

gra y se busca es que al que tiene ya el carácter de asignatario no se le incluya o se le excluya de la partición hasta tanto que se le confirme o se le prive de esa calidad. Como se dejó dicho, la partición se suspende entre los asignatarios, por ellos y para ellos.

De lo expuesto se concluye que la acción prejudicial instituida por el precepto legal materia de este estudio sólo compete al asignatario y que no son titulares de ella los que pretenden esta calidad mediante la nulidad del testamento o la declaratoria de filiación natural.

Por fortuna y como medida preventiva para asegurar el resultado del juicio en que se ejercita la acción de petición de herencia cuando en la universalidad jurídica existen bienes raíces, se dictó la ley 38 de 1945. Por virtud de ésta y en el mismo auto que acepta la demanda, el Juez ordenará que se inscriba o tome razón de ella en el libro de registro de demandas civiles. De esta manera y al menos para los inmuebles, queda prohibida la enajenación.

Ese registro de la demanda sobre petición de herencia no impide la inscripción de la partición y de la hijuela de adjudicación que se forme a cada uno de los coasignatarios. Esto, porque en el Derecho Civil Colombiano la partición no es traslativa sino declarativa entre los partícipes. Esta, según el artículo 1.041 del C.C. no traspasa dominio. De copartícipe a copartícipe la partición no desplaza derecho alguno; el acto de partir sólo localiza o concreta en especies o cuerpos ciertos la cuota que a título universal recibió el heredero del causante.

Medellín, 15 de marzo de 1948.

## **DERECHO PENAL GENERAL**



Por el Dr.

**Gustavo Rendón G.**



INSTITUTO PERUANO DE DERECHO PROCESAL

---

Presidente: Dr. Percy Mac Lean Estenos.

Huancayo, 27 de abril de 1.948.

Señor Dr. Don  
Gustavo Rendón Gaviria  
Profesor Interno de la Facultad  
de Derecho y Ciencias Políticas  
de la Universidad de Antioquia.  
Medellín — Colombia.

Distinguido señor doctor:

Tengo el agrado de dirigir a Ud. la presente comunicación destinada a manifestarle que, en la sesión del día de ayer, del Instituto de mi Presidencia, y a solicitud del suscrito, ha sido Ud. designado, por unanimidad, Miembro Honorario, en atención a su importante obra «Curso de Procedimiento Penal Colombiano» que ha sido leída y comentada por nuestros estudiosos del Derecho Procesal, mereciendo la más alta aprobación por la forma brillante con que ha tratado Ud. tan interesante tema.

Oportunamente recibirá Ud. el diploma pertinente.

Mientras tanto, al felicitar a Ud. por tan merecida designación, formulo votos por que esta vinculación intelectual que ahora iniciamos sea de provecho para la intensificación del mutuo y amistoso conocimiento de los juristas de Colombia y del Perú.

Aprovecho de esta oportunidad para ofrecer a Ud. las seguridades de mi alta y distinguidas consideraciones.

Percy Mac Lean Estenós  
Presidente  
Fiscal de la Corte Superior de Justicia de Junín



## DERECHO PENAL GENERAL

### Proceso de ejecución del delito

El proceso de realización del delito comprende dos fases fundamentales, la una **interna o psíquica** y la otra **externa o física**, a las cuales corresponden diversas etapas, no siempre fáciles de aislar o separar en la práctica.

En la primera fase, cumplida en la intimidad del agente, pueden apreciarse como etapas propias: el **motivo** generador del delito, la **deliberación** y la **resolución**. En la segunda se comprenden los actos externos, física y materialmente apreciables, como la **manifestación del propósito criminal**, los **actos preparatorios**, los de **ejecución** y los de **consumación**.

Aunque en todos los delitos las etapas que hemos anunciado, tanto internas como externas, se presentan para integrar plenamente el proceso delictivo o "iter criminis", no es posible en todos ellos hacer la debida individualización de cada etapa, pues por la naturaleza misma de los hechos penales y en razón de la manera como los ciclos de la actividad psíquica se desenvuelven, la sucesión se cumple tan rápidamente, que apenas en muy contadas infracciones, especialmente aquellas en que se procede con dolo deliberado, pueden distinguirse con relativa exactitud esas etapas.

### Fase Interna

En el primer momento del proceso delictivo hay en la conciencia del agente sólo la representación del hecho criminoso sobre cuya ejecución trata de resolverse. Esta concepción de la idea criminal es una actuación íntima que no trasciende al mundo externo y que carece, por lo tanto, para los efectos de la ley penal, de



condiciones de punibilidad, por grave y concreto que desde el punto de vista interno del agente sea su propósito criminal.

Lo anterior no quiere decir que en todos los casos sea absolutamente preciso que el agente ejecute actos materiales que traduzcan su propósito criminal, para que tenga lugar la incriminación, dado que hay delitos en los cuales surge la responsabilidad por una participación intelectual en la concepción misma del hecho, lo que ocurre por ejemplo, en la inducción, la instigación para delinquir, la apología del delito, etc. Esta especie de participación en que el agente actúa en un plano intelectual, sin precisar actos físicos aparentes, es en el fondo una participación concreta de la cual se deriva responsabilidad penal.

### Fase Externa

En el proceso externo del delito la actividad físicamente apreciable se inicia con la manifestación del propósito criminal pretendido por el agente. Si la exteriorización de ese propósito no se cumple y se limita a ser la simple manifestación de él, porque no se ejecutan actos capaces de poner en marcha la causalidad criminal, la incriminación no es posible, salvo algunos casos de especial estructuración penal, como ciertos delitos políticos, la asociación para delinquir y algunas infracciones más, de carácter formal.

Por tanto, el verdadero proceso del delito, en sus grados de incriminación, empieza cuando la actuación externa se orienta inequívocamente a la transgresión de la norma, a la violación del derecho.

De esta actuación hacen parte, en primer término, como materialización del delito, los actos preparatorios, de los cuales vamos a ocuparnos.

### Actos preparatorios

Si a la intención delictuosa, claramente manifestada, sigue la elaboración o preparación de los medios para llevar a término el delito, se dice que hay **actos preparatorios**, los cuales no son por lo general punibles, en relación con el delito que se pretende, mientras en sí mismos no constituyan específicamente infracción penal. Por lo común los actos preparatorios son equívocos, es de-

cir, no permiten ser identificados como propios a un determinado delito, de una parte, y de otra, no son suficientes para producir transtorno o daño, jurídicamente apreciables. Esto fundamenta la no represión de los actos preparatorios, en la mayoría de los casos. No obstante, hay veces en las que los actos preparatorios son inequívocos y están estrechamente vinculados por su naturaleza al delito pretendido, circunstancia que justifica la represión penal por atribuirseles condiciones propias de ilicitud y capacidad de daño. Así, por ejemplo, el adquirir o conservar instrumentos aptos para la falsificación de moneda, aunque se entiende como un acto preparatorio para el delito de falsificación, constituye de por sí una especie de este delito, sin que requiera para su integración la fabricación de las especies.

Los actos preparatorios equívocos, como adquirir un arma, conseguir veneno, etc., no permiten establecer concretamente un designio criminal. Los inequívocos, por el contrario, permiten inferir el propósito con más o menos exactitud. Salvo los casos de actos preparatorios de esta última clase, que justifican la punición en cuanto sean de por sí ilícitos penales, puede afirmarse que ellos no entrañan un principio de ejecución del delito, ni tampoco una violación concreta de la norma, razones estas a las que los códigos atienden para no sancionar los actos preparatorios como forma imperfecta del delito, si el agente desiste de su empresa criminal.

Con este criterio dispone el Código Penal Colombiano lo siguiente:

“Art. 15—Al que voluntariamente desista de la consumación de un delito iniciado, se le aplica solamente la sanción establecida para los actos ejecutados, si éstos constituyen por sí mismos delito o contravención”.

De acuerdo con esta disposición los actos preparatorios, como etapa externa del delito iniciado, no se sancionan cuando el agente desiste de la consumación, salvo que los hechos constituyan delito o contravención, independientemente considerados.

Pero el desistimiento, como lo veremos un poco más adelante, una vez estudiemos el delito imperfecto en sus formas de tentativa y frustración, no sólo aprovecha para los actos preparatorios, sino que puede operar respecto de etapas más avanzadas del delito, como una de las enunciadas, (tentativa), que dejaría de ser tal para los efectos penales.



### Tentativa

La tentativa es una forma imperfecta del delito caracterizada por la insuficiencia de los actos ejecutados para realizar el evento, es decir, en la que no hay la plenitud y eficacia requeridas para el logro de la intención criminal.

La imperfección del delito depende de causas ajenas a la voluntad del autor, quien inicia la causalidad criminosa y ejecuta actos destinados a realizarlo, pero sin la suficiencia requerida para el logro del evento.

Son elementos de la tentativa:

a) — **Propósito criminal.** En la tentativa la intención criminal opera en toda su integridad y no se afecta como elemento constitutivo del delito. La necesidad de un propósito determinado para configurar la tentativa hace imposible que se presente en los hechos culposos y en los ultraintencionales. Por la misma razón no cabe hablar de tentativa en las simples contravenciones.

b) — **Acto o actos de ejecución.** Son aquellos que por su naturaleza están destinados a producir el evento criminal. En la tentativa los actos encaminados a realizar el delito no aparecen completos para la consumación. En algunos casos el evento no se alcanza porque el agente no ejecuta todos los actos que son precisos; en otros, la imperfección del delito depende de falta de idoneidad de los medios empleados. La falta de idoneidad que da lugar a la tentativa es sólo relativa, pues si los medios de comisión del delito son absolutamente inidóneos el hecho constituye delito imposible, propiamente.

c) — **Que el delito no se realice por causas independientes de la voluntad del agente.** Según esta condición el fracaso de la empresa criminal ocurre siempre por factores que son extraños a la voluntad del agente, lo que quiere decir que la tentativa es una figura incompatible con el desistimiento voluntario, cuyos efectos contempla el artículo 15 del Código Penal, ya comentado.

En tales condiciones respecto del delito en que hay un principio de ejecución, si el desistimiento se presenta y es eficaz para impedir que la causalidad criminosa se agote, no existe tentativa, lo que podría dar lugar a que los actos ejecutados determinarían una infracción penal distinta a la pretendida.

Cuando la ejecución del delito está en marcha el desistimiento es, por lo general, inoperante, por la incapacidad en que está el

agente para impedir los efectos de los actos ejecutados, pero en algunos casos sí es posible que el autor impida con actos propios que el evento se consuma.

Es evidente, por ejemplo, que quien ha disparado un arma contra otra persona con ánimo de lesionarla mortalmente, no puede desistir de su cometido criminal una vez hecho el disparo porque físicamente le es imposible estorbar los efectos de su acción. Pero si ese mismo hecho lo ejecutara un médico que pretende matar a su enemigo, a quien le causa una herida mortal, podría ocurrir que, arrepentido de su acción, el mismo autor del daño procediera a operar a su víctima, salvándole la vida. Tal forma de desistimiento, que constituye con más propiedad arrepentimiento, depende de la voluntad del agente, lo que sustraería el hecho de la tentativa o de la frustración. En tan atípico caso la aplicación del artículo 15 daría por resultado que el hecho hubiera que considerarlo como delito de lesiones personales.

En el Código Penal Colombiano la penalidad de la tentativa y sus condiciones jurídicas están previstas en el artículo 16, que expresa:

*"El que con el fin de cometer un delito, diera principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas de su voluntad, incurriría en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado".*

### Delito Frustrado

Mientras en la tentativa la ejecución del delito es incompleta, desde el punto de vista de los actos necesarios para producirlo, en el delito frustrado los actos suficientes para llevarlo a término se realizan, no consumándose el evento, igual que en la tentativa, por causas independientes de la voluntad del agente. Desde un punto de vista subjetivo la frustración puede entenderse como un delito consumado, dado que se agota la causalidad criminosa; pero objetivamente queda imperfecto porque el propósito criminal no es satisfecho.

La distinción de la tentativa y el delito frustrado es cuestión supremamente difícil por la sutileza que hay en la integración de estas dos formas imperfectas de delito.



Teóricamente puede hacerse la distinción de la tentativa y el delito frustrado atendiendo a que en éste se cumplen todos los actos propios para producir el resultado y en la tentativa tales actos son incompletos. En consecuencia y siguiendo la tesis de Romagnosi, creador de la figura del delito frustrado, éste es un hecho pleno, subjetivamente considerado, y la tentativa un delito inacabado o simplemente intentado.

En nuestro Código el delito frustrado está previsto por el artículo 17, cuyo texto es como sigue:

**“Cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito éste no se realizare por circunstancias independientes de la voluntad del agente, podrá disminuirse hasta en una tercera parte la sanción señalada para el delito consumado”.**

#### Incrimación de la tentativa y del delito frustrado

La razón para hacer punibles la tentativa y el delito frustrado se aprecia desde dos ángulos diferentes: con un criterio objetivista las escuelas tradicionales afianzan la punición en el concepto de peligro o amenaza de daño creado para la víctima y en la alarma social que los hechos producen. A su turno, con un criterio subjetivo, las escuelas y tendencias modernas encuentran base para la incriminación en la peligrosidad del agente del delito, cuya temibilidad se manifiesta en la tentativa y frustración en las mismas condiciones que en el delito consumado.

Con este criterio no puede reprimirse en el mismo grado la tentativa que la frustración. Así, muchos penalistas entienden que la tentativa revela menor peligrosidad por cuanto, o no se ejecutan los actos propios de la consumación en toda su plenitud, o no se insiste por el agente en la ejecución de los actos adecuados para consumir el ilícito. En cambio, la frustración indica mayor peligrosidad porque aunque el daño no se produzca en su integridad, desde el punto de vista del agente es como si en realidad se hubiese consumado el delito. En estas condiciones la frustración debe sancionarse, sin hacer distinciones inútiles, como delito consumado o perfecto, y la tentativa ser tratada con menos rigor.

Conforme a los artículos 16 y 17 de nuestro Código, ya transcritos, la represión de la tentativa se hace con una penalidad siempre inferior a la que corresponde el delito consumado, y la de

la frustración con pena que puede ser igual a la del delito consumado, facultándose al Juez para disminuirla hasta en una tercera parte. Como se ve, el delito frustrado es para la ley penal que nos rige de una gravedad igual o casi igual a la del delito perfecto, lo que se explica porque el criterio de la peligrosidad rige las normas del Código y es a este factor al que hay que atender para medir la responsabilidad penal.

#### Delito imposible

Esta modalidad del delito imperfecto corresponde en sus elementos a una especie de tentativa pero caracterizada por determinar la ausencia de consumación la falta de idoneidad en los medios o en el sujeto pasivo o, también, la inexistencia de éste.

En nuestro derecho penal esta figura es nueva, explicándose su incorporación al Código por la preponderancia que éste atribuye, de acuerdo con su orientación, al elemento subjetivo del delito y muy especialmente a la peligrosidad social del delincuente.

Expresamos antes que en la tentativa y el delito frustrado los actos que se ejecutan para realizar el delito son idóneos, absoluta o relativamente, es decir aptos para la producción del evento. Esa idoneidad requerida para que el delito se perfeccione o al menos alcance las etapas de imperfección enunciadas, ofrece tres aspectos a saber:

a) — **Idoneidad de los medios.** Los medios que se emplean para el delito deben ser capaces, al menos relativamente, para producirlo. Si no tienen esa capacidad se dice que los medios son inidóneos y consecuentemente impropios para llevar a término un designio criminal. Por ejemplo, quien emplea agua creyéndola veneno para causar la muerte a otra persona, carece de un medio idóneo de comisión del delito y éste resulta imposible precisamente por esa inidoneidad.

b) — **Idoneidad del sujeto pasivo.** El sujeto pasivo del delito, para que pueda haber tentativa, frustración o delito consumado, debe estar en condiciones de sufrir el daño querido por el agente. No hay idoneidad, por ejemplo, del sujeto pasivo si se dispara sobre un cadáver creyendo el agente que se trata de una persona dormida, o si se dan abortivos a la mujer que se cree embarazada sin estarlo. En estos casos el delito es imposible porque el



daño que trata de causarse recae sobre un sujeto que no puede sufrirlo.

c) — **Inexistencia del sujeto pasivo.** En este caso no se trata de inidoneidad en un sentido estricto, sino de la falta absoluta del sujeto pasivo de la infracción. Por ejemplo, si se dispara contra un lecho creyendo que allí está la persona a quien se quiere matar. También aquí el delito es una empresa imposible para el agente.

La falta de idoneidad por las circunstancias ya expresadas o la inexistencia del sujeto pasivo, determinan, para los efectos de la represión penal, una figura distinta de la tentativa y de la frustración, que exige, salvo casos especiales, la imposición de sanciones por revelarse a través de los actos del agente su peligrosidad social. Sobre el delito imposible y las razones para su incriminación expresa el Profesor Florian lo que sigue:

“Hemos visto que si el delito es imposible por carecer el objeto, de los requisitos jurídicos necesarios, tenemos el delito putativo; agreguemos a esto que si la imposibilidad es, por el contrario, de hecho, nos encontramos con la hipótesis de la llamada tentativa imposible. Aquí la representación o concepción del delito tropieza en su ejecución con un obstáculo solamente de hecho, por consiguiente, la acción dirigida al delito tuvo un principio, una dirección no destinada a no tener éxito. El llamado iter criminis fue emprendido y hubiera podido recorrerse. La acción no estaba destinada al fracaso **ab origine**, inevitablemente. Los ejemplos son conocidos: disparo sobre un hombre muerto, maniobras abortivas no existiendo un embarazo. Es claro que el golpe hubiera podido encontrar un hombre vivo, que la maniobra abortiva hubiera podido encontrar en el útero materno una vida incipiente, mientras en el caso del delito putativo, si la cosa robada era del agente, no podía en realidad ser de otro”.

El delito imposible encuentra, como ya lo expresamos, razón para su punibilidad en el concepto de la peligrosidad criminal. “Naturalmente, expresa el citado profesor Florian, en cuanto en la tentativa imposible se manifieste una suficiente peligrosidad, el tratamiento a que ha de someterse el autor corresponde a la esfera de la función represiva. La opinión de aquellos que proclaman la impunidad en esas hipótesis y al propio tiempo requieren la aplicación de los medios preventivos, como la vigilancia especial de la seguridad pública o la admonición, está viciada del común dualismo entre responsabilidad y peligrosidad, elude el problema y con-

tradice las razones que la hacen surgir, mientras que prácticamente cae en el estéril y odioso empirismo de las más abusadas medidas de policía”.

La ley penal colombiana al contemplar el delito imposible autoriza la represión prácticamente para los casos en que haya manifiesta peligrosidad del agente, según puede desprenderse del texto de la disposición respectiva:

“Art. 18—Si el delito fuere imposible, podrá disminuirse discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado, y hasta prescindirse de ella, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 36”.

### Delito consumado

Entraña la plenitud en la realización del acto antijurídico no sólo subjetivamente sino desde el punto de vista objetivo o, como afirma Carrara consiste “en haber alcanzado el hecho la objetividad jurídica que constituye el título especial de un dado delito”.

Para que se pueda hablar de consumación del delito es necesario que todos los actos propios para producirlo se hayan efectuado, y que todos los elementos constitutivos de la infracción aparezcan como componentes suyos, según las condiciones jurídicas exigidas por la ley penal para los distintos hechos ilícitos. A este efecto el Código en su parte especial enuncia los componentes propios para cada una de las infracciones, los cuales deben presentarse en cada caso para la integración del hecho ilícito.

Dentro de este concepto del delito consumado distiguen los penalistas una especie, denominada delito **agotado**, que se refiere a la infracción que fuera de alcanzar su perfecta integración jurídica, produce los efectos propuestos por el agente. Es fácil con un ejemplo apreciar el significado del hecho agotado: la falsificación de moneda en su especie de fabricación, se consume cuando el agente fabrica las especies falsas; se agota cuando por medio de ellas logra el delincuente el fraude que ha querido ocasionar.

Florian examina así esta última etapa del delito:

“Ahora bien, con el concepto de la consumación no ha terminado el recorrido del delito. Algunas veces sucede que habiéndose alcanzado la violación de la ley penal, el hecho es susceptible de un desenvolvimiento ulterior, del cual puede derivarse nue-



vo daño según la intención y el fin que perseguía el autor. Puede ocurrir, por tanto, que la acción criminal, cuando la violación de la ley ha ocurrido ya, llegue además, hasta producir todo el daño de que es capaz y que el autor se proponía, como por ejemplo, la condena en la calumnia, la completa destrucción de la cosa en el incendio y así sucesivamente. Puede suceder, por el contrario, que la misma acción criminal se detenga en la pura violación jurídica en la cual consiste el hecho punible, y que el suceso ulterior, el resultado final no se verifique. Ahora bien, algunos dicen que en el primer caso se trata del hecho punible **agotado**, en el segundo del hecho punible **no agotado**. Naturalmente la una y la otra hipótesis permanecen siempre en la órbita de la consumación. El que no se agote puede depender ya de caso fortuito, ya de la voluntad del agente (desistimiento). La doctrina enseña que, respecto a la pena, conviene tener en cuenta el **menor** contenido del delito **no agotado** y el **mayor** que necesariamente acompaña al delito **agotado**".

#### Desistimiento

Vimos anteriormente que el desistimiento opera en las primeras etapas del proceso delictivo (actos preparatorios y de iniciación) para quitarle la punibilidad a los actos ejecutados por el agente en relación con el delito iniciado. Ese desistimiento no comprende el delito frustrado, ni tampoco el consumado, dada la imposibilidad de que el agente pueda impedir una causalidad criminal agotada.

Sin embargo puede ocurrir que el autor del delito trate, con posterioridad a la comisión del hecho, de impedir los efectos de su actividad criminal o de resarcir en alguna forma al perjudicado del daño cometido. Este proceder no corresponde propiamente al desistimiento, tal como lo explicamos al estudiar el artículo 15, sino que constituye una forma de arrepentimiento eficaz, que sirve de índice de menor peligrosidad y que, para ciertos delitos, obra de eximente o atemperante de la responsabilidad. Sobre esta materia el Código Penal Colombiano trae muchas disposiciones, en las cuales se fija el alcance que puede tener el arrepentimiento del procesado o ciertas formas de desistimiento.

De estas disposiciones, conviene destacar las más importantes. En primer lugar y como norma general, el artículo 38 estatuye:

Se considera como circunstancia de menor peligrosidad "el procurar espontáneamente, después de cometido el hecho, anular o disminuir sus consecuencias".

En la parte especial pueden consultarse los artículos 147 (delitos contra el régimen constitucional y la seguridad del Estado); 152 (peculado); 190 (falsas imputaciones); 195 (falso testimonio); 207 (fuga de presos); 322 (delitos contra la libertad y el honor sexuales); 346 (delitos contra la integridad moral); 354 (rapto); 429 (delitos contra la propiedad).

Tales disposiciones contemplan distintas formas de arrepentimiento, tendientes todas a anular o aminorar los efectos dañosos del delito. En algunos casos el arrepentimiento tiene eficacia para determinar la exención de responsabilidad, como ocurre con la retractación en los delitos contra la integridad moral y con el matrimonio en los delitos de violencia carnal, estupro o rapto; otras veces aminora la responsabilidad o faculta para el subrogado penal del perdón judicial, como puede verse en varios de los artículos citados.

Sobre esta cuestión del **arrepentimiento eficaz** el profesor Florián expresa lo siguiente, refiriéndose a las disposiciones que especialmente consagran la exención de responsabilidad o la atenuación.

"Estas disposiciones encuentran su razón de ser, ya en motivos políticos, en el sentido de que es útil al Estado el proveer de modo que el delincuente encuentra en la promesa de la pena atenuada o suprimida un estímulo a limitar las consecuencias del hecho propio, ya en motivos de justicia, porque el daño social es menor, y porque la justicia se alcanza también por vía de compensación y de premio.

"Lo que se debe desde ahora claramente exponer es que estas hipótesis no pueden confundirse con el desistimiento que hace a la tentativa no punible; ya que en la tentativa la violación jurídica no se ha verificado aún, mientras que en los casos que estudiamos ahora ella es absolutamente perfecta".

#### ACTAS DE LA COMISION DE REFORMAS PENALES RELACIONADAS CON LOS ARTICULOS 15, 16, 17 Y 18

**Desistimiento.** "Este artículo fue adoptado habida consideración de que debe dejarse claramente expresada la idea de que



el desistimiento voluntario de la acción apenas iniciada, no puede dejarse de contemplar en la ley, la cual sólo puede imponer sanción por los actos ejecutados, si ellos constituyen por sí mismos delitos o contravención. (Acta No. 46, Tomo I. Página No. 116).

**Tentativa y delito frustrado.** "Se entró a estudiar el artículo 11 del anterior proyecto. El doctor Escallón manifestó que le agradaría se encontrase una fórmula que comprenda los fenómenos de la tentativa y del delito frustrado, porque si bien es cierto que en la teoría tienen fisonomía y características distintas en la práctica, muchas veces es demasiado difícil hacerse diferenciación. Teóricamente la tentativa implica una deficiencia en la acción física. En el delito frustrado, esa deficiencia en la acción física del agente no existe, se agotaron los medios criminógenos, pero el efecto nocivo no se cumplió por causas ajenas a la voluntad del ofensor.

"Tal vez, la única razón aceptable para que la tentativa y el delito frustrado, tanto en la teoría como en la práctica, se diferencien, es la diversa peligrosidad demostrada por el agente en uno y otro caso. Lógicamente, si se acepta la peligrosidad como criterio para medir la responsabilidad, se podrían refundir en un solo artículo esas dos nociones, pero como es necesario no solamente tener en cuenta el elemento subjetivo sino también el elemento objetivo que dice relación con las modalidades especiales del hecho hay que distinguir y separar el delito frustrado y la tentativa. (Acta número 46, Tomo 1, página 116).

"El doctor Escallón dio lectura al Código Ruso, al proyecto de Código Penal de Ferri, al proyecto de Código Alemán de 1919, al anteproyecto del Código Checoslovaco y al antiguo Código Español, en lo relacionado con la tentativa y con el delito frustrado.

La lectura de estos Códigos, continuó el doctor Escallón, lleva a la conclusión de que los artículos 11 y 12 del proyecto de la anterior Comisión Penal Colombiana son los más aceptables con las variaciones de que si se adopta el criterio de la peligrosidad, debe configurarse la tentativa prescindiendo de los medios idóneos y ordenarse que el Juez pueda disminuir la pena cuando el agente del delito ha empleado tales medios inadecuados.

El doctor Cárdenas manifiesta que pueden dejarse los artículos 11 y 12 de la anterior Comisión; y para evitar dudas, consignar una disposición especial referente a los delitos imposibles

en la cual se diga que deben ser sancionados con una pena proporcional a la que correspondería si el delito se hubiera perfeccionado, como también fijar una proporcionalidad de la misma índole en los casos de tentativa y delito frustrado.

"El doctor Escallón expresa la conveniencia de dictar una fórmula por medio de la cual se faculte al Juez para aplicar en algunos casos de delito frustrado la misma pena que correspondería al delito consumado, autorizándolo al mismo tiempo para rebajar esa pena en los casos que crea oportuno. (Acta No. 47, Tomo I, página 117).

**Delito Imposible.** El doctor Cárdenas propone la siguiente fórmula: "si el delito fuera imposible, la sanción se disminuirá hasta la mitad y podrá reducirse aun más o eximirse de ella, según el caso".

"Explica el proponente que las palabras "según el caso" significan que el Juez debe estudiar la modalidad y gravedad del hecho, los motivos determinantes, las diversas circunstancias que lo acompañan y sobre todo la personalidad del agente, puesta de presente por los actos que haya realizado y que demuestren mayor o menor peligrosidad. Así, se somete esta disposición a la norma general de que el Juez debe tener en cuenta el criterio de la peligrosidad sin que se diga expresamente, porque entonces habría que hacer lo mismo cada vez que se adopte una disposición en que se siga el mismo concepto de peligrosidad. En otra parte del proyecto de Código se enumeran las circunstancias atenuantes y agravantes sin que se haga una enumeración taxativa y se siga el criterio matemático de la ley vigente, pero si por lo menos en una forma explicativa, lo que también servirá para interpretar mejor la frase "según el caso".

Agrega el doctor Cárdenas que es mejor no hablar de delito imposible por el fin o por los medios o por la persona, sino hablar simplemente del delito imposible.

"El doctor Escallón propone la siguiente fórmula:

Si el delito fuera imposible, la sanción establecida para el delito consumado podrá disminuirse indefinidamente y hasta prescindirse de ella, según el grado de peligrosidad demostrado por el agente.

"Explica el doctor Escallón esta fórmula diciendo que es necesario fijar el término de relación de la pena que se puede disminuir o dejar de aplicar en su totalidad, término que no es otro



que el delito consumado. Estima que en algunos casos el delito imposible puede dar lugar a que se aplique una sanción igual a la fijada para el delito consumado, pero en otras ocasiones el Juez podrá reducir la pena teniendo en cuenta la peligrosidad del agente, concepto que debe manifestarse claramente para evitar equivocadas interpretaciones. Considera que al poner la palabra "indefinidamente" se expresa con claridad el concepto de que el funcionario tiene suficiente elasticidad para la aplicación de la pena, su disminución o su exención. (Acta No. 49, Tomo I, páginas 121 y 122).

"En discusión la fórmula del doctor Escallón, referente al delito imposible, el doctor Cárdenas observa que no es conveniente hablar en la disposición de peligrosidad, porque entonces debería hacerse lo mismo en todos los artículos en que debiera seguirse el mismo criterio, como en el delito frustrado y en la tentativa. Por otra parte, como más adelante se fijan las modalidades, circunstancias, y estudio de la personalidad del delincuente en la comisión de cada delito para aplicar la pena lo mejor es hacer referencia a esa disposición". (Acta No. 51, Tomo I, página 124).

## CLASIFICACION DE LAS INFRACCIONES PENALES Y DIVISION DE LOS DELITOS

Las infracciones penales, según su naturaleza y la gravedad que ofrecen en relación con los diversos intereses jurídicos que son materia de protección por el derecho penal, son clasificadas, en primer término, desde un punto de vista general, en **crímenes, delitos y contravenciones**, o bien, en **delitos y contravenciones**.

La tripartición, de origen Francés, no ha sido bien aceptada por los tratadistas ni por los códigos, debido a la dificultad práctica que representa distinguir de manera sustantiva el crimen del delito, para cuya correcta individualización hay que atender no sólo a la gravedad objetiva de las infracciones, sino a la naturaleza y calidad de las penas imponibles. En cambio, la división bipartita, por su propia sencillez, cumple mejor su cometido para los efectos que el derecho se propone con la distinción entre delitos y contravenciones.

Este último criterio informa el Código Penal Colombiano, cuyo artículo 2o. dispone:

**"Las infracciones de la ley penal se dividen en delitos y contravenciones.**

**Salvo disposiciones en contrario, la represión de las contravenciones corresponderá a la Policía".**

No obstante la simplicidad y mejor técnica de la división bipartita, los conceptos precisos sobre las dos especies de infracciones, para darles el contenido jurídico que permita distinguirlas con exactitud, no han sido formulados por la doctrina, presentándose sobre el particular opiniones muy distintas. En la tarea de establecer las diferencias fundamentales entre los delitos y las contravenciones, los penalistas no se han puesto de acuerdo, pues cada uno alega notas sustantivas de distinción, creándose en esta forma un verdadero problema, por fortuna de carácter teórico, puesto que el derecho positivo lo resuelve al definir en el Código Penal únicamente los hechos constitutivos de delitos.

En términos generales puede decirse que los hechos punibles constitutivos de delitos, se caracterizan por producir efectivas violaciones de derecho o una amenaza cierta del mismo. Las contravenciones, por su parte, son hechos que se ofrecen como un



peligro para el ordenamiento jurídico general. Cabe agregar, para mayor claridad en la distinción, que la ley procura agrupar bajo la denominación de delitos todos aquellos actos cuya gravedad transtorna el orden social y representan un verdadero peligro individual o colectivo, y bajo la denominación de contravenciones, aquellos otros hechos, que si bien amenazan o rompen el orden jurídico, no alcanzan a producir mayor daño ni a ocasionar alarma social grave.

Los expositores al hacer la distinción entre delitos y contravenciones atienden a diversos conceptos. Así, Feuerbach, afirma que el delito contiene siempre la violación de un derecho, no así las contravenciones que apenas afectan el orden legal. Binding, por su parte, atribuye condiciones delictuosas a los hechos que lesionan o amenazan determinados intereses más o menos fundamentales, propios al individuo o a la colectividad, y considera como simples contravenciones los que sólo constituyen violaciones a prescripciones legales del Estado. En concepto de Rocco las contravenciones se distinguen de los delitos porque mientras éstos ofenden intereses directos de las personas e inmediatos del Estado aquéllas sólo ofenden intereses secundarios, indirectos o mediatos de la administración pública.

Todos los criterios expuestos los critica el profesor Florián por considerarlos incompletos o fundados en notas diferenciales que en verdad no pueden establecerse entre los delitos y las contravenciones. Y como síntesis de sus opiniones sobre el problema expresa los siguientes conceptos, cuya transcripción juzgamos oportuna:

"De lo que precede parece, por lo tanto, que podemos llegar a afirmar que no es posible establecer una distinción fundamental entre delitos y contravenciones. No nos queda, por consiguiente, más que distinguir los hechos punibles según la diversa importancia de las condiciones de existencia individual y social que ellos atacan; pero, de acuerdo con este método, no tendremos un criterio diferencial **cualitativo**, sino simplemente **cuantitativo**. Hay, en efecto, actos punibles que afectan las condiciones de existencia individuales y sociales primarias o esenciales, y que representan una lesión profunda o un peligro notable del ordenamiento jurídico; mientras que hay actos punibles meramente peligrosos al orden jurídico o dañinos en mínimo grado y que afectan condiciones de existencia de la sociedad que el derecho penal debe prote-

ger, tienen distinta importancia, siendo algunas esenciales a la vida social y, por tanto, primarias, y otras contingentes, menores, y por tanto secundarias; así, habida consideración del criterio meramente objetivo, se pueden dividir en dos categorías los actos punibles, según que ofendan, turben o pongan en peligro las primeras o las segundas. Este criterio se halla de acuerdo con el principio de la lucha jurídica que se realiza contra el delito por medio de la pena y de los institutos afines. Ciertamente es éste un criterio un tanto empírico, pero no le falta el mérito de inspirarse en la realidad.

"Ahora bien, al criterio objetivo de la calidad e importancia de las condiciones de la vida social a las cuales el delito se refiere, es necesario añadir el criterio subjetivo derivado del elemento psicológico y de las cualidades personales del delincuente, según veremos; aquí el criterio de la peligrosidad del delincuente no tiene ninguna influencia, o por lo menos, no se le tiene en cuenta. Sólo de acuerdo con este doble criterio y con estos complementos tendremos una clasificación teóricamente exacta y prácticamente útil".

El Código Penal que nos rige, según lo expresamos anteriormente, divide las infracciones, siguiendo el criterio bipartita, en delitos y contravenciones. Esta división, cuyos aspectos teóricos acabamos de ver, tiene efectos prácticos importantes relacionados, desde el punto de vista penal, con las condiciones legales de responsabilidad, y por el aspecto procedimental, con la competencia para el conocimiento de los hechos de una u otra especie. En primer lugar, el Código Penal, sólo contempla y sanciona los delitos; las contravenciones son materia de leyes especiales o de ordenamientos locales de Policía (ordenanzas, acuerdos, decretos) por cuanto no existe un Código Nacional de contravenciones. En segundo, los delitos son de conocimiento de las autoridades jurisdiccionales ordinarias, salvo algunos casos en que por la menor gravedad de los delitos se atribuye competencia a la Policía (lesiones personales con incapacidad menor de cinco días y delitos contra la propiedad por cuantía inferior a veinte pesos); las contravenciones son de competencia de los funcionarios de Policía. Por último, la exigencia de responsabilidad no se produce en las mismas condiciones para los delitos que para las contravenciones: el delito exige, respecto de los delincuentes normales, es decir, los no comprendidos en el artículo 29, **intención** (dolo) o culpa; tratán-



dose de contravenciones, "la simple acción u omisión hace responsable al agente". (Artículos 12 y 13). Esto no obsta para que la ignorancia de la ley sea considerada como eximente de responsabilidad en las contravenciones (Arts. 23. Ord. 3o.). (1)

### División de los delitos

De muy diversas maneras pueden ser clasificados los delitos. Por lo común las clasificaciones dependen del criterio que las dirija o de los fines prácticos que se pretendan. En primer término, atendiendo a la naturaleza de los intereses jurídicos tutelados por la ley penal, o sea, el objeto jurídico de los delitos, la escuela clásica los clasifica en la siguiente forma:

- a) — Delitos que lesionan intereses jurídicos del individuo;
- b) — Delitos que lesionan intereses jurídicos de la familia;
- c) — Delitos que lesionan intereses jurídicos de la sociedad;
- d) — Delitos que lesionan intereses jurídicos del Estado, y
- e) — Delitos que lesionan intereses jurídicos de los Estados (intereses internacionales).

Esta clasificación puede reducirse en el fondo a dos clases de intereses fundamentales: los del individuo y los de la sociedad, si bien es cierto, también, que a ésta siempre se la considera afectada con todos los delitos, si no inmediata, por lo menos mediata-

mente. En el primer grupo de intereses, relacionados con la persona, particularmente considerada, se incluyen todos los delitos que atentan contra sus derechos y contra su patrimonio. Así, siguiendo la clasificación contenida en la parte especial de nuestro Código, pueden considerarse como delitos contra el individuo los siguientes:

- 1o.—Delitos contra la libertad individual y otras garantías (Título XI); 2o.—Delitos contra la libertad y el honor sexuales (Título XII); 3o.—Delitos contra la integridad moral (Título XIII); 4o.—Delitos contra la vida y la integridad personal (Título XV), y 5o.—Delitos contra la propiedad (Título XVI).

En el segundo grupo de intereses, por su especialidad, sólo cabe admitir los que el mismo código denomina delitos contra la familia, como son el rapto, el incesto, la bigamia, los matrimonios ilegales y los hechos que afectan el estado civil.

Como delitos contra la sociedad, entendida en función de sus relaciones fundamentales, pueden considerarse principalmente

estos: 1o.—Los que atentan contra la moral pública (Título VII); 2o.—Los contra la salud y la integridad colectivas (Título VIII); 3o.—Los contra la economía nacional, la industria y el comercio (Título IX); y 4o.—Los contra el sufragio, considerado como función y no como derecho individual. También cabría catalogar aquí los delitos contra la fé pública (Título VI), si bien es notorio que en cierta forma lesionan intereses del Estado.

Ofenden la organización del Estado y los intereses jurídicos que a éste son propios: 1o.—Los delitos contra la existencia y la seguridad del Estado (Título I); 2o.—Los delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado; 3o.—Los delitos contra la administración pública; 4o.—Los contra la administración de justicia; 5o.—Los delitos contra la fé pública, por las razones ya expresadas.

Algunos de los hechos que atentan contra la existencia y seguridad del Estado caben igualmente en el último grupo por referirse a cuestiones de interés internacional que afectan por igual a distintos Estados.

Dentro de los grupos enunciados hemos colocado todos los delitos previstos en el código, atendiendo a los intereses jurídicos a que más directamente se refieren. Quedan por fuera, únicamente, algunos delitos formales, que el Código no clasifica de ninguna manera, como son la asociación e instigación para delinquir y la apología del delito (Título V). En nuestro concepto estos hechos, como los contra la administración de justicia, son lesivos de intereses del Estado, no directa pero sí indirectamente y de la sociedad.

Fuera de la clasificación anterior, que tiene un carácter más o menos general y que tiene su fundamento en la naturaleza de los intereses jurídicos afectados con los delitos, se hace otra, más concreta y de indiscutible utilidad para la solución de importantes problemas de orden legal. Esta clasificación atiende a diversos factores, que permiten individualizar los hechos penales, tales como el contenido de los delitos, el modo de ejecución y las condiciones del sujeto activo o del sujeto pasivo.

En este orden hay que distinguir las siguientes especies:

- 1o.—Simples y complejos; únicos y continuados; formales y materiales; de lesión y de peligro.

**Simples.** Son aquellas que sólo contienen la violación de un derecho. **Complejos,** por el contrario, son los que lesionan derechos



distintos, pero sin constituir un concurso de delitos. Es simple, por ejemplo, el homicidio, y complejo, en algunos casos, el delito de falsedad en documento (cuando el autor de la falsedad hace uso del documento y defrauda a otra persona).

**Únicos.** Son aquellos que se agotan en una sola acción y continuados los que resultan de varios actos violatorios del mismo precepto, cometidos con un solo designio. Lo característico del delito continuado es que cada acción se integra objetivamente como una infracción autónoma, viniendo a dar el criterio de unidad el propósito criminal y la igualdad del precepto violado.

**Formales.** Son los delitos que no exigen para su integración jurídica la condición de que la violación de la norma se traduzca en un daño efectivo. Los materiales son los que requieren el resultado o efecto dañoso. Son delitos formales, por ejemplo, la asociación para delinquir, la instigación, la apología del delito porque todos ellos se consuman sin necesidad de que se ejecuten los hechos a que se refieren. Materiales son el robo, el homicidio, etc.

**De lesión.** Estos delitos se consuman produciendo un daño real. Los de peligro no es indispensable para la consumación que alcancen a producir el daño, siendo suficiente la amenaza al derecho o el peligro de daño. A la primera especie pertenecen el homicidio, los delitos contra la propiedad, etc.; a la segunda, los delitos contra la integridad colectiva, el contagio venéreo, etc.

2o.—Delitos individuales y colectivos; de acción y de omisión; instantáneos y permanentes.

**Individuales.** Son los que se cometen por una sola persona; **colectivos,** los cometidos por varias

**De acción.** Es el delito que resulta de una relación causal positiva y en el que aparecen como elementos integrantes la intención o culpa del agente, la acción externa, el resultado y la relación de causalidad. Delitos de omisión son los cometidos por abstención y no por actos positivos. Sus elementos son: intención o culpa, abstención voluntaria, resultado y relación de causalidad. La omisión da lugar al delito cuando el agente omite intencional o culposamente, el acto que debe ejecutar.

**Instantáneos.** Son los que jurídicamente se agotan en el momento de la consumación, es decir que se producen de inmediato al terminar la causalidad criminosa. Los **permanentes** o **continuos** son los que no terminan con la acción inicial sino que persiste la situación antijurídica. Instantáneo, es, por ejemplo, el robo, el ho-

micidio, el hurto. Permanentes podrían considerarse el secuestro, la detención arbitraria, etc.

3o.—Delitos comunes y especiales; políticos y sociales.

**Comunes.** Son los delitos que pueden ser cometidos por todas las personas, es decir, los que no reclaman especiales condiciones del agente, y **especiales** los que exigen determinadas cualidades del sujeto activo, como ser funcionario público, estar vinculado a la víctima por determinado parentesco, etc.

Los delitos políticos y sociales, considerados como distintos de los comunes por la naturaleza de los hechos, de una parte, y los motivos determinantes, de otra, constituyen una categoría especial a la cual nos referiremos más en extenso antes de terminar este capítulo.

4o.—Delitos habituales, concurrentes y conexos.

**Habituales.** Son los que requieren para la integración jurídica de la infracción repetición de hechos que aisladamente considerados no constituyen delito. Un ejemplo de delito habitual en nuestro código es la usura, considerada como defraudación (Art. 416), que requiere, por lo menos, tres préstamos usurarios.

**Concurrentes.** Hechos delictuosos que no guardan relación entre sí pero que son cometidos conjunta o separadamente por la misma persona. La concurrencia, y la conexidad en algunos casos, dan lugar al concurso material de delitos, cuyas consecuencias penales establece en nuestro código el Art. 33.

**Conexos.** Los delitos son denominados conexos cuando siendo hechos jurídicamente independientes, por constituir cada uno la violación de una determinada disposición penal, se encuentran vinculados o relacionados entre sí. El fenómeno de la conexidad se presenta especialmente en el concurso formal de delitos, pero también puede existir en el concurso material, lo que ocurre con más propiedad en la conexidad de medio a fin y en la consecencial. Algunos tratadistas atendiendo la naturaleza de la relación o vínculo que da lugar a la conexidad, sostienen que sólo es admisible en el concurso formal y no en el material, que se refiere únicamente a los delitos concurrentes. Nosotros no participamos de esa opinión pues entendemos, por ejemplo, que quien mata para robar es autor de dos delitos conexos (medio a fin) y materialmente concurrentes (concurso material de delitos).

5o.—Delitos dolosos y culposos.

**Dolosos.** Atendiendo al elemento subjetivo del delito se di-



ce que los hechos son dolosos cuando el agente los ejecuta de manera intencional y con el fin de alcanzar, precisamente, el resultado dañoso.

**Culposos.** A contrario de los anteriores, son los delitos cometidos sin intención, fundándose la responsabilidad en la imprevisión o imprudencia del agente.

6o.—Delitos tentados y consumados.

**Tentados.** Son los delitos imperfectos, que no alcanzan la consumación por circunstancias independientes de la voluntad del agente. La imperfección del delito debe dar lugar a la tentativa, la frustración o el llamado delito imposible.

7o.—Delitos personales e impersonales.

**Personales.** Cuando el daño producido por el delito recae sobre la persona, particularmente considerada, como en el homicidio, las lesiones, el estupro, etc., toman los delitos la denominación expresada.

**Impersonales.** Son los delitos que afectan intereses jurídicos de un carácter moral, institucional, colectivo o social, como los delitos contra la moral pública, contra la familia, contra la fe pública, contra la administración de justicia, etc.

8o.—Por último, desde el punto de vista del ejercicio de la acción penal, los delitos se dividen en de acción pública y de acción privada.

**De acción pública.** Los delitos cuya investigación se hace de manera oficiosa, es decir, sin necesidad de que el ofendido, su representante o sus herederos tengan que formular querrela o hacerse parte en la actuación procesal.

**De acción privada.** Son los que requieren para su investigación petición o querrela de parte. Aunque el Código de Procedimiento Penal establece que la acción penal es siempre pública, hay delitos que exigen querrela del ofendido o perjudicado por expreso mandato del Código Penal. Tal ocurre, por ejemplo, con los delitos contra la integridad moral, el contagio venéreo, etc.

### Delitos Político-Sociales

En particular queremos referirnos a los llamados delitos político-sociales, hechos que revisten marcada importancia doctrinaria y cuya definición jurídica precisa ha dado lugar a enconadas controversias entre los tratadistas y a tesis y conclusiones bastante contradictorias.

El primer problema que se presenta en esta materia es el de establecer cuáles infracciones de la ley penal admiten la denominación especial de delitos político-sociales, y el segundo, fijar los elementos que deben servir para atribuir a un delito dado esa denominación especial.

Con un criterio objetivista algunos autores sostienen que los delitos políticos son aquellos hechos que atentan contra la organización misma del Estado y del Poder Público, considerado el Estado en sus elementos constitutivos y en sus actividades que son propias a los diversos órganos o ramas del poder. A esta clase de delitos políticos se les considera directos. Otros tratadistas, ampliando el mismo criterio afirman que son también delitos políticos los que atentan contra los derechos de tal naturaleza conferidos por la Constitución o por las Leyes, pero los denominan impropios o indirectos para diferenciarlos de los primeramente enunciados.

Respecto de los delitos político-sociales la nota característica de éstos es el atentar contra la organización económico-social, no para fines exclusivamente políticos, sino en razón y por causa de los problemas de índole social, como los que suelen presentarse por las luchas entre el capital y el trabajo o por las actividades de carácter sindical.

Fuera de que los penalistas no están acordes en admitir que las tres especies indicadas constituyen delitos políticos, como que hay algunos que no consideran como tales los indirectos y los que tienen un carácter puramente social, la mayor discrepancia se presenta para determinar el criterio que debe seguirse en la calificación de los delitos como políticos o simplemente comunes. Según unos el delito es político cuando de esa naturaleza es el fin perseguido por el agente. Según otros, es el interés jurídico lesionado el que determina la condición política del hecho. Algunos, como Ferrer, exigen fuera del fin político un móvil generoso o altruista para que pueda considerarse político un delito determinado.

Definiendo esta forma de delitos se ha dicho lo siguiente:

"Delito puramente político es el que tiene no sólo por objeto exclusivo y único destruir, modificar o turbar el orden o régimen político existente, sino también el carácter predominante de ataque a las instituciones políticas. Este orden político comprende: en el exterior, la independencia de la nación, la integridad de su territorio y las relaciones del Estado con otros Estados; y en el interior, la forma de gobierno, la organización de los poderes públi-



cos, sus relaciones mutuas y, en fin, los derechos políticos de los ciudadanos. Es imposible presentar una enumeración completa de los delitos políticos porque su número es indefinido como lo es el de las combinaciones políticas y sociales que rigen la organización de los Estados y como el número de medios criminales para destruir o modificar esas combinaciones".

"Un jefe de gobierno o sus ministros son asesinados, no para hacer una venganza sino para derribar el gobierno que ellos representan. Puede llamarse este homicidio delito político? No, porque el carácter político de un delito no se determina sólo por la existencia de motivos políticos, sino por la naturaleza del acto considerado en sí mismo. En otros términos, no hay razón jurídica para distinguir esos delitos cuando se han cometido por venganza, codicia o amor".

"Pero se pregunta: Si el delito se ha consumado en medio de un trastorno de orden público, se ha de tener o no esa circunstancia para calificar como políticos todos los delitos comunes que se relacionan con la guerra o con la insurrección? La cuestión puede resolverse así: a) todo delito común, como incendio u homicidio que se legitimaría si se produjera en un estado de guerra regular debe quedar absorbido por el delito de insurrección del cual es una necesidad o accidente; b) pero si en el curso de la guerra se cometen atentados contra las personas o las propiedades que serían reprobados por el derecho de gentes, aun en estado de guerra regular, tales delitos deben ser considerados como comunes; porque sería francamente inmoral considerar delincuentes políticos a malhechores que se aprovechan del desorden para satisfacer su venganza o su codicia".

"Es fácil darse cuenta por la definición de los delitos políticos de que el peligro social que resulta de ellos y sus efectos desastrosos son tan graves o más que los delitos comunes. Si las leyes se inspiraran sólo en las ideas de venganza o de conveniencia, los castigaría y perseguiría con más rigor. Así lo hacían las legislaciones antiguas; pero hoy ha desaparecido esa teoría, porque los delitos políticos hoy día no se dirigen por lo general contra las bases mismas del orden, sino contra determinado orden político establecido, salvo que se trate de los atentados anarquistas que sí atacan todo lo existente. Los móviles de los delitos políticos son en muchos casos desinteresados y nobles y no tienen la misma inmoralidad de los que llegan a cometer delitos en derecho común,

por lo cual los delitos de una y otra clase deben tener penas diferentes. En lo referente a la extradición, si no se excluyera de ella los delitos políticos, la facultad de un gobierno de concederla o rehusarla, conduciría a inmiscuirse un estado en los asuntos interiores de otro, haciéndose Juez de carácter más o menos excusable de un levantamiento contra los poderes establecidos en éste, y es preferible que ni aun así se suscite semejante cuestión".

En el Código Penal Colombiano los delitos políticos, sean ellos cometidos con fines puramente políticos o con fines sociales, están compendiados en el Título II del Libro Segundo, o sea, los hechos contra el régimen Constitucional y contra la seguridad interior del Estado. El criterio que adopta la legislación es objetivo, es decir, atiende a la naturaleza misma de las infracciones, excluyendo en esta forma los delitos políticos impropios, así como la tesis de los fines pretendidos por el agente, para la calificación de los hechos. En este orden de ideas los delitos comunes cometidos con ocasión de la rebelión, la sedición o la asonada (delitos políticos) no asumen las condiciones que son propias a estas infracciones, ni son absorbidas, salvo que se trate de actos integralmente incorporados a un combate o que por su naturaleza hagan parte del delito fin, sin constituir actos de ferocidad o barbarie.

Fácilmente puede apreciarse la orientación del código al respecto consultando algunas de las disposiciones contenidas en los capítulos que tratan de los delitos de rebelión y de sedición. Al efecto transcribimos las siguientes:

"Artículo 141—Los rebeldes no quedarán sujetos a responsabilidad por las muertes o lesiones causadas en el acto de un combate; pero el homicidio cometido fuera de la refriega, el incendio, el saqueo, el envenenamiento de fuentes o depósitos de agua, y en general, los actos de ferocidad o barbarie, darán lugar a las sanciones respectivas, aplicadas acumulativamente con las de rebelión".

"Artículo 143—En cuanto sean aplicables a la sedición, se observarán las disposiciones de los artículos 140 y 141".

El primer artículo transcrito deja entender con toda claridad que sólo son delitos políticos los hechos que atentan contra el régimen constitucional y contra la organización interna del Estado,



que no son otros distintos de la rebelión, la sedición y la asonada. Todo delito común cometido en el curso y con ocasión de alguno de los hechos enunciados, salvo los casos a que expresamente alude en su primera parte el artículo 141, es reprimido en la forma ordinaria, como conexo a la rebelión o a la sedición, pero no mediante la acumulación material de penas lo que erróneamente parece afirmar la disposición, sino en la forma establecida por el artículo 33, referente al concurso material de delitos.

En lo que respecta al tratamiento penal de la delincuencia política el derecho moderno aparece orientado por un criterio de benignidad, en vista principalmente de los motivos determinantes, por lo común generosos y altruistas. El menor rigor de la ley para los responsables de esta clase de delitos conduce a la aplicación de sanciones especiales, como el confinamiento, en lugar de las penas comunes privativas de la libertad, de una parte, y de otra, al reconocimiento de normas de excepción en materia de extradición y de reincidencia.

En la exposición de motivos al Código Penal que nos rige concreta así la Comisión el criterio de la ley:

"En el segundo título se refiere a los delitos contra el régimen constitucional y la seguridad interior del Estado, o sea los de carácter político cuyos autores no son mirados como delincuentes vulgares y ordinarios, sino como ciudadanos que proceden inspirados a veces en los más nobles y levantados propósitos e ideales. Teniendo en cuenta este criterio, basado en los modernos principios de la doctrina elaborada por los más avanzados penalistas sobre la delincuencia política, la Comisión suavizó la penalidad, estableciendo sanciones adecuadas, tales como el confinamiento, la interdicción de derechos y funciones públicas, la detención en un Cuartel o establecimiento militar, etc."

(1) ACTAS DE LA COMISION DE REFORMAS PENALES  
SOBRE REGIMEN CONTRAVENCIONAL

"El doctor Cárdenas opina que cuando se estudie la parte especial del proyecto, en lo relativo a las contravenciones, es necesario fijar un criterio sobre ellas, como se ha hecho con el dolo y con la culpa, particularmente para dejar establecido de manera clara que al fijar la responsabilidad en las contravenciones no debe indagarse la existencia del dolo como elemento constitutivo de ellas.

Para la parte general del proyecto propone, como sustitutiva del inciso que se propone y discute, la siguiente fórmula:

"En las contravenciones se incurre en responsabilidad aun cuando el agente no haya procedido con intención de cometer un hecho contrario a la ley".

El doctor Cárdenas explica su fórmula diciendo que suprime las palabras **acción u omisión** empleadas por el artículo original, por considerarlas inútiles, puesto que sólo por acción o por omisión puede infringirse la ley; también suprime la expresión **que se demuestra**, porque esto es materia de pruebas y no del Código Penal, y se quita, la palabra **quiso**, que se ha prestado a diversas interpretaciones aún contradictorias, para usar mejor el vocablo **intención**, sobre cuyo significado hay acuerdo entre todos los miembros de la comisión.

"El doctor Escallón observa que la fórmula propuesta por el doctor Cárdenas en cuanto dice que se responde por contravenciones aunque no se haya tenido intención de cometer un hecho contrario a la ley, debe interpretarse en rigor lógico en el sentido de que en los delitos sí se necesita que aquella intención de cometer el hecho contrario a la ley, que equivale a la conciencia de la ilicitud jurídica del acto, lo cual, como se dejó ya estudiado en su oportunidad, no es aceptable ni en la teoría científica ni en la práctica. Cuando se habla de intención en los delitos se entiende en relación con el hecho mismo y en manera alguna como intención expresa de violar la ley. Propone, en consecuencia, la siguiente fórmula que contiene la misma idea fundamental de la presentada por el doctor Cárdenas, pero sin la frase "aun cuando el agente no haya procedido con intención de cometer un hecho contrario a la ley", porque de ésta podría deducirse que para la existencia del dolo se requiere la conciencia de la ilicitud jurídica o legal del acto, lo cual sería incompatible con el principio general de que la ignorancia de la ley no sirve de excusa:

"En las contravenciones se responde por el solo hecho de la acción u omisión prevista por la ley".

"Dice también el doctor Escallón que en materia penal hay dos clases de actos que la ley reprime: actos que en sí mismos, abstractamente considerados, son peligrosos, en los cuales el daño apenas es potencial, y actos con cuya ejecución se perturba el derecho ajeno, en los cuales el daño es efectivo o actual. Las contravenciones en general pertenecen a la primera clase de estos ac-



tos y deben, en consecuencia, ser sancionadas aunque con ellas no se cause daño alguno efectivo.

"El doctor Cárdenas replica al doctor Escallón que él ha hablado de la conciencia de violar la ley, porque es evidente que nadie piensa en violar la ley cuando delinque. Pero como en anteriores fórmulas se ha hablado de la intención para apreciar el dolo en los delitos, no tendría inconveniente en que se suprimiera la última parte de su fórmula. Dice también que la sola imputabilidad material en las contravenciones no es suficiente; que es necesario tener en cuenta también los elementos subjetivos para la formación de un criterio preventivo, que es la esencia y razón de ser de la responsabilidad de las contravenciones. Además, como el proyecto no va a ocuparse de todas las contravenciones, sino únicamente de las legales, dejando las otras a la reglamentación de la Policía, es preciso estudiar los elementos subjetivos y por consiguiente la intención, no para dejar de sancionarla, sino para hacerlo con mayor o menor severidad.

"El doctor Lozano dice que encuentra teóricamente aceptables las observaciones del doctor Cárdenas para que aun en las contravenciones se tenga en cuenta el elemento subjetivo; pero en la práctica son inaplicables, porque la naturaleza de las contravenciones y la tramitación que las regula hace imposible que se abra un proceso para analizar la intención, el dolo o la culpa con que haya procedido el agente. Además, el fin perseguido por el doctor Cárdenas se logra consagrando en la parte general del proyecto los motivos determinantes y la obligación del estudio de la personalidad del delincuente, para graduar, según ellos, la naturaleza y gravedad de la sanción. Mas, de esta suerte, al sancionar una contravención, no se entrará a estudiar el dolo ni la culpa, extraños en absoluto a esta clase de infracciones, sino teniendo en cuenta la personalidad del contraventor y la reincidencia. Pide también el doctor Lozano quede constancia en el Acta que la Comisión ha sido de concepto que en las contravenciones al agente no se le permita probar que no tuvo dolo o intención de cometer el acto, y que como consecuencia, el artículo ya aprobado y según el cual "las infracciones cometidas por personas que gocen de normalidad psíquica son intencionales o culposas", debe reformarse para que abarque sólo los delitos y queden excluidas de él las contravenciones, puesto que, ya se ha dicho, "las infracciones de la ley penal se dividen en delitos y

contravenciones". En armonía con lo dicho, propone la siguiente fórmula:

"En las contravenciones la simple acción u omisión hace responsable al agente". (Acta No. 41, Tomo I, Páginas 98, 99 y 100).

"Continúa el estudio relativo a las contravenciones. En discusión la fórmula del doctor Lozano, manifiesta el doctor Escallón que en el fondo le parece aceptable, porque ella consagra la responsabilidad en las contravenciones basada en la simple imputabilidad material. Es indudable que las contravenciones pueden ser dolosas o culposas, pero para el efecto de las sanciones no deben tenerse en cuenta estas figuras sino cuando la misma ley lo haya dispuesto. Así, en el Código Italiano se establece en el artículo 43 "la distinción entre infracción culposa, establecida por este artículo para los delitos se aplica también a las contravenciones cada vez que para éstas la Ley Penal haga depender de tal distinción un efecto jurídico cualquiera". El mismo sistema adoptó la anterior Comisión Colombiana, en el cual no se da efectos jurídicos al dolo ni a la culpa en las contravenciones, porque uno y otro se castigan de igual manera. Es evidente que algunas contravenciones, tanto en la ley como en la teoría, se caracterizan por el elemento culpa; pero también hay algunas otras que se reprimen con la misma pena, sea que se haya incurrido en ellas por culpa o por dolo. En el proyecto de la anterior Comisión se encuentra el artículo 359, que dice: "el que por negligencia e impericia sea responsable de la ruina de un edificio ajeno, puente u otra construcción que haya dirigido, por la sola ruina incurrirá en una multa....." Tenemos aquí un caso de contravención específicamente culposa, en el cual no es posible indagar si ha existido dolo, porque entonces no sería ya contravención sino delito de daño a las propiedades ajenas. En cambio, en el artículo 361 se establece una pena igual a la fijada en el artículo que acaba de analizarse, y se contempla el caso de una contravención que puede ser dolosa o culposa, sin que ninguna de estas modalidades cambie la naturaleza de la sanción y la fisonomía jurídica de la contravención. El citado artículo dice:

"el que omita colocar las señales y barreras, ordenadas por la autoridad, para evitar los peligros que resultan de los trabajos u obras que se hacen en las vías o lugares públicos, incurrirá en una multa....."



"En este último caso la ley no ordena al funcionario que tenga en cuenta si la contravención se cometió con dolo o con culpa; pero tampoco le prohíbe hacerlo y tenerlo en cuenta para graduar la cantidad de la pena.

"Observa el doctor Lozano que el proyecto de la anterior comisión no hace diferencia entre contravención dolosa y contravención culposa, es decir, no le dio efectos jurídicos distintos, pues se aplica una misma pena, cualquiera que sea la clase de contravención, teniendo en cuenta sólo la materialidad del acto que la constituye.

"En resumen —continúa el doctor Lozano— de todo lo leído y discutido sobre este punto se deduce: que las contravenciones se distinguen de los delitos, primero, en que aquéllas no suponen violación de los sentimientos ético-sociales de la comunidad; segundo, los delitos casi invariablemente constituyen la violación de un derecho y el quebrantamiento del orden social, en tanto que las contravenciones son solamente la violación de una norma o de un reglamento. Por eso la contravención es menos grave que el delito y no acarreará al autor de ella indignidad o demérito alguno. Siendo esto así, hasta cierto punto sobre la investigación del elemento intencional, que sólo tiene interés cuando se estudia al delincuente para saber qué grado de peligrosidad presenta para la sociedad. Desde el punto de vista práctico el interés que tiene la sociedad en que sean reprimidas las contravenciones, en forma rápida y eficaz, exige una prescindencia de la investigación semejante a la adoptada para los delitos, porque si se acepta un procedimiento dispendioso, complicado y sutil para averiguar la intención del agente contraventor, la culpa o el dolo con que haya procedido, la represión se hace nula y el efecto indispensable de intimidación desaparece. No desconoce que dentro del campo de la teoría existen contravenciones dolosas o culposas; pero dada la relativa importancia de las sanciones, debe aplicarse en ambos casos la misma clase de pena, sin que esto quiera decir que los contraventores más peligrosos no sean también más severamente castigados. En las contravenciones no se admiten, no pueden admitirse, sino dos clases de disculpas: que no se ejecutó el hecho que se le imputa, y que el hecho mismo fue un caso fortuito.

"El doctor Cárdenas dice: Reconozco, por ser muy trivial, que el criterio para sancionar los delitos es muy distinto del que

se establece para sancionar las contravenciones, pues en el primer caso, en lo referente a los delitos, hay un daño, hay una intención de causarlo; en las contravenciones no hay, por regla general, intención de causar daño. Es evidente que con ellas no se causa daño particular a otro, porque ellas se sancionan a título preventivo para evitar daños futuros individuales o colectivos; pero a pesar de esto sostengo que respecto de las contravenciones que vamos a establecer en el Código Penal y que son aquellas de cierta gravedad, distintas de las que se dejan a la reglamentación de la Policía local, exigen por simple garantía constitucional un procedimiento más o menos dilatado, más o menos sumario, pero siempre un procedimiento en su juzgamiento. En ese procedimiento el funcionario judicial, necesariamente tiene que estudiar en la mayoría de los casos el elemento subjetivo desde luego que en las contravenciones, como lo reconocen los doctores Lozano y Escallón, pueden presentarse las figuras del dolo y de la culpa. Por consiguiente no basta la sola imputabilidad material como regla absoluta y mucho menos si se tiene en cuenta el hecho de que no puede juzgarse con el mismo criterio, con la misma lógica hechos distintos en su extensión y calidad. No quiere esto decir que en el Código Penal vayamos a exigir como elemento constitutivo de la contravención las figuras del dolo y de la culpa, pero tampoco que el Juez para aplicar la sanción únicamente tenga en cuenta la sola imputabilidad material, y esto porque si las contravenciones no violan condiciones fundamentales de existencia social como sucede respecto de los delitos, sino que únicamente se basa su punibilidad en motivos de conveniencia, pues muchas veces tienen carácter hasta de inocente, y son en su generalidad transitorias, no se justifica el rigor que predicán mis distinguidos colegas al preconizar la sola imputabilidad material como criterio único de la responsabilidad en materia de contravenciones.

"El doctor Escallón dice que si se quiere dar efecto al dolo y a la culpa en las contravenciones es preciso decirlo en el Código expresamente. Insiste como el doctor Lozano en que no se debe dar valor jurídico distinto a la culpa y al dolo en esta clase de infracciones; que las palabras del doctor Cárdenas implican que no es erróneo lo sostenido por él—Escallón— acerca de que la culpa sólo debe existir en los casos previstos por la ley. Si vamos a la práctica se verá que es imposible hacer una diferenciación entre contravención culposa y contravención dolosa, así por



ejemplo, en el caso propuesto anteriormente: el que por negligencia deja arruinar un edificio ajeno, ha cometido una contravención culposa; pero el que voluntaria e intencionalmente la deja arruinar, es responsable de un dolo específico, y es claro que refiriéndose al dolo específico, la ley tiene que contemplarlo. Por eso ha solicitado que se agregue a la fórmula presentada por el doctor Lozano la siguiente expresión: "La simple acción u omisión que las constituyen, hace responsable al agente".

"El doctor Lozano replica: en todas las partes y en todas las épocas y especialmente en el siglo XX, toda sociedad civilizada tiene que establecer ciertas normas de disciplina social a las cuales deben sujetarse todos los asociados, pues de lo contrario la vida sería imposible. A primera vista puede calificarse de injusta la simple imputabilidad material en materia de contravención, pero los intereses supremos de la justicia general tienen que sacrificarse en ocasiones en beneficio de la colectividad. En materia civil, por ejemplo, los términos judiciales suelen ser en ocasiones aberrantes, e implicar a veces verdaderas monstruosidades; pero el regular funcionamiento de la administración de justicia exige el establecimiento de esas normas. La eficacia de la represión en las contravenciones está en la oportunidad y en la rapidez de la sanción. Con ellas no se trata de moralizar a los ciudadanos, sino de dictar reglas precisas de disciplina. Es tan cierto esto, que estamos contemplando una ola de impunidad en los delitos culposos por accidentes de tránsito, debido a que están sujetos a las mismas reglas y procedimientos que otras clases de delitos. Lo más que podría llegar a concederse sería decir: en caso de que al juez no le quede duda del propósito deliberado del agente, se aplicará el máximo de la pena". (Acta No. 42. Tomo I. Páginas 101 a 103).

## LA LEY 86 DE 1946

(CONTINUACION)



Por el Dr.

WENZEL GOLDBAUM