.R. ha dado instrucciones al personal a fin de adecuar estrictamente el empleo de la fuerza a los parámetros legales. Un año después se verifican avances, pero aún resta mucho por hacer.

La aplicación de sanciones con internación en celda de aislamiento se va lentamente adecuando a los parámetros legales y se han suprimido algunas de las peores instalaciones. Construidas generalmente en los años setenta y ochenta, en tiempos del gobierno de facto, hasta 2010 subsistían celdas oscuras en la mayoría de los establecimientos.

Dichos calabozos han sido refaccionados o clausurados, y en algún caso incluso han sido eliminados; en tal sentido, como ejemplo de buena práctica debe recordarse la demolición de cuatro celdas oscuras en la cárcel de Canelones, dispuesta por el Jefe de Policía en 2012, poco antes del traspaso del establecimiento a la órbita del I.N.R..

No obstante estos avances -y pese a las reiteradas recomendaciones recibidas por la Administración- los servicios médicos, salvo excepciones, aún no dan cumplimiento de la obligación legal de valorar día a día a quienes están sancionados, certificando que están aptos para el cumplimiento de la medida disciplinaria.

En lo que refiere a las requisas también comienzan a apreciarse cambios. La realización de tales procedimientos ha sido, por mucho tiempo, ocasión para el ejercicio de una violencia inusitada. A lo largo de años, hemos constatado el maltrato en estas ocasiones, sea por directa agresión física o mediante la destrucción o menoscabo de los efectos personales de los privados de libertad.

A partir de 2009 comenzó a generalizarse la presencia parlamentaria en estos procedimientos, interviniendo regularmente legisladores y el Comisionado Parlamentario, por sí o por intermedio de sus equipos técnicos. La Administración penitenciaria no sólo acepta la presencia de veedores externos sino que incluso la promueve, comunicando en forma previa la realización de las requisas.

Finalmente, en lo relacionado con otras situaciones de maltrato se observa una clara disposición al cambio por parte de las máximas jerarquías penitenciarias. El mensaje al personal ha ido cambiando, reclamando de éste el cumplimiento de las pautas legales en

el empleo de la fuerza. Una parte de los funcionarios, acostumbrados a las malas prácticas, aún persiste en aplicar la vieja y violenta metodología. Desde el Parlamento se ha hecho especial énfasis en la necesidad de capacitación y reciclaje del personal, cuestión que ha sido expresamente atendida por las autoridades del I.N.R.

- *Atención médica y odontológica.*

En esta materia, el sistema penitenciario uruguayo se encuentra en una fase de implementación de un nuevo esquema de atención.

Hasta el año 2007 la atención de la salud estuvo en todas las cárceles a cargo de los servicios policiales. El servicio era omiso, y en múltiples ocasiones, encubridor de malas prácticas o, lisa y llanamente, de casos de maltrato y tortura. Por más que existían profesionales que ejercían dignamente sus tareas, el sistema, como tal y más allá de las honrosas excepciones, era inhumano.

Un primer problema que debía corregirse era la ubicación institucional de los servicios: el personal médico y paramédico, por encontrarse dentro de la cadena de mando policial, tenía, dada esta sola circunstancia, fuertemente limitada su autonomía y su independencia técnica.

A partir de un convenio entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Salud Pública, en el año 2007 la Administración de los Servicios de Salud del Estado (A.S.S.E.) se hizo cargo de la policlínica del Complejo Santiago Vázquez.

Dados sus buenos resultados, aquella primera experiencia fue extendida a otros cuatro establecimientos (cárcel de Libertad, Centro Metropolitano de Reclusión Femenina y Punta de Rieles).

Por limitaciones de orden presupuestal, el proceso de extensión de los servicios de salud de A.S.S.E. a todas las cárceles se encuentra actualmente detenido. Las instancias de modificación presupuestal en este período de gobierno han precluido, por lo que la próxima oportunidad de dotación de recursos para el proceso de transición será en 2015, cuando asuma un nuevo Poder Ejecutivo.

- *Inclusión social de las personas liberadas.*

El Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, que funciona en la órbita del Ministerio del Interior, tiene como misión propender a la inserción social de las personas liberadas.

Sin perjuicio de la esforzada tarea que cumple dicha institución, de carácter semi-voluntario, la reincidencia se sitúa en el 60%. Ello por sí da cuenta de las reales dificultades de inserción que enfrentan los liberados.

Con el propósito de revertir esta situación, desde el año 2010 se han celebrado diversos convenios entre el Patronato y otros organismos estatales, a fin de facilitar a los privados de libertad el aprendizaje de oficios.

A fines de 2013 concluirá la refacción de un sector de la antigua cárcel femenina (“Cabildo”), que servirá como alojamiento transitorio, por un máximo de noventa días, para aquellos liberados que carezcan de familia o domicilio. No obstante esta buena iniciativa, será necesario, además, profesionalizar al Patronato para que pueda llevar adelante en forma más efectiva su labor de reinserción de las personas liberadas.

d) Perspectivas de la prevención de la tortura.

La práctica de la tortura lamentablemente ha sido una constante en todas las épocas. Medio de prueba judicial en la Antigüedad, Edad Media y Época Moderna, su empleo constituye actualmente un grave delito y, en cuanto práctica sistemática, un crimen de lesa humanidad.

El imperativo ético y jurídico de su erradicación ha sido crecientemente asumido por la comunidad internacional, desde la genérica previsión en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 a las obligaciones específicas emanadas de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y de su correspondiente Protocolo.

Alineado esa dirección, Uruguay adhirió con celeridad al Protocolo. Tras la suscripción del mismo en 2004, el correspondiente trámite de ratificación concluyó rápidamente en 2005. A partir de allí, quedó planteado el desafío de la instrumentación de las obligaciones contraídas, en especial, la constitución del Mecanismo Nacional de Prevención.

Desde su creación, la Institución Nacional de Derechos Humanos ha coordinado con el Comisionado Parlamentario lo que refiere a las personas privadas de libertad en cárceles; resta la instrumentación de un sistema de monitoreo para comisarías y seccionales policiales, hospitales psiquiátricos y sistema penal juvenil.

El escenario de amplia colaboración entre las mencionadas instituciones estatales, cuya competencia es concurrente respecto de las personas privadas de libertad, abre posibilidades ciertas de alcanzar el cumplimiento de los objetivos del Protocolo.

A partir de 2010, la adopción de una serie de medidas legislativas y administrativas (inversión y apuesta a una gestión que trascienda lo meramente custodial) han propiciado el comienzo de una transformación del sistema carcelario.

Ello, sumado a la creciente práctica de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en nuestro país, permite augurar un promisorio panorama en materia de prevención de la tortura y toda forma de maltrato de las personas privadas de libertad.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALVARADO PLANAS, Javier, e.a., *Temas de Historia del Derecho y de las Instituciones*, Universidad de Educación a Distancia, Madrid, 1997.
- ANDRADE DE OCHOA, Ruth, *Historia del Derecho*, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Notariado, Montevideo, 1967.
- ARANGIO RUIZ, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, traducción de José Caramés Ferro, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1952.
- ARGÜELLO, Luis Rodolfo, *Manual de Derecho Romano, Historia e instituciones*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.
- Association Pour la Prévention de la Torture (A.P.T.), *Détention par la police, Guide pratique de monitoring*, A.P.T, Ginebra, 2013.
- A.P.T. e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *El Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura*, A.P.T., Ginebra, 2010.
- A.P.T., *La Torture en Droit International, Guide de Jurisprudence*, A.P.T., Ginebra, 2008.
- A.P.T., *Monitoreo de los lugares de detención, una guía práctica*, A.P.T., Ginebra, 2004.
- AULO GELIO, *Noches Aticas*, traducción del latín de Francisco Navarro y Calvo, El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1955.
- BECCARIA, Césare, *De los delitos y de las penas*, traducción Juan Antonio de las Casas, Editorial Altaya, Madrid, 1994.
- BONILLA, Evangelio, *Derecho Romano*, tomo II, F.C.U., Montevideo, s/d.
- COSTA, José Carlos, *Manual de Derecho Romano Público y Privado*, Edit. LexisNexis, Buenos Aires, 2007.
- COURTOISIE, Agustín, *Pedro Figari, La campaña contra la pena de muerte*, Ministerio de Relaciones Exteriores, Consejo de Educación Técnico Profesional (Universidad del Trabajo del Uruguay) y S.U.A.T., Serie Edición Homenaje, Volumen 55, Montevideo, 2013.
- DECLAREUIL, J. *Roma y la organización del Derecho*, traducción de Ramón García Redruello, Editorial Cervantes, Barcelona, 1928.
- DE COULANGES, Fustel, *La ciudad antigua. Estudio sobre el culto, el derecho, las instituciones de Grecia y Roma*, traducción de M. Giges Aparicio, Daniel Jorro Editor, Madrid, 1920.
- DELVAL, Juan Antonio, *Introducción al Tratado de los delitos y de las penas*, Editorial Altaya, Madrid, 1994.

- DI PIETRO, Alfredo, *Derecho Privado Romano*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1999.
- DI PIETRO, Alfredo, y LAPIEZA ELLI, Ángel Enrique, *Manual de Derecho Romano*, Edit. LexisNexis, Buenos Aires, 2005.
- D'ORS, Xavier, *Antología de textos jurídicos de Roma*, Ediciones Akal, Madrid, 2001.
- DURKHEIM, Emile, *La división del trabajo social*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- Enciclopedia del Diritto*, tomo XXXII, Giuffrè Editore, Varese, 1985.
- Enciclopedia Jurídica Básica*, Editorial Civitas, tomo III, Madrid, 1995.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA*, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1964.
- ETCHEVERRY, Alfredo, *250 años después: Dei delitti e delle pene; de la obra maestra a los becarios*, Euros Editores, Buenos Aires, 2010.
- FERNÁNDEZ SBARBARO, Orfilia, *Historia del Derecho*, tomo III, F.C.U., Montevideo, s/d.
- FOIGNET, René, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Librairie Arthur Rousseau Editeurs, Paris, 1922.
- FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar, nacimiento de la prisión*, 16ª edición, siglo XXI Ediciones, Madrid, 1989.
- GIFFARD, A. E., *Droit Romain et ancien Droit Francais (Obligations)*, Librairie Dalloz, Paris, 1958.
- GIRARD, Paul Frederic, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, Imp. Alsacienne, Estrasburgo, 1923.
- GOLSDTEIN, Raúl, *Diccionario de derecho penal y criminología*, 3ra. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.
- HARRIS, Marvin, *Antropología cultural*, traducción de Vicente Bordoy y Francisco Revuelta, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- HARRIS, Marvin, *Caníbales y reyes. Los orígenes de las culturas*, traducción de Horacio González Trejo, Alianza Editorial, Madrid, 1996.
- HESIODO, *Trabajos y Días*, Alianza Editorial, Madrid, 2000.
- HUVELIN, Paul, *Derecho Romano*, tomos IV y V, traducción de Mireya Argelaguet Nunes, F.C.U., Montevideo, s/d.
- JAEGER, Werner, *Paideia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1946.
- KHUN, André, *Sanctions pénales: est-ce bien la peine ? Et dans quelle mesure?*, Editions de l'Hèbe, Ginebra, 2010.
- LANZIANO, Washington, *Derechos Humanos*, Tradinco, Montevideo, 1998.

- LARA PEINADO, Federico, *Código de Hammurabi*, Edit. Tecnos, Madrid, 1997.
- LARA GONZALEZ, Federico, y LARA PEINADO, Federico, *Los Primeros Códigos de la Humanidad*, Edit. Tecnos, Madrid, 1994.
- METZ, A., *Les Douze Livres du Code de L'Empereur Justinien*, tomo 4, Behmez et Lamort Imprimeurs-Librairies, Paris, 1810.
- METZ, A., *Les Cinquante Livres du Digeste ou des Pandectes de L'Empereur Justinien*, tomos 1 y 7, Behmez et Lamort Imprimeurs-Librairies, Paris, 1810. Paris, 1810.
- MIR PUIG, Santiago, *Estado, delito, pena*, Edit. BdeF, Buenos Aires, 2006.
- MONIER, Raymond, *Manuel Élémentaire de Droit Romain*, tomo II, Éditions Domat Montchrestien, Paris, 1948.
- NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- ORCE PEREIRA, Artigas, *La pena de muerte en el Uruguay*, Municipio de Maldonado, 2da. edición, Maldonado, 2008.
- ORTIZ RIVAS, Hernán, *La especulación iusfilosófica en Grecia antigua: desde Homero hasta Platón*, Edit. Temis, Bogotá, 1990.
- RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, *Derecho romano*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.
- ROMAGNOSI, Giandoménico, *Génesis del Derecho Penal*, traducción de Carmelo González Cortina Jorge Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, 1956, pág. 108.
- ROSSI MASELA, Blas E., *La Lex Aquilia y la responsabilidad extracontractual en el derecho romano y su proyección en el derecho uruguayo*, U.DE.LA.R., Facultad de Derecho, Montevideo, 1951.
- ROSSI MASELLA, Blas E., *Historia del Derecho*, tomo III, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Notariado, Montevideo, 1967.
- SUEIRO, Daniel, *La pena de muerte, ceremonial, historia, procedimientos*, Alianza Editorial, Madrid, 1974.
- VALIÑO, Emilio, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Universidad de Valencia, Valencia, 1977.
- TROPLONG, M., *La influencia del cristianismo en el derecho civil romano*, traducción de Santiago Cunchilla Manterola, Ediciones Desclée, Buenos Aires, s/d.
- WENDLEY, R. M., *El estoicismo y su influencia*, traducción de Vicente Paul Quintero, Editorial Nova, Buenos Aires, 1948.