

cho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y dicta las cátedras de Derecho Penal General y Sociología Criminal, Derecho Penal Colombiano y Derecho Procesal Penal. Tiene en preparación varias obras, entre ellas podemos señalar: Derecho Penal General y Sociología Criminal, Derecho Penal Colombiano, Derecho Procesal Penal y además, la edición de los Códigos referentes a estas materias en una forma más técnica y mejor concordada que las que hasta hoy se han hecho entre nosotros.

Jorge Cárdenas Nannetti

**I**NGENIERO del Worcester Polytechnic Institute (Worcester, Mass). Se especializó en cuestiones económicas en Columbia University (New York). Ha desempeñado importantes cargos en el

ramo de la educación, entre ellos merecen destacarse los de Rector de la Escuela Nacional de Comercio (Bogotá), profesor de Economía en la Facultad de Administración del Gimnasio Moderno, de la Universidad Javeriana, de la Universidad del Cauca.

En la actualidad es Director de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Antioquia y dicta las cátedras de Economía en dicha escuela y en la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

Es autor de "Teoría de la Economía Colombiana", la obra más trascendental que sobre estas cuestiones se ha escrito en el país. Se ha distinguido además como un hábil periodista, no sólo en Colombia sino también en los Estados Unidos de América.

# DERECHO PENAL COLOMBIANO

Por el Dr.

Gustavo Rendón G.

(PARTE ESPECIAL)

# DERECHO PENAL COLOMBIANO

## — DEL ABORTO —

— I —

**E**L delito de aborto está considerado en nuestra ley penal entre los que afectan la vida y la integridad personal. Otras legislaciones lo consideran delito contra la familia porque el interés tutelable en tal caso es de orden general y no particular. El aborto consiste bien en la expulsión prematura y voluntariamente provocada del producto de la concepción o la destrucción del feto en el vientre de la madre. Desde el punto de vista médico hay propiamente aborto cuando se expulsa o se destruye una criatura no viable, concepto que se distingue del parto prematuro, el cual se refiere a fetos en condiciones de viabilidad.

Legalmente existe el aborto cuando se opera la destrucción del fruto de la concepción con anterioridad al término corriente de la gestación, por lo que en Derecho es más amplio el concepto del aborto, el cual puede ocurrir tratándose de un feto viable siempre que haya la extinción intrauterina de la vida de la criatura o no sobreviva al nacimiento.

### ELEMENTOS DEL DELITO DE ABORTO

Integran el delito de aborto los siguientes elementos:

- 1.º — El hecho de la expulsión prematura o de la destrucción del feto.
- 2.º — Propósito determinado de producirlo y que consiste concretamente en la voluntad de causar la muerte del feto.

En relación con el primer elemento debe tenerse en cuenta que el

delito puede producirse en cualquier momento del período de la gestación, es decir, desde la concepción hasta la expulsión, pero es requisito para que ocurra el aborto que el feto no sobreviva a la expulsión, o lo que es lo mismo, que no tenga vida extra-uterina.

Cuando se ejecutan maniobras abortivas y el feto es viable y sobrevive al nacimiento, hay un parto prematuro, lo que llevaría el hecho penal a un delito imperfecto de aborto.

En lo que toca al elemento intención es indispensable que se proceda con el propósito de producir el aborto, siendo indiferente, para los efectos de estructuración jurídica del delito la naturaleza del móvil.

#### — MEDIOS ABORTIVOS —

El aborto provocado tiene como medios destinados a suspender la vida intrauterina, comunmente, ciertos tóxicos, los cuales no son exclusivamente abortivos sino que pueden traer, entre otras consecuencias, el aborto. Hay también medios preparatorios, psíquicos, mecánicos o quirúrgicos. Estos últimos son empleados, regularmente, por facultativos.

#### — DIFERENTES CLASES DE ABORTOS —

Puede hablarse de varias clases de aborto, a saber:

**ABORTO ESPONTANEO.**—Es éste el que se presenta de manera natural y determinado por causas predisponentes, en el que para nada intervienen factores extraños. Esta forma de aborto no es delito.

**ABORTO PROVOCADO.** — Es el que se produce por cualquiera de los medios ya enunciados y cuya comisión es generalmente delictuosa. En esta clase de abortos puede hacerse una subdivisión fundada en los motivos determinantes y en orden a establecer su licitud o ilicitud:

**ABORTO TERAPEUTICO.** — Este aborto es el realizado por facultativos y por la necesidad de atender con él a la salud de la madre. No se le considera delito en las legislaciones.

**ABORTO EUGENESICO.** — Esta modalidad ha sido propugnada por algunos tratadistas, en cuyo concepto debe ser lícito el aborto que se produce para evitar la descendencia tarada. No es admitido por la legislación penal colombiana y no se justifica porque, no obstante los progresos de la medicina, esta ciencia

no está en condiciones para anticipar las consecuencias de la herencia.

Se habla también de los abortos que se cometen para evitar el aumento de la familia o cuando la concepción depende de un delito, como la violencia carnal o el incesto, figuras que no tienen categoría de justificación especial en la ley penal.

**ABORTO HONORIS CAUSA.** — El aborto cometido por causa de honor tiene en la ley penal una situación especial de excusa, pero no se le justifica plenamente. De él nos ocuparemos al analizar las disposiciones de nuestro código.

#### — EL ABORTO EN LA LEY PENAL COLOMBIANA —

Nuestro código establece para el delito de aborto los siguientes casos: aborto causado por la propia mujer; aborto causado con su consentimiento; aborto sin consentimiento de la mujer; aborto que produce la muerte de la mujer; aborto cometido por quienes ejercen profesiones sanitarias, y aborto honoris causa.

Vamos a estudiar estos distintos casos.

#### — ABORTO CAUSADO POR LA MUJER O CONSENTIDO POR ELLA —

Art. 386.—“La mujer que en cualquier forma causare su aborto o permitiere que otra persona se lo cause, incurrirá en prisión de uno a cuatro años.  
En la misma sanción incurrirá el que procure el aborto con el consentimiento de la mujer embarazada”.

Cuando el aborto es causado por la propia mujer, únicamente es ella sujeto activo del delito. Es entendido que en este caso procede la mujer a sabiendas de su embarazo o presumiéndose embarazada y con el propósito determinado de suprimir el feto. Para que pueda ser agente del delito, su determinación debe ser tomada libremente porque si procede coaccionada por un tercero, la responsabilidad se deriva a quien determinó su comisión.

Los términos del artículo 386 en cuanto a la manera de realizarse el aborto son los suficientemente amplios para comprender las distintas formas que pueden producirlo. Pero debe tenerse presente que la expresión “cualquier forma” hace relación a los medios para cometerlo sin que se refiera para nada al elemento de la intención. Es decir, que para que haya delito de aborto será siempre indispensable el propósito determi-

nado de esta infracción y que ocurre el delito cuando hay la ausencia de un dolo específico.

Cuando el aborto ocurre con el consentimiento de la mujer pero causado por un tercero, tanto quien lo provoca como la mujer, responden por el delito en igual grado. El consentimiento que la mujer pueda dar en estos casos debe aparecer como una expresión libre de su voluntad, pues si lo presta por miedo como por otra causa que lo vicie, la responsabilidad recae únicamente sobre el tercero que obra como agente del ilícito, en los términos del art. 387.

— **ABORTO SIN CONSENTIMIENTO DE LA MUJER.—MUERTE DE LA MUJER POR CONSECUENCIA DEL ABORTO.** —

Arti. 387.—“El que causare el aborto de una mujer sin su consentimiento, incurrirá en prisión de uno a seis años.

Si el aborto, por los medios empleados para causarlo, ocasionare la muerte de la mujer, se aplicará lo dispuesto en el art. 367.

El aborto sin consentimiento de la mujer, como ya lo expresamos, hace responsable del hecho únicamente a la persona que lo cause, y comprende todos aquellos casos en que el agente apela a la fuerza, la intimidación, el engaño, para provocarlo. Igualmente comprende el aborto cometido cuando la embarazada no está en condiciones hábiles para prestar su consentimiento, por inconsciencia, demencia, deficiencia mental, etc.

Puede ocurrir que las maniobras abortivas ocasionen la muerte de la mujer o graves lesiones.

El artículo de que tratamos, en su segundo inciso, contempla la muerte como consecuencia de los medios empleados para el aborto, no así el caso de lesiones, que también debió ser previsto por la disposición. El homicidio sancionado aquí no es un evento querido por el agente y asume, por la presencia de un dolo específico de aborto, las características de un delito ultraintencional. El artículo remite a lo dispuesto por el 367, cita errada en absoluto, pues la disposición aplicable es la del 365, que contempla el homicidio ultraintencional.

La aplicación de la pena correspondiente al homicidio ultraintencional no hace perder al hecho sus características de delito de aborto. Únicamente que, en lugar de imponerse la sanción correspondiente a éste, se aplica la del artículo 365. Tampoco por esta especial modalidad del

delito hay lugar al concurso de delitos y por lo mismo, sería impropio deducir los cargos de aborto y homicidio, salvo que las violencias o lesiones determinantes de la muerte no hagan parte de los medios empleados para provocar el aborto. Así, por ejemplo, si esas lesiones resultan al tratar de vencer la resistencia de la mujer para provocar el aborto, y a consecuencia de ellas viene la muerte, habrá delito de homicidio y concurso con el de aborto.

Las lesiones que puedan presentarse por causa de los medios abortivos no están sancionadas por el artículo 387, omisión injustificada porque la misma razón habría para el caso de homicidio, máxime si se tiene en cuenta que las lesiones pueden acarrear penas mayores a las del delito de aborto.

El código en el artículo de que tratamos considera el homicidio consecuencia del aborto como ultraintencional. Esta tesis hace que se presume un dolo eventual en el hecho y no ha sido muy aceptada por los tratadistas ni por otras legislaciones. Se afirma por muchos que cuando sobreviene la muerte a causa de los medios abortivos, esa muerte es culposa, y algunos códigos, como el español, sancionan únicamente el delito más grave, o sea el aborto, reprimido con pena mayor a la del homicidio culposo. La forma de homicidio ultraintencional que examinamos viene a ser el caso contrario del artículo 376, que trata del aborto como consecuencia de lesiones. En ambos casos los delitos conservan la denominación del respectivo capítulo y se les atribuye un dolo eventual.

— **ABORTO COMETIDO POR PROFESIONALES** —

Art. 388.—“Cuando el responsable de alguno de los delitos previstos en los artículos anteriores sea médico, cirujano, farmacéuta o partera, la pena se aumentará hasta en la tercera parte, y se impondrá además la suspensión del ejercicio de la respectiva profesión por dos meses a seis años”.

El aborto médico, lo dijimos ya, no tiene carácter de delito cuando se comete para llenar fines terapéuticos, como salvar la vida de la madre o evitar un parto que pueda acarrear esa muerte. Pero si en ejercicio de una profesión sanitaria o médica, se comete el delito de aborto, aprovechando el autor, precisamente, sus conocimientos profesionales, el hecho reviste una mayor gravedad porque al delito se suma el abuso que se hace de la profesión con actos ilegales e inmorales.

Por esta razón el artículo 388 agrava la penalidad del aborto cuando el que lo comete es médico, cirujano, farmacéuta o partera. Además de agravarse la pena privativa de la libertad, se impone como sanción accesoria la suspensión del ejercicio profesional, medida altamente benéfica para la prevención de estos delitos.

— ABORTO HONORIS CAUSA —

Art. 389.—“Cuando el aborto se haya causado para salvar el honor propio o el de la madre, la mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción puede disminuirse de la mitad a las dos terceras partes, o concederse el perdón judicial”.

Asume el delito de aborto en este caso las mismas condiciones de atenuación que se consagran para el infanticidio, pero es tratado con menos rigor, como que mayor es la pena del homicidio que la del aborto.

Algunos opinan que el infanticidio y el aborto debieran tener las mismas condiciones en el tratamiento penal, pero esta teoría no es aceptable porque los dos delitos tienen sujetos pasivos diferentes, y es mayor el interés de la ley en proteger una vida cierta en el infanticidio, que una esperanza de vida en el aborto.

Por lo demás, para que exista la atenuación en el aborto por el motivo de honor deben llenarse las mismas condiciones de que tratamos al hablar de este aspecto en el delito de infanticidio. Observamos también, que para el caso de aborto la ley considera la causal de atenuación cuando el marido de la abortada es el agente del delito, situación no reconocida para el infanticidio.

El aborto honoris causa está limitado a las personas que reza la disposición transcrita.

— INTEGRACION DEL DELITO DE ABORTO Y CONDICIONES DE PUNIBILIDAD —

De acuerdo con lo que dejamos estudiado el delito de aborto se integra cuando se produce la muerte del feto, bien sea por expulsión prematura o por destrucción dentro del claustro materno, habiendo por parte del agente la intención de dar muerte al feto.

En las circunstancias anteriores puede hablarse del delito consumado, pero además del caso de la consumación del aborto puede reprimirse como delito imperfecto en sus formas de frustración, tentativa y

delito imposible, según que los actos realizados, los medios empleados o las condiciones del sujeto pasivo den lugar a una de tales figuras.

Lo que sí no es sancionable frente al código penal colombiano es la culpa para el caso de aborto, pues en ninguna parte del capítulo se consagró la responsabilidad del aborto culposo. Esto es extraño, tratándose de culpa de terceros porque bien puede ocurrir la comisión del aborto por impericia, descuido o negligencia, por ejemplo, por parte de facultativos. La culpa propia sí se justifica que no dé lugar a responsabilidad penal por las propias características que el hecho revestiría en tal caso.

— SUJETO PASIVO DEL ABORTO —

Aunque el delito de aborto está incorporado al título del código penal que sanciona los hechos que atentan contra la vida y la integridad personal, precisa poner en claro que la sanción por el aborto no es una protección a la persona porque el feto no es considerado legalmente sujeto de derechos. Lo que se tutela con la represión es la futura vida del feto y la vida y la integridad corporal de la madre. Esto considerando un sujeto pasivo inmediato en el delito de aborto porque aparece de más interés la protección de la familia y de la sociedad, como más afectadas con el delito.

— DUELO —

No contemplaba el código penal de 1890 el delito de duelo, figura que si consagró el estatuto vigente, más con el propósito de situar en condiciones jurídicas especiales el homicidio o las lesiones que puedan resultar de esta forma de combate, que de reprimir el duelo en sí mismo.

Tradicionalmente el duelo ha sido una forma caballeresca de reparar los agravios al honor, limitada por su mismo origen y por el privilegio que de ella se ha hecho, a la nobleza. Tuvo el duelo notable auge en la Edad Media y su práctica se admitió legalmente hasta el siglo XVIII, en que se le consideró como un delito grave, sancionado muchas veces con la pena de muerte.

En las legislaciones modernas el duelo es considerado como hecho ilícito, pero fuera de que las sanciones que acarrea son benignas sirve para sustraer a las penas ordinarias y la calificación legal común, los homicidios y las lesiones cometidos en duelo.

— NATURALEZA DEL DELITO DE DUELO —

Casi todos los códigos penales clasifican el delito de duelo entre los que atentan contra la vida y la integridad personal, atendiendo para ello a las consecuencias objetivas inmediatas de la infracción y a la intención inequívoca de los que se comprometen en la lucha. No obstante ser admisible que con este delito se atenta contra la persona humana, muchos tratadistas y algunas legislaciones, clasifican de diferente manera el duelo. Para algunos el delito afecta la tranquilidad pública por el desorden que se crea en las relaciones sociales; para otros lesiona a la administración de justicia por cuanto la venganza privada sustituye la justicia social, tesis esta sostenida especialmente por GARRAUD.

Nuestro código contempla el duelo entre los delitos contra la vida y la integridad personal, de cuyas características participa más notoriamente, aunque teóricamente pueda reconocerse que dicho delito afecte distintos intereses jurídicos como ocurre con muchas infracciones penales.

— DEFINICION Y CARACTERISTICAS DEL DUELO —

Se define el duelo como un combate de carácter ofensivo por cuestiones de honor, entre dos personas, previamente concertado, con la intervención de padrinos. Este último requisito no parece ser indispensable ante nuestra ley penal ya que se reconoce el duelo llevado a efecto sin padrinos, aunque con la imposición de penas mayores.

Son, en consecuencia, elementos del delito:

- a). — pluralidad de delincuentes;
- b). — carácter ofensivo del combate, lo que supone el empleo de medios hábiles atentatorios contra la vida o la integridad personal;
- c). — motivo de honor;
- d). — previo concierto y sometimiento a las normas fijadas para la lucha; y
- e). — intervención de padrinos. Ya dijimos que este requisito no es del todo necesario frente a la ley penal colombiana.

Examinados los requisitos del duelo y la manera como el delito se estructura puede deducirse que la ley penal pretende principalmente reglamentarlo antes que sancionarlo severamente. Por ello el duelo ceñido a todos los requisitos reconocidos por el código acarrea sanciones tan reducidas que prácticamente entrañan la tolerancia del hecho, en cam-

bio que el duelo no sujeto a las normas comunes, como el que se celebra sin la intervención de padrinos, se reprime con mayor fuerza.

De otra parte el duelo lealmente celebrado da especial fisonomía al homicidio o las lesiones que de él resulten, hechos que quedan como delitos cuya sanción se opera considerándolos como simples consecuencias del duelo y no como infracciones comunes contra la vida y la integridad personal. No hay en tales casos, jurídicamente hablando, homicidio o lesiones, sino únicamente duelo, con penas muy favorables para los responsables. Es entendido que esta situación de privilegio solo resulta cuando el combate ha llenado las exigencias reglamentarias del duelo, pues de no ser así, como delitos comunes de homicidio o lesiones se sancionan las consecuencias del duelo.

— EL DUELO EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO —

Contempla nuestro código en relación con el delito de duelo los siguientes casos:

- a). — duelo con intervención de padrinos;
- b). — duelo sin intervención de padrinos;
- c). — duelo en que se falta a las condiciones ajustadas por los padrinos;
- d). — responsabilidad de los padrinos.

— DUELO CON INTERVENCION DE PADRINOS —

Es la forma clásica y propia del duelo en el que se cumplen todos los requisitos de que antes hemos hablado y a ella se refiere el artículo 390.

Art. 390.—“A los que se batieren en duelo con intervención de padrinos que arreglen las condiciones del desafío, se les impondrá:

1°.—arresto de uno a seis meses si no resultare lesión alguna.

2°.—arresto de dos meses a dos años cuando se infieren lesiones personales; y

3°.—prisión de uno a cinco años en caso de muerte”.

El duelo en el caso del artículo anterior tiene existencia jurídica únicamente cuando se ha realizado o iniciado formalmente el combate. Por su naturaleza este delito no podría alcanzar integración con los actos encaminados a producir el desafío o encuentro, lo que significa la im-

sibilidad del delito imperfecto (tentativa o frustración), si se desiste porque el desistimiento aprovecha a ambos duelistas.

No hace referencia la disposición a los motivos determinantes del duelo, pero es obvio que a esta forma de desagravio, principalmente cuando son los padrinos quienes acuerdan el encuentro, sólo se recurre por cuestiones de honor.

El artículo 390 sanciona, en primer término, el duelo en sí mismo. No es indispensable para que haya delito que el combate produzca la muerte o lesiones. La infracción se perfecciona con el hecho de batirse los duelistas, amenazando en esta forma su integridad personal. En este caso más parece fundarse la represión penal en la ofensa a la administración de justicia que a la vida o integridad corporal.

En segundo lugar, sanciona el duelo cuando se infieren lesiones personales. Por esta consecuencia la pena es un poco mayor pero el delito es simplemente duelo, sin que pueda descomponerse el hecho en dos infracciones distintas conforme a las normas generales del concurso de delitos. El daño a la integridad personal se aprecia para la agravación de la pena, pero no hay una calificación de las consecuencias, como ocurre con el delito de lesiones personales. Así, es lo mismo que resulte a la víctima una simple incapacidad, una deformidad física, una perturbación funcional o la pérdida de un órgano o miembro. No opera la naturaleza del daño para el señalamiento de la sanción, en forma sustantiva, no quedando otro recurso que la propia escala penal de la disposición.

En caso de muerte, por consecuencia del duelo, la pena privativa de la libertad es mayor, pero en todo caso inferior a la del homicidio común. El hecho, como en el caso anterior, es únicamente el duelo, sin que al responsable pueda hacérsele el cargo de homicidio. En concepto de algunos autores, entre ellos MERLIN, "el homicidio cometido en duelo, no es ni el delito de homicidio ni un asesinato; es un hecho distinto, que tiene sus caracteres especiales y que no puede ser castigado sino como un delito especial".

#### — DUELO SIN INTERVENCION DE PADRINOS —

Art. 391.—"A los que se batieren sin intervención de padrinos se les aumentarán hasta el doble las sanciones de que trata el artículo anterior, en los casos respectivos".

Reglamentariamente el duelo debe celebrarse con la intervención de

padrinos que arreglen las condiciones del desafío, califiquen el motivo de éste y vigilen la lealtad de la lucha. La ausencia de los padrinos agrava la sanción precisamente por no ajustarse el encuentro a las condiciones ordinarias, hacerse difícil la calificación de los motivos y la previsión de actos desleales por parte de los duelistas. Pero, no obstante la agravación señalada por el artículo transcrito, siempre conserva el hecho sus características de duelo. El aumento que puede hacerse de la penalidad indica sí que en muchos casos las consecuencias del combate quedan sancionadas como delitos comunes de homicidio o lesiones, lo que no ocurre con el duelo ceñido a las normas ordinarias.

#### — DUELO EN QUE SE FALTA A LAS CONDICIONES AJUSTADAS POR LOS PADRINOS —

Art. 392.—"Al combatiente que faltare, en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos, se le impondrán las sanciones ordinarias, previstas en los capítulos I y II de este título".

Muchos códigos consideran como circunstancias agravantes o calificadoras del duelo, específicamente propias a este delito, la existencia de un motivo egoísta o inmoral por parte del provocador y el faltar en daño del adversario a las condiciones establecidas.

En nuestro código nada se establece sobre el motivo determinante de la provocación, pero se le da especial fisonomía a la circunstancia de faltar el combatiente, en daño de su adversario, a las condiciones ajustadas por los padrinos. Esta circunstancia obra únicamente cuando por la deslealtad de uno de los duelistas se logra lesionar o dar muerte al contrario, pues en tales casos es posible recurrir a las disposiciones comunes sobre homicidio o lesiones, que son las citadas por el artículo que comentamos. Si no se causa daño es inoperante la calificación enunciada.

Más que circunstancia calificadora del duelo, el faltar a las condiciones ajustadas por los padrinos, viene a significar una reincorporación del hecho a las disposiciones comunes de homicidio y lesiones, pues las penas aplicables son las correspondientes a tales delitos. Lo único que subsiste es la denominación jurídica de duelo, pero sin que operen en favor del responsable las atenuaciones que le dan carácter especial al ilícito.

Habiendo reconocido el código el duelo sin intervención de padrinos, de acuerdo con el artículo 391, debió preverse igualmente para esta cla-

se de duelo lo dispuesto por el artículo 392, pues bien puede ocurrir el caso de faltar uno de los combatientes a las condiciones ajustadas por ellos mismos. Precisa entender, entonces, que cuando no hay padrinos y uno de los combatientes es desleal con el otro, falta a las condiciones del desafío, no hay propiamente duelo y los daños a la integridad personal se rigen por los capítulos I y II del título XV.

— RESPONSABILIDAD DE LOS PADRINOS. —

Los padrinos no son responsables, en relación con el delito de duelo, sino en los casos que expresamente señala el código, aunque de hecho en todos los casos puede decirse que participan en la comisión de un delito. Esa responsabilidad surge sólo cuando son desleales con los combatientes, empleando en contra de ellos medios que entrañen alevosía, insidia o circunstancias semejantes, y cuando concertan los llamados duelos a muerte.

El primer caso de responsabilidad de los padrinos lo estatuye así el código:

Art. 393:—“Los padrinos de un duelo que emplearen en contra de los combatientes cualquier medio desleal, como la alevosía, la insidia u otros, serán sometidos a prisión por uno a cinco años”.

El empleo de medios desleales en contra de los combatientes hacen relación a la ejecución del duelo y puede por tanto referirse a todas aquellas circunstancias que coloquen en condiciones de inferioridad a uno de los combatientes, por la calidad del arma, su colocación en el terreno, etc. La responsabilidad puede ser para todos los padrinos, si es que de común acuerdo recurren a medios desleales, o sólo para aquellos que son desleales a su cargo.

El duelo a muerte hace responsables a los padrinos en los términos de la siguiente disposición:

Art. 394:—“Cuando los padrinos concertaren un duelo a muerte o en condiciones tales que de ellas deba resultar la muerte, serán reprimidos con prisión de seis meses a tres años”.

El duelo a muerte es aquél que se cumple en circunstancias tales que necesariamente ha de producirse la muerte de uno o de ambos due-  
listas, y depende generalmente del poder ofensivo de las armas o de los

términos incondicionales de la lucha. Si los padrinos acuerdan el duelo a muerte incurren en la responsabilidad determinada por el artículo 394 cuyo texto no parece exigir que la muerte se produzca.

Otros códigos distinguen en los duelos a muerte las dos situaciones. Si la muerte se produce se impone una pena privativa de la libertad, y si no ocurre, una sanción pecuniaria. En la ley penal colombiana el delito se perfecciona sin consideración al evento de la muerte y únicamente por el hecho de concertarse el duelo en las condiciones señaladas por la disposición que comentamos.

Fuera de los casos que consagran las dos disposiciones anteriores, no hay responsabilidad penal para los padrinos.

— ABANDONO Y EXPOSICION DE NIÑOS —

Está considerado este delito en nuestra legislación penal entre los que atentan contra la vida y la integridad personal, clasificación esta no admitida por todos los códigos, como que muchos lo colocan en títulos diferentes, atendiendo a que la finalidad inmedita del hecho no incluye en el ánimo del agente producir un daño a la integridad corporal de la víctima. Así, se le estima como infracción contra el estado civil o contra las garantías individuales, pero es más propia la orientación seguida por nuestro código porque, concretamente, lo que la ley trata de sancionar es el riesgo creado al niño que se abandona o expone, incumpliendo el agente deberes de asistencia para con él.

NATURALEZA.—Para su integración el delito de abandono y exposición de niños requiere condiciones especiales en cuanto a su objetividad, el autor de la infracción, la víctima y la intención, aspectos éstos sobre los cuales no hay uniformidad en los códigos ni en la doctrina, como vamos a verlo al examinar sus distintos elementos.

MATERIALIDAD DEL DELITO.—Se comete el delito por abandono y exposición, términos que no son equivalentes, aunque de por sí la *exposición* entraña abandono. Hay abandono cuando se desampara a la víctima (en nuestro código un niño recién nacido) quebrantándose con ese desamparo especiales deberes de asistencia, impuestos al agente por autoridad de la ley o aceptados voluntariamente por él. Significa ésto que se deja a la víctima falta de los cuidados indispensables para su propia existencia, estando obligado el delincuente a velar por ella y protegerla.

Se dice que hay exposición cuando violando esos mismos deberes se abandona al ofendido en un sitio público o privado pretendiéndose por parte del agente que un tercero se haga cargo de la persona.

**SUJETO ACTIVO.**—Como el abandono o la exposición presuponen el quebrantamiento de deberes especiales de asistencia por parte del agente, a los que se halla obligado con la víctima, es necesario, respecto del sujeto activo del delito, la existencia de una relación de tal índole con el ofendido, que la comisión del hecho entrañe la violación positiva de un deber.

**SUJETO PASIVO.**—El código penal colombiano exige que el sujeto pasivo de este delito sea *“un niño recién nacido, no inscrito todavía en los registros del estado civil”*. Esta limitación no la aceptan todos los tratadistas, ni en las demás legislaciones se sigue igual criterio, pues muchas se refieren a menores de 7 o de 10 años, y otras incluyen a las personas adultas incapaces de valerse por sí mismas por causa de enfermedad, lo que nos parece más acertado, de acuerdo con la naturaleza del delito y el interés que trata de tutelarse.

**INTENCION.**—La finalidad inmediata perseguida con este delito es poner término al cumplimiento de deberes obligatorios que el agente tiene para con la víctima o suprimir la apariencia de una relación con ella. Una finalidad mediata distinta, como sería la de causar la muerte de la criatura por medio del abandono o suprimir su estado civil, daría lugar a un delito distinto porque el abandono o la exposición serían apenas medios ejecutivos o consumativos de otro delito.

Es cierto que el autor del abandono o de la exposición no puede saber si la víctima va a ser recogida y amparada por extraños, y desde este punto de vista asume un riesgo que implica la incorporación de un dolo eventual al delito de que tratamos.

— **DISPOSICIONES DEL CODIGO PENAL COLOMBIANO EN ESTA MATERIA.** —

Sobre el delito de abandono y exposición de niños trae nuestro C. P. las disposiciones que pasamos a comentar:

Art. 395.—“El que abandonare o expusiere un niño recién nacido, no inscrito todavía en los registros del estado civil, estará sujeto a prisión de uno a tres años.

Si tal cosa se hiciere para salvar el honor propio o el de su madre, mujer, descendiente, hija adoptiva o hermana, la sanción se reducirá a la mitad”.

De acuerdo con los términos de la anterior disposición se requiere para este delito:

1.º — Que sea sujeto pasivo de la infracción un niño recién nacido, no inscrito todavía en los registros del estado civil. No fijó el artículo el alcance de la expresión *“recién nacido”*, como sí lo hizo para el delito de infanticidio, dejando, según constancia de la comisión redactora del código, a la jurisprudencia el definir esta cuestión. En realidad de verdad, para el delito de abandono y exposición, sería arbitrario señalar un límite preciso a la edad de la víctima, si se tienen en cuenta la naturaleza del hecho, el riesgo y el peligro que para la vida del niño existe mientras por sus propias condiciones no pueda valerse y atender a sus necesidades vitales.

La no inscripción en los registros del estado civil es condición que la ley reclama para este delito y para el infanticidio, pero por lo que se refiere al abandono o exposición tal exigencia no se limita al caso en que se procede para ocultar la deshonra, lo cual no parece aceptable ni propio a la naturaleza del delito cuando es cometido por motivo distinto al de salvar el honor.

2.º — Aunque el artículo no expresa que debe existir por parte del agente una relación con la víctima que lo obliga a la asistencia, es lógico que dicho elemento hace parte integrante del delito.

3.º — La intención ha de ser la que ya expresamos atrás por que de lo contrario se tratará de un delito distinto. Pero específicamente admite la ley, para atenuar la responsabilidad el motivo *“honoris causa”*, en la forma contemplada para los delitos de infanticidio y aborto, con los cuales guarda cierta relación el que analizamos.

Cuando se procede por motivo de honor hay una reducción de la penalidad. La apreciación de la excusa debe hacerse con el mismo criterio que ya expresamos al tratar del infanticidio y tenerse en cuenta que sólo puede invocarse por las personas taxativamente señaladas en el artículo 395.

La naturaleza de la intención con que se procede en este delito es lo que le da su fisonomía jurídica. Como comentamos al hablar del infanticidio, con el abandono o la exposición el sujeto pasivo queda sometido.

do, por la privación de una asistencia que le es debida, a la eventualidad de la muerte, pero sin que exista en el autor del delito la intención de matarlo. Por ello, aunque se presente la muerte de la criatura, no hay infanticidio, precisamente por la calidad eventual del dolo.

Art. 396.—“Si del abandono o exposición resultare la muerte del niño, la sanción será de uno a seis años de prisión”.

Expresamos ya que el dolo del delito que examinamos consiste en el propósito de hacer el abandono del niño, para librarse el agente de una obligación u ocultar la existencia del niño, cuando se trata del motivo honoris causa”.

Pero quien abandona o expone, sin proceder con el ánimo de que la criatura muera por consecuencia de la privación de asistencia, necesariamente asume el riesgo de tal evento, como probable.

El asumir las consecuencias que pueden derivarse del hecho del abandono provoca la agravación del delito cuando efectivamente la muerte se produce. Se admite la existencia de un dolo eventual, que sin dar lugar a la figura del homicidio, autoriza la imposición de una penalidad mayor. Tal es el caso a que se refiere el artículo 396.

Es de observar que la disposición no hizo distinciones por razón del motivo determinante, para ser consecuente con el artículo anterior. Queda, en consecuencia, al arbitrio del Juez la apreciación del motivo y la fijación de la pena dentro de la amplia escala señalada por el artículo 396.

## Delitos contra la propiedad

### TITULO XVI

Se ocupa el título XVI del código penal Colombiano de los delitos contra la propiedad, denominación genérica ésta no muy acorde con el verdadero alcance o significación del patrimonio privado cuya protección se pretende, ya que el concepto jurídico de la propiedad tiene una acepción restringida en nuestro régimen civil y deja por fuera muchos derechos sobre los bienes, distintos a la propiedad, en su sentido estricto.

El patrimonio de la persona no es lo mismo que la propiedad. Con aquél se designa la universalidad de sus derechos, sean reales o personales, estimables económicamente. Con la propiedad se comprende el dominio, o sea, el derecho real en una cosa corporal para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”, según definición del artículo 669 del C. C.

Por ello, como no todos los delitos denominados *contra la propiedad* afectan directamente este derecho, sería más adecuado titular las infracciones de que tratamos como *delitos contra el patrimonio*, a cuya defensa y tutela se consagran precisamente, las disposiciones penales en esta materia.

Son delitos contra la propiedad ( o contra el patrimonio) los que afectan los bienes de la persona, natural o jurídica, ya sean esos bienes cosas corporales o incorporales, muebles o inmuebles, derechos reales o personales, y tenga el ofendido la propiedad o el dominio o una relación distinta, como la posesión, la tenencia, etc.

Para mejor comprender la naturaleza de los delitos de que tratamos conviene citar algunas disposiciones del libro segundo del C. C. en relación con los bienes :

Art. 653:—“Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales.

Corporales son las que tienen un sér real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro.

Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas”.

Art. 654:—“Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles”.

Art. 655:—“Muebles son las que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas. Exceptúanse las que siendo muebles por su naturaleza, se reputan inmuebles, por su destino, según el artículo 658”.

Art. 656:—“Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro; como las tierras y minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios, los árboles.

Las casas y heredades se llaman predios o fundos”.

Art. 664:—“Las cosas incorporales son derechos reales o personales”.

Art. 665:—“Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales”.

Art. 666:—“Derechos personales o créditos son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales”.

Estas disposiciones y las que contienen los artículos 657 a 661 del mismo C. C. precisa tenerlas en cuenta en la definición de los diversos delitos contra la propiedad, pues como veremos más adelante, varios de ellos no pueden recaer sino sobre bienes muebles, otros únicamente sobre inmuebles, en cambio que algunos pueden afectar toda clase de bienes.

#### — ELEMENTOS GENERALES DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD —

Se estima como elementos comunes a todos los delitos contra la propiedad los siguientes:

- a). — Que el hecho recaiga sobre bienes que tengan o representen un valor económico o de afección;
- b). — Que se proceda por el agente con ánimo de lucro, de obtener un provecho ilícito o de perjudicar a terceros;
- c). — Que se proceda *intencionalmente*, lo que excluye la posibilidad de los delitos culposos.

De la participación de estos elementos nos ocuparemos al tratar de cada delito en particular.

— CLASIFICACION DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD —

Son éstos, en nuestro código penal, los delitos contra la propiedad: *Hurto, robo, extorsión, chantaje, estafa, abuso de confianza y otras defraudaciones.*

Las denominaciones anteriores son propias a casi todas las legislaciones penales, aunque es de observarse que algunas comprenden expresamente los delitos de quiebra, daños y otros atentados contra la propiedad, incluidos todos en nuestro código bajo la denominación de defraudaciones. También algunas legislaciones incluyen en la categoría de delitos contra el patrimonio particular hechos como el incendio y otros que envuelven un peligro común, lo que no ocurre en la nuestra que para tales casos da a los delitos una clasificación diferente, teniendo en cuenta intereses colectivos y no particulares.

## HURTO

### DEFINICION DEL HURTO Y ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE ESTE DELITO.

En nuestro sistema penal los delitos de hurto y robo aparecen plenamente diferenciados por elementos característicos propios a cada uno de ellos. Tal sistema, tradicional entre nosotros, de origen español, no es universal, pues en algunas legislaciones no se hacen distinciones específicas de estos delitos, comprendiéndolos bajo la denominación genérica de hurto, como lo hace el código penal italiano, o bajo la denominación de robo, según el sistema del código penal francés.

Puede afirmarse que no existen diferencias fundamentales entre el hurto y el robo y que ambos ilícitos ofrecen elementos estructurales idénticos, lo que justificaría que se les comprendiera bajo una misma denominación. Lo característico en el robo como elemento específico que lo diferencia del hurto es la violencia que en la sustracción se ejerza contra las personas o las cosas, y bien pudiera la concurrencia de esta circunstancia servir para calificación del delito y no para darle fisonomía jurídica especial.

El artículo 1.º de la ley cuarta de 1943, sustitutivo del art. 397 del código penal contiene la definición legal de delito de hurto:

“El que sustraiga una cosa mueble ajena sin el consentimiento del dueño y con el propósito de aprovecharse de ella, incurrirá en prisión de seis meses a seis años”.

Por su parte el código penal de 1890 lo definía diciendo que: “comete hurto el que quita o toma lo ajeno fraudulentamente, con ánimo de apropiárselo, sin fuerza ni violencia contra las personas ni las cosas. Este ánimo se presume mientras no se pruebe o resulte claramente lo contrario”.

Teniendo en cuenta la definición que da nuestro código del delito de hurto al formular los elementos integrantes de la infracción, precisa estudiar con algún detenimiento la significación y alcance de aquéllos, o sea:

- a). — sustracción;
- b). — cosa mueble ajena;
- c). — ausencia de consentimiento del ofendido; y
- d). — propósito de aprovechamiento o de lucro.

SUSTRACCION. — La sustracción significa el apoderamiento de una cosa, y así en varios códigos, entre ellos el argentino se define el hurto como “el apoderamiento ilegítimo de una cosa mueble, total o parcialmente ajena”. Hay apoderamiento cuando se realiza la aprehensión u ocupación de la cosa para ser trasladada del patrimonio de la víctima al del agente, cuyo propósito es aprovecharse económicamente de la cosa.

Punto de mucha discusión ha sido el de precisar en qué consiste propiamente la sustracción y cuándo se opera para la consumación del hurto. Haciéndose distinciones jurídicas de las etapas en el proceso del apoderamiento de una cosa, se han formulado varias teorías tendientes todas a precisar el momento consumativo del delito.

Citamos en primer lugar la *teoría de la ocupación*, de acuerdo con la cual el delito se perfecciona desde el mismo momento en que el agente aprehende la cosa. Por esta interpretación se inclina el doctor Jorge Gutiérrez Anzola en su obra “Delitos contra la propiedad”, pues en su concepto, “conforme a nuestra ley, habrá hurto además de llenarse los otros requisitos, por la simple aprehensión de una cosa, indiferentemente de los actos que el agente realice después de ejecutada la sustracción, por que la cosa puede ser tomada para abandonarla luego, y sería irri- tante suponer que no se ha cometido ningún delito”.

No parece que pudiera darse por cumplida la sustracción, y consecuentemente por consumado el delito de hurto, por el hecho de aprehender la cosa porque el proceso consumativo del hurto es más complejo y supone una traslación de la cosa mediante el apoderamiento, y en todo caso que el objeto del delito sale materialmente del patrimonio del ofendido.

La consecuencia más importante de la tesis anterior es la de que el delito no admite formas imperfectas de tentativa o frustración porque se consuma en todos los casos, si se afirma que la sustracción es la aprehensión. Los actos encaminados a este fin no podrían identificarse debidamente como preparatorios o ejecutivos del delito.

Una segunda teoría aparece fundada en el desplazamiento o remoción de la cosa, pero se la interpreta con diversos criterios, los cuales vamos a examinar someramente:

Para algunos el hurto se consuma cuando la cosa es removida de su lugar, simplemente, sin que sea necesario la traslación del objeto. Otros exigen para que el delito se perfeccione que la cosa haya salido, por acción del agente, del lugar donde se encontraba. Según González Roura, "esta doctrina, adopta un criterio de *protección física*, pues estima que la cosa está protegida por los muros, cercos, etc, que limitan el lugar, y que no hay apoderamiento mientras esas protecciones no han sido allanadas".

Otra tesis, fundada igualmente en la necesidad del *desplazamiento o remoción*, sostiene que el apoderamiento se opera tan solo cuando la cosa es removida de su lugar y puesta en condiciones propias para escapar a la tutela y cuidado del dueño, aunque no se opere una traslación completa al lugar fuera del de la comisión del delito.

En nuestro concepto para la existencia jurídica del hurto es indispensable interpretar el hecho de la *sustracción*, no sólo como la acción física de *aprehensión*, sino como verdadero apoderamiento de la cosa. Este concepto envuelve el desplazamiento material necesario para que la cosa quede, aunque sea en forma transitoria y muy precaria, bajo el dominio del agente y fuera del cuidado de la víctima. Admitir que el delito se perfecciona o consuma por la sola aprehensión entraña dar por cumplido un proceso delictivo cuando todavía los actos consumativos del hurto no han culminado.

Para la sustracción o apoderamiento (no obstante decir nuestra ley penal que "*el que sustraiga*") no se requiere la acción directa del agente es decir, que personalmente tome el objeto. Puede ocurrir la sustracción

por medios indirectos, distintos de los manuales. Sobre este particular el profesor JOSE IRURETA GOYENA, pone como ejemplos, el cazar aves ajenas con trampas, hacer pastar animales en predio ajeno, amantiar un ternero en vaca de un tercero, o apoderarse de bienes por medio de animales amaestrados.

#### —NATURALEZA DE LA COSA SUSCEPTIBLE DE HURTO —

Cumpléndose el hurto por sustracción o apoderamiento, resulta claro que la acción delictiva, sólo puede recaer sobre bienes muebles, únicos susceptibles de traslación.

El concepto de cosa mueble está definido por la ley civil, según las disposiciones ya transcritas, pero es de observarse que para los efectos penales no pueden operar las distintas ficciones consagradas por la ley civil en relación con este punto, pues el objeto de ellas en el derecho privado es resolver cuestiones relacionadas con los bienes en el solo campo civil. Para lo correspondiente a la ley penal es preciso aceptar un concepto más o menos general, y por ello se entiende como cosas muebles todas aquellas que pueden trasladarse o ser trasladadas por acción física. En consecuencia no puede influir, para determinar la naturaleza del delito, la clasificación ficticia que de los bienes hacen los artículos 657 a 661 del C. C.

No puede haber hurto de inmuebles porque por la naturaleza de esta clase de bienes es físicamente imposible la sustracción. El hecho se denomina penalmente despojo, forma en que puede realizarse el apoderamiento de inmuebles.

Es importante tener presente que las cosas muebles son siempre bienes corporales, es decir, "*que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos*". Esto para establecer que no puede haber hurto de bienes incorporeales, como acertadamente lo expresa el doctor Gutiérrez Anzola en su obra ya citada:

"Con respecto a ciertos bienes incorporeales suele hablarse del delito de hurto: tal cosa acontecería, por ejemplo, con un crédito. Esta idea debe ser rechazada también porque parece equivocada la posibilidad del hurto, a no ser que se crea que la sustracción de la escritura pública o del documento es lo que constituye el hurto del crédito, siendo así que la escritura pública o el documento no son el contrato en sí mismo sino la prueba de él".

"En los contratos consensuales que se perfeccionan por el consentimiento de las partes, lo que se hace constar en ellos es la expresión de

dicho consentimiento, pero no puede decirse sin error que el documento o la escritura sean el contrato, por eso no se puede admitir la posibilidad del hurto sobre ciertos bienes incorporales, como sería el hurto de un crédito”.

Se ha discutido por los tratadistas la naturaleza de algunos bienes en orden a definir si son o no susceptibles de hurto. Se trata de los llamados flúidos, como el vapor de agua, el gas, y especialmente la electricidad. La opinión más aceptada es la de que pueden calificarse como cosas muebles y ser, por lo tanto, susceptibles de sustracción. A este respecto dice el profesor González Roura:

“Es indudable, desde luego, que el agua, el vapor, el aire caliente, el gas, son cosas en el sentido de la ley civil; por que ocupan un lugar en el espacio, son cuerpos y pueden ser, por lo tanto desplazados y gobernados por el hombre, aunque algunos de ellos sean invisibles, impalpables, intangibles”.

“La verdadera dificultad se presenta con relación a la energía eléctrica, cuya naturaleza no está aún bien averiguada”.

“Esta dificultad aumenta si se considera que la ley, además de emplear la palabra *cosa*, cuyo significado de objeto corporal está bien precisado en la ley civil, emplea el vocablo *mueble*, que según el artículo 2.318 significa cosa transportable”.

Igual objeción podría hacerse frente a nuestro código civil, pero si se tiene en cuenta que el delito de hurto no requiere que la sustracción se realice por medios *manuales*, la objeción es inválida por que bien puede recurrirse a ciertos elementos conductores de la energía o a medios fraudulentos para sustraerla y aprovecharse de ella.

Insistiendo sobre este problema dice el profesor citado:

“En realidad, la energía eléctrica, por ser en cierto modo desplazable y constituir un bien comercial de tanto valor, ni puede ser equiparada a la simple propiedad de los cuerpos, como el sonido, y cabe más bien considerarla incluida en el concepto de *cosa mueble*, interpretación que tendría los antecedentes autorizados que quedan citados. Además no hay que olvidar que no siempre el significado de los vocablos empleados en la ley penal corresponde exactamente al que tiene en la ley civil...”

“Aparte de esto, la ley penal no tiene por qué estacionarse a la grupa de la civil, en materias en las que su dependencia no es necesaria. El mismo código civil se ha preocupado de fijar los caracteres de los bienes patrimoniales, considerándolos como materiales e inmateriales, y ha

llamado cosas a los primeros. Qué inconveniente habría, entonces, en considerar cosa a la energía eléctrica, puesto que es materia? Si, pues, se trata de un bien material desplazable y gobernable por el hombre, puede y debe considerárselo comprendido en el concepto de cosa”.

El elemento específico del hurto en relación con la naturaleza de la cosa, que debe ser *mueble*, reclama otro requisito indispensable para la integración del delito: la cosa tiene que ser *ajena*.

Este concepto exige algunas explicaciones: En primer lugar la calidad de ajena indica, con relación al delincuente, que la cosa no es suya, y en segundo, significa que pertenece a otra persona. No es indispensable que la cosa pertenezca al ofendido; bien puede pertenecer a un tercero, pero en todo caso, si la cosa es propia no hay delito de hurto, salvo el llamado delito imposible, que sí puede configurarse en los términos del artículo 18 del código penal.

Si la cosa no pertenece a nadie o está fuera del dominio del dueño por pérdida o extravío, no hay delito de hurto, y el hecho toma una denominación penal distinta. En nuestro código se contempla en el capítulo que trata del abuso de confianza y otras defraudaciones. No hay hurto porque la cosa no es propiamente sustraída, sino que el agente se limita a apropiársela, sin cumplir requisitos legales.

Las cosas que no pertenecen a nadie y las cosas abandonadas pueden ser adquiridas de modo legítimo, mediante ocupación, según lo establece la ley civil. Si hay delito es únicamente proveniente del hecho de apropiárselas el agente sin llenar las exigencias impuestas por la ley civil.

Del texto de la disposición que sobre hurto trae nuestro C. P. puede deducirse fácilmente que sólo en los casos en que el agente de manera fraudulenta se apodera de una cosa mueble ajena, precisamente animado del propósito de aprovecharse de ella, hay delito de hurto. Toda otra forma de apropiación para la que el agente no tiene que obrar en forma positiva en orden a la sustracción, como cuando se trata de cosas sin dueño, abandonadas o extraviadas, o que de manera fortuita van a poder del delincuente, encaja en las disposiciones a que hemos aludido (abuso de confianza y otras defraudaciones).

Otro problema plantea el concepto de cosa ajena. Ya dijimos que en primer lugar significa que la cosa no es del agente, pero puede ocurrir que sea copropietario y que por lo tanto pertenezca tanto a éste como a la víctima. La cuestión ha sido resuelta por varios códigos, los que, como el argentino, establecen que la cosa sea *total o parcialmente ajena*.

Frente a nuestra legislación el caso es difícil porque es preciso definir la situación del comunero frente a bienes proindiviso.

En nuestra opinión debe admitirse la hipótesis del hurto en esta clase de bienes porque aunque sean indivisos y el agente tenga un derecho sobre ellos, la acción delictuosa debe entenderse cumplida en cuanto al derecho de la víctima, que representa una cuota o parte de los bienes. No hay dificultad alguna, por causa de la comunidad, para determinar la cuota afectada y su calidad de ajena. Prueba de ello es que si un heredero a cuyo cuidado están muebles de la sucesión o inmuebles, dispone de ellos, vendiéndolos, por ejemplo, si tales bienes no le son adjudicados en la partición hay venta de cosa ajena, y los herederos afectados pueden reivindicar.

No obstante que este es el criterio de muchos códigos y la opinión de destacados comentaristas, el Dr. Gutiérrez Anzola sostiene, en el examen de nuestra ley penal en el artículo de que tratamos, que sólo puede admitirse el hurto si se ha verificado la partición y el heredero retiene bienes que no le fueron adjudicados y sobre los cuales sólo de manera ilícita podría ejercer dominio".

Una última condición puede afirmarse en relación con los bienes objeto del hurto, y que se precisa como nota común de los delitos contra el patrimonio: la cosa hurtada debe tener un valor económico, comercial, que permita suponer el daño al patrimonio. Sin embargo, el valor puede ser afectivo, en concepto de algunos autores, como CARRARA Y LISZT.

#### — AUSENCIA DE CONSENTIMIENTO —

No puede haber hurto si ha mediado el consentimiento del ofendido para que el agente tome la cosa o se la apropie. Ello porque sería absurdo hablar de una sustracción fraudulenta cuando el dueño de la cosa ha autorizado a otro para tomarla, no importa con qué fin u objeto. Podrá ocurrir un delito distinto, generalmente abuso de confianza, si recibiendo el agente la cosa o tomándola con consentimiento del dueño, se la apropia o la destina a un uso distinto del convenido.

Debe entenderse que la ausencia de consentimiento del dueño no se refiere exclusivamente al propietario, como podría colegirse del empleo de la palabra "dueño" sino a la persona que tenga la cosa a cualquier título.

#### — PROPOSITO DE APROVECHAMIENTO —

Los delitos contra la propiedad tienen un dolo específico: el aprovechamiento o lucro del agente. Aparece tan íntimamente incorporado al proceso delictivo, que es lo normal presumirlo, dada la propia naturaleza de estos hechos delictuosos. La presunción normal y humana que puede hacerse de la intención criminal del agente, no sólo en el hurto sino en todos los delitos contra la propiedad, se funda con toda lógica en las condiciones objetivas del proceso delictivo, porque quien trata de tomar para sí, de apropiarse cosas ajenas, apreciables por su valor económico, persigue hacer suyo o aprovecharse de un patrimonio al cual no tiene derecho.

Por excepción un hecho criminal que atente contra el patrimonio ajeno, una sustracción que dé al ilícito características externas de hurto, lo determina una intención distinta, un propósito diferente al del lucro. En tal caso no habría hurto, y el daño al patrimonio entrañaría un delito distinto.

El propósito de *aprovecharse* de la cosa sustraída supone no sólo que se afecta con el apoderamiento el patrimonio de la persona ofendida, sino que el agente pretende hacerla suya, o de un tercero, por cuanto no es indispensable que el beneficio económico sea siempre en provecho de quien hurta. Tampoco parece indispensable que para que haya aprovechamiento se pretenda realmente el dominio de la cosa hurtada, pues el aprovechamiento se extiende a todo concepto que indique lucro o utilidad, como el simple uso o empleo de la cosa.

#### — CALIFICACION DEL HURTO —

La calificación del hurto se opera generalmente en el sentido de agravación, por la concurrencia de ciertas circunstancias expresamente definidas por la ley, de orden específico. La calificación en sentido contrario, para restarle gravedad a la infracción y atenuar la responsabilidad del delincuente se produce excepcionalmente y en casos de los cuales trataremos más adelante.

Aunque en la parte general del código están enunciadas las circunstancias de mayor peligrosidad "que agravan la responsabilidad del agente", según el artículo 37, su efecto está limitado a una correcta individualización de la pena, dentro de los límites de duración de ésta para cada delito. Son circunstancias genéricas a las que no se les puede considerar propias para la calificación. Únicamente las específicas, determinadas para cada delito en particular, provocan la calificación del hecho.

Respecto del hurto nuestro C. P., trae en el artículo 398 circunstancias calificadoras, fundadas en conceptos propios para afirmar una mayor peligrosidad en el delincuente, por considerar de mayor necesidad la protección de ciertos bienes o por juzgar que la naturaleza de los medios empleados dan al delito una mayor entidad.

La calificación por obrar alguna o algunas de las circunstancias de que trata el artículo citado hace que *"la pena establecida en el artículo anterior (debe entenderse el artículo 1.º de la ley 4.ª de 1.943, sustitutivo del 397 del C. P.) se aumentará hasta en la mitad"*.

Examinaremos esas circunstancias:

**1º.—Aprovechando la confianza depositada por el dueño o tenedor de la cosa en el agente".**

Porqué opera como calificadora del hurto esta circunstancia?

Cuál es el alcance y significación de ella?

El hurto cometido "aprovechando la confianza depositada por el dueño o tenedor de la cosa en el agente", es aquél para cuya realización está el delincuente en favorables condiciones para un fácil acceso al lugar de la sustracción o para apropiarse la cosa, determinadas esas condiciones por la confianza puesta por el ofendido en el agente. El delito se cumple sin mayores riesgos para su autor y la apropiación es más segura, dado que por la falta de prevención del dueño o tenedor, sus bienes no son objeto de especial vigilancia o cuidado frente al delincuente.

Pero esta circunstancia, precisa advertirlo, no entraña más que un medio operativo del delito, sin que sea elemento constitutivo de él. En cambio en el delito de abuso de confianza estructura jurídicamente el hecho pero en este caso la cosa apropiada o de que se dispone por el agente está en su poder a título no traslativo de dominio. En el hurto, calificado por la circunstancia que comentamos, la cosa no ha sido entregada al delincuente y hay verdadera sustracción o apoderamiento.

La diferencia es importante porque en algunos casos se crea cierta confusión y se pretende hacer aparecer como abuso de confianza lo que es propiamente hurto. Así, por ejemplo, el dependiente o el empleado doméstico que se apropia cosas que están a su cuidado, dada la naturaleza del cargo, no comete abuso de confianza, sino hurto. La razón es que las cosas no le han sido entregadas o confiadas directamente, y por ende ninguna relación jurídica se ha establecido sobre el particular. El agente, en este caso, se aprovecha de una circunstancia de privilegio con-

sistente en la confianza puesta en él por el dueño, al dejar a su cuidado y a su alcance, pudiéramos decir, los bienes. En cambio el abuso de confianza supone siempre que la cosa apropiada está en poder del agente, entregada a él, sin que para la comisión del delito tenga que sustraerla.

Al darle la ley mayor gravedad al hurto por cometerse con la circunstancia que comentamos pretende tutelar más eficazmente los bienes cuya sustracción o apoderamiento es fácil de realizar dada la posición favorable del delincuente con relación a ellos.

**2º.—Sobre objeto cuyo valor fuere superior a dos mil pesos".**

La cuantía en los delitos contra la propiedad, y concretamente en cuanto al hurto, ha impuesto hasta cierto punto un criterio para la penalidad, no sólo en la legislación colombiana sino en todas, aunque con cierta técnica se ha reaccionado contra la tesis de hacer depender la pena de la cuantía, de modo absoluto o exclusivo.

La cuantía importa en primer lugar para determinar la competencia porque no habría en delitos contra la propiedad una base más adecuada para fijarla y definir el conocimiento de los jueces en esta materia. Pero en lo que respecta a hacer de la cuantía un elemento indispensable en la medición penal de la responsabilidad, el criterio no es muy aceptable y entraña una arbitrariedad. Es más propio, por ejemplo, atender a las circunstancias genéricas de mayor o menor peligrosidad, o al perjuicio ocasionado a la víctima del delito porque estos sí son factores de más efectiva valoración en el hecho criminal.

Debe tenerse en cuenta con relación al hurto que la penalidad inicial señalada por el artículo 1.º de la ley 4.ª de 1.943 establece una escala diferencial y que el prudente arbitrio judicial que supone es, precisamente para actuar, elevando o disminuyendo la pena, según las condiciones del delito.

Nuestro código hace la calificación del hurto cuando el valor del objeto fuere superior a dos mil pesos, atendiendo en este caso únicamente a la cuantía. Conviene tener presente para este efecto que el valor se concreta al precio comercial y real de la cosa hurtada y que para nada pueden influir en el avalúo conceptos distintos, únicamente considerables para la indemnización de perjuicios provenientes de la infracción.

La circunstancia que estudiamos no es la única que el capítulo de hurto trae. También se refiere a la cuantía en el artículo 399, haciendo

otra calificación más gravosa del hecho; en el artículo 400, que hace una modificación especial de la responsabilidad, cuando se trata de hurtos menores de doscientos pesos. De estos casos trataremos más adelante.

Si se compara el ordinal 2.º del artículo 398 con el artículo 399, ambos referentes a cuantías arbitrariamente fijadas por la ley, se observa que la calificación del hurto pudo hacerse de una manera más simple y técnica a la vez, fijando en primer término la penalidad ordinaria o común por el delito y armonizando, para la calificación el exceso de una determinada cuantía con la calidad y magnitud de los perjuicios ocasionados al ofendido. Pero prácticamente en nuestro código hay que examinar los hurtos según las siguientes cuantías: inferiores a doscientos pesos; inferiores a dos mil pesos; superiores a esta suma e inferiores a diez mil, y mayores de diez mil pesos; y sólo para algunas tiene real significación la magnitud del perjuicio causado a la víctima.

De mucho estudio fué para la Comisión Redactora del código este aspecto del hurto, como puede verse en las actas correspondientes, de las cuales transcribimos algunos conceptos emitidos en el curso del debate sobre el capítulo que examinamos:

“El doctor Lozano dice que su pensamiento sobre esta materia es poner una penalidad para el hurto en general y una agravante cuando el objeto o valor robado sube de determinada cuantía, y una atenuante cuando baje de otra suma que se fijará. Considera igualmente que es necesario atender al verdadero daño que se ocasiona a la víctima, pues no puede equipararse el hurto de la suma de cincuenta pesos hecho a una pobre anciana desvalida, usando de traición y perfidia, por parte de una persona a quien se debe especial gratitud o en quien ella ha depositado su confianza, que el hurto hecho por la misma cantidad a una entidad bancaria....”

“El doctor Cárdenas manifiesta, en desarrollo de lo expuesto en la sesión anterior, que en esta materia no ha tenido en cuenta únicamente la cuantía, sino que apenas es ella uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para fijar la penalidad, pues el Juez no puede prescindir de analizar las circunstancias de mayor o menor peligrosidad ya adoptadas en la Parte General, al aplicar la sanción en cada caso concreto. Por otra parte, la fijación de la cuantía no implica la adopción de un criterio matemático, puesto que se deja un amplio margen dentro de un máximo y un mínimo, para que el Juez pueda moverse con cierta extensión. Es preciso poner atención en el hecho de que en la fórmula que ha presentado, no sólo se atiende en gran amplitud al elemento de la cuantía, sino que también se varía la calidad de la pena partiendo del

arresto hasta llegar al presidio; y como entre tales penas hay una diferencia fundamental no sería justo que por sólo un hurto de diez pesos se aplicara prisión o presidio. Con relación al robo, como dijo ya en ocasión pasada, se prescinde de la cuantía, porque el hecho de emplear violencias o amenazas sí revela en el agente una gran peligrosidad con independencia del daño que pueda causar, daño que, por otra parte, no puede ser criterio único para la fijación de la pena”.

“El doctor Lozano dice que no se explica por qué ha de quedar el juez esclavizado en el hurto por la cuantía y no por otras circunstancias. Cree lo más conveniente o acertado fijar en general una pena y luego adoptar una agravante para el caso de que la cuantía pase de determinada suma, y una atenuante para cuando no llegue sino a cierta cantidad. En esa forma no se prescinde absolutamente de la cuantía, pero tampoco se adopta como único criterio para este delito, en el cual es necesario tener en cuenta también la calidad de las víctimas, su posición pecuniaria y el daño real y efectivo y no el daño teórico, pues no es lo mismo sustraer una cosa de poco valor a una persona rica que a una pobre. Por otra parte, no encuentra lógico que se tenga en cuenta la cuantía tratándose de hurto y se prescinda de ella en lo relativo al robo, pues en el fondo ambos son delitos contra la propiedad, y como lo anota el doctor Escallón, en verdad la violencia sólo debe tenerse en cuenta como un agravante; pero no para conservar la denominación adoptada de hurto y robo debe agravarse la pena en tratándose de este último delito, y tener en ambos en cuenta la cuantía, pero no como criterio único, sino apenas como concurrente de otras circunstancias que deben especificarse en esta parte del código, así como se ha hecho con otros delitos especiales sin atenderse únicamente a las circunstancias de índole general adoptadas en el libro primero del Proyecto”.

De acuerdo con la agravación que establece el ordinal de que tratamos, el aumento se produce cuando el valor de lo hurtado es superior a dos mil pesos. Hurtos que representen un valor inferior a esta suma se sancionan, por lo general, en la forma ordinaria señalada por el artículo 1.º de la ley 4.º de 1.943, salvo que concorra otra u otras de las circunstancias del art. 398. Pero si el hurto es inferior a doscientos pesos, puede ocurrir la aplicación del artículo 400, si se llenan las exigencias de esa disposición especialísima de atenuación del delito. Los hurtos superiores a diez mil pesos se rigen por el artículo 399 —segunda calificación por la cuantía— y los inferiores a esta cifra, pero superiores a dos mil, pueden caer bajo la sanción del mismo texto legal o quedar comprendidos en el 398, según sea el perjuicio ocasionado a la víctima.

Como se ve, es un tanto complejo el sistema adoptado por el código en materia de hurto. Por fortuna no fué ese el mismo criterio para los demás delitos contra la propiedad, en los que, sin dejar de ser la cuantía un factor valorativo de la responsabilidad, se simplificó su operancia.

### 3º.—Aprovechando una calamidad pública o privada, o un peligro común.

Con la denominación de *calamitoso* identifican los tratadistas esta forma de hurto. Ocurre cuando el delito se comete por el agente aprovechando la situación anormal que se deriva de un acontecimiento infortunado, que entraña calamidad pública o privada, o un estado de peligro común. Hay calamidad pública, por ejemplo, con motivo de incendio, inundación, descarrilamiento, explosión, etc; calamidad privada, por las mismas causas, por accidente, enfermedad, duelo, etc., y peligro común, con ocasión de una rebelión, una asonada, etc.

Evidentemente quien hurta en las anormales circunstancias consignadas en el ordinal que estudiamos denuncia un grado de peligrosidad mayor como delincuente y una manifiesta perversidad, como que no sólo aprovecha el desconcierto de los demás o la situación conflictiva que afrontan, sino que hace de esos factores un recurso para el éxito y seguridad de su cometido criminal.

No importa para la calificación que el designio criminal de atentar contra el patrimonio ajeno se forme precisamente con ocasión del estado calamitoso. Es suficiente que el agente se aproveche de él o que proceda a cumplir su delito en las condiciones anormales de que da cuenta la disposición.

Sobre este ordinal expresa el doctor Gutiérrez Anzola:

“La razón jurídica de la agravación, se desprende del mayor peligro y perversidad que representa quien se aprovecha de las circunstancias adversas. Basta, por consiguiente, que el hecho se materialice en pleno infortunio o desastre para que la agravante entre en juego sin más consideraciones y parece que juzgado en estos términos, se pone más de acuerdo con el criterio positivo del peligro que socialmente representa quien se convierte en protagonista del hurto en esta situación. En esta, como en las demás agravantes previstas por la Ley, no debe perderse de vista que el juzgador posee un arbitrio bastante amplio para considerar cuándo y en qué forma puede estimarse la existencia de la calamidad o del peligro, pues ocurre que algunos comentaristas sugie-

ren innecesarias conjeturas acerca de lo que debe entender por desastre o por calamidad y llegan hasta citar una serie de casos sobre cuya solución nada podría afirmarse apriorísticamente”.

### 4º.—“De noche, o introduciéndose en edificios o lugares destinados a habitaciones”.

Dos son las circunstancias contempladas en este ordinal: *la nocturnidad* y el introducirse en edificios o lugares destinados a habitaciones.

Se califica el hurto cometido de noche, independientemente de toda otra circunstancia por suponer la ley, con todo fundamento, la mayor facilidad para llevar a término el delito, como que es menor la protección sobre los bienes que puede ejercer la víctima, menor la vigilancia de las autoridades y más propicias las condiciones nocturnas en toda forma para el ladrón. No se refiere esta circunstancia propiamente a íntima peligrosidad del delincuente, sino que se la estima para agravar la responsabilidad en orden a una mayor protección de los bienes.

También gozan, por disposición de este numeral, de especial protección los bienes que se encuentran en edificios o lugares destinados a habitaciones, pero no resulta indispensable para la calificación del hurto la presencia de moradores o habitantes en tales edificios o lugares. Los términos de la disposición son bastante amplios y por lo tanto comprenden no sólo el domicilio familiar sino todos aquellos lugares que tienen por objeto servir de habitaciones (apartamentos, hoteles, edificios de inquilinato, etc).

Esta circunstancia, como la anterior, no es revelativa de condiciones de peligrosidad del agente. Es también un privilegio tutelar sobre los bienes colocados como patrimonio de la persona dentro de un círculo de protección constituido por su domicilio, habitación, etc.

### 5º.—“Por tres o más personas reunidas o por una sola disfrazada o que se finja agente de la autoridad”.

Aquí la calificación del hurto depende de la pluralidad de delincuentes, o del empleo de ciertos artificios que faciliten la comisión del delito o la impunidad del responsable.

Para el primer caso exige la disposición que intervengan tres o más personas reunidas, es decir, con más precisión jurídica, en concurso recíproco. El número señalado por el ordinal que estudiamos es en cier-

to modo caprichoso, pero en contrario de algunos comentaristas, consideramos acertada la causal de calificación.

La participación de varios delincuentes en la comisión del hurto es un factor ponderativo de la responsabilidad e indiscutiblemente da mayor gravedad a la infracción. Plurales recursos puestos al éxito de la empresa criminal facilitan no sólo el apoderamiento o sustracción, sino que permiten asegurar el producto del delito y burlar los medios ordinarios de vigilancia. En toda forma, un hecho de esta naturaleza llevado a término por varias personas provoca la indefensión del patrimonio y hace más precaria la protección de los bienes, ya sea con relación al ofendido, a los medios físicos de protección o a la tutela del Estado.

La concurrencia de tres o más personas se entiende en la forma simple de complicidad ( concurso de delincuentes) y también comprende la *asociación para delinquir* o cuadrilla, que para los delitos de robo se estima como circunstancia de calificación, a la vez que conserva su fisonomía de delito formal, sancionado por el código en el Título que trata "*De la asociación e instigación para delinquir y de la apología del delito*". No hay diferencia, pues, en cuanto al hurto, cuando es cometido por tres o más personas reunidas, que no integran legalmente una asociación para delinquir, o cuando se lleva a efecto por delincuentes que sí se han asociado para delinquir, es decir, cuadrilleros. Otra cosa ocurre en el robo, como tendremos ocasión de verlo al estudiar el artículo 404. Pero no debe olvidarse que, tratándose de hurto o robo, si hay asociación para delinquir resulta un concurso formal de delitos.

El empleo de disfraces por el agente sólo revela un recurso criminal más o menos habilidoso para eludir su identificación y ponerse a salvo de la justicia. Como medio astuto del delincuente revela, a no dudarlo, su peligrosidad e incluso, una cierta ponderación en la preparación del delito. Por su parte, el fingirse agente de la autoridad también entraña un hábil y propicio medio para operar el agente, e indica, como el anterior, una mayor peligrosidad del delincuente. Es, pues, lógica y prudente, la calificación en estos casos, que suponen el empleo de recursos extraordinarios para la más fácil consumación del delito.

6°.—“Sobre equipajes de viajeros en cualquier clase de vehículos, estaciones, muelles, hoteles u otros establecimientos donde se expendan alimentos o bebidas”.

Realmente la circunstancia contemplada en este ordinal no se explica sino desde un punto de vista objetivo de un mayor afán de la ley por

proteger, con penas más severas, aquellos bienes que están expuestos a una fácil sustracción, como ocurre con los equipajes en estaciones, muelles, hoteles, ferrocarriles, bares, etc. Es obvio que tales objetos no pueden ser vigilados convenientemente y que una serie de factores los ponen más al alcance del ladrón que los demás bienes. Además, la experiencia lo ha demostrado, abundan los delitos en lugares como los citados y la misma facilidad de comisión ha ido formando una delincuencia contra la propiedad especializada en esta clase de hurtos.

Puede afirmarse que la circunstancia no tiene otro fundamento que el de protección y que en tales delitos no es dable presumir la peligrosidad del agente, pero es aceptable la calificación no sólo por el aspecto enunciado, sino también como medida para combatir el carácter habitual o crónico de esta delincuencia.

7°.—“Sobre cabezas de ganado mayor, o de ganado menor que formen parte de un rebaño o que estén sueltas en dehesas o caballerizas”.

Es este el delito conocido con el nombre de *abigeato*, tradicionalmente tratado en nuestra legislación con un rigor especial, en orden a defender una de las industrias más valiosas del país y la más amenazada como fácil objeto de delito, dada la inseguridad rural y la imposibilidad de una adecuada protección por parte de las autoridades.

En el laudable propósito de hacer una legislación protectora de la industria ganadera se han dictado innumerables disposiciones, sustantivas y reglamentarias, pero sin que la abundancia de estatutos legales haya logrado resolver satisfactoriamente el problema. Al contrario, el resultado práctico ha sido dificultar hasta el extremo el juzgamiento de los delitos de hurto y robo de ganado y hacer en extremo complejo el sistema de represión, como vamos a verlo del examen de las disposiciones legales vigentes.

En primer lugar estudiaremos el ordinal 7.º copiado atrás. Según esta disposición el hurto de ganado mayor o menor se califica no únicamente por la naturaleza de los bienes sobre los cuales recae el delito, pues exige como condición que las cabezas de ganado mayor o menor formen parte de un rebaño o estén sueltas en dehesas o caballerizas. Quiere decir, entonces, que si las cabezas de ganado no están en una de esas dos situaciones, el hurto es común y no hay lugar a la calificación. La distinción en nuestro concepto es absurda y debiera radicarse la agravación atendiendo exclusivamente a la naturaleza de los bienes, para una general protección de la industria.

La legislación penal anterior era, sin duda alguna, más propia, pues el artículo 2.º de la ley 60 de 1911, incorporado en el código penal establecía simplemente que “*por el hurto y robo de ganado mayor se impondrá el doble de las penas señaladas en el código penal para los respectivos casos*” aunque omitió la agravación tratándose de hurto o robo de ganado menor.

La disposición del C. P. vigente en lo relativo a la penalidad del hurto subsistió hasta la expedición de la ley 4.ª de 1.943, que elevó las sanciones en delitos contra la propiedad e hizo más gravosas las condiciones del proceso en estos casos. Pero antes de la expedición de esta ley se dictaron disposiciones que se refieren concretamente al delito de abigeato, a saber:

a).—Ley 50 de 1.939.

Adicionó el artículo 8.º de la ley 48 de 1.936 (la llamada Ley Lleras) para comprender en simple caso de ratería y someter a los responsables a un régimen fuerte de policía, hechos que asumen condiciones de hurtos o tentativas de hurto de ganado mayor. Al mismo tiempo fijó la competencia para conocer de los delitos de hurto y robo de ganado mayor en los Juzgados de Circuito, sin consideración a la cuantía, y suprimió el beneficio de libertad provisional consagrado por el código de procedimiento Penal para el hurto de cuantía inferior a doscientos pesos (ordinal 16 del artículo 406).

Dice así el artículo 1.º de la ley 50 de 1.939:

“Adiciónase el artículo 8.º de la Ley 48 de 1.936 así:

Son rateros:

- g).—Los que hayan sido sindicados por dos o más veces por hurto o robo de ganado mayor y concurren uno o varios de los hechos siguientes: sean sorprendidos en el acto de sustraer o de pretender sustraer una o varias reses; o que en su poder se encuentren ganados, con marcas deformadas, anuladas o adulteradas, o pieles de ganados, siempre que no expliquen satisfactoriamente su legítima procedencia; o que deformen las marcas de ganados con señales distintas de las que usan sus dueños y sin consentimiento de éstos.

Art. 2º.—Cuando no sea aplicable la disposición anterior, de los delitos de hurto y robo de ganado mayor conocerán en adelante los jueces de Circuito. Los procesados por estos delitos no gozarán del beneficio de excarcelación”.

La ley 48 de 1936 fija, por su parte, en el artículo 10 una pena de reclusión de dos a seis años en colonia penal agrícola para los rateros, y en su artículo 12 establece que “corresponde a los Jueces de Policía Judicial o de prevención, en donde existan, y a los Alcaldes Municipales en los demás sitios, el conocimiento de los hechos determinados en la presente Ley”.

La ley 4.ª de 1.943, sobre seguridad rural, dió especial fisonomía penal a ciertos hechos atentatorios que recaen sobre el ganado y que afectan en distinta forma la propiedad, sin distinguir entre ganado mayor y menor. Unos de esos hechos son tentativas de hurto o robo, otros hurtos o robos propiamente, o abusos de confianza, (véanse arts. 17 a 21 de la Ley 4.ª de 1.943). Por último, la misma ley 4.ª de 1.943, por el artículo 4.º dispuso que no habrá excarcelación para los procesados por hurto o robo de ganado, ni beneficio de condena condicional para los condenados por tales delitos. En esta forma la prisión preventiva se hizo común para hurto o robo de ganado mayor o menor.

La lectura de todas las disposiciones existentes sobre hurto y robo de ganado mayor permite afirmar que es caótica, contradictoria y absurda la legislación: para definir las penas; para establecer la naturaleza del delito; para fijar la competencia y deslindar la jurisdicción policiva de la judicial.

8º.—“Sobre objetos que por necesidad, por costumbre o destinación, se confían a la fé pública”.

Una mayor protección se trata de prestar con esta circunstancia calificadora del hurto a ciertos bienes que por especiales condiciones no pueden ser vigilados o cuidados en la forma ordinaria por sus dueños, quedando esta función como un deber público de los asociados. Por tres conceptos distintos quedan los expresados bienes a la buena fe y confianza de los asociados: por *necesidad*, por *costumbre* o por *destinación*.

Es lo normal que con relación a estos bienes haya un interés común de los asociados por el servicio a que se destinan, como el ornato o embellecimiento de calles, plazas, etc., pero no es indispensable que

sean de propiedad del Estado y bien puede tratarse de cosas de dominio exclusivo de los particulares.

La agravación que comentamos hace referencia a los delitos ordinarios de hurto, pues en orden a una especial protección de ciertos bienes, también confiados a la fé pública, la ley 4.<sup>a</sup> de 1943, sobre seguridad rural, construyó una figura penal sui-géneris, que aparenta características de delito contra la integridad colectiva, pero con la cual se procura igualmente sancionar una infracción contra el patrimonio. Del texto de la disposición al respecto se desprende que el hecho integra una dualidad penal y que da lugar al concurso de delitos cuando se deriva la posibilidad de un siniestro o un peligro común. De no crearse esa posibilidad, indispensable para que haya delito contra la integridad colectiva, el hecho, que entraña un daño a la propiedad se reprime en los términos del artículo 22 de la ley 4.<sup>a</sup> de 1943, que dice:

*“El que destruya, corte o arranque los elementos de las vías ferreas, estructuras metálicas de caminos y carreteras, líneas telefónicas, telegráficas o eléctricas, tuberías metálicas de acueductos, elementos metálicos de cables aéreos, o el que ejecute los mismos actos con los alambres de púas o postes de madera que sirvan de cercas a los predios rurales o los delimiten, incurrirá en prisión de tres meses a dos años, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 256 y 258 del Código Penal”.*

PARAGRAFO.—*Los reos de los delitos de que trata este artículo no podrán gozar del beneficio de excarcelación durante el proceso, ni serán acreedores a la condena condicional”.*

— CALIFICACIONES ESPECIALES DEL HURTO POR RAZON DE LA CUANTIA —

Ya en el ordinal 2.<sup>o</sup> del artículo 398 del C. P. dispuso la calificación del delito de hurto cuando se comete “sobre objeto cuyo valor fuere superior a dos mil pesos”, pero aparte de esta disposición el artículo 339 creó una nueva y más gravosa calificación para hurtos de cuantía superior a diez mil pesos, o que, tratándose de cuantía inferior “ha ocasionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia”.

Art. 399:—“La pena establecida en el artículo 397 (debe entenderse artículo 1.<sup>o</sup> de la Ley 4a. de 1943)

se aumentará hasta el doble si la cuantía de lo hurtado fuere superior a diez mil pesos, o siendo inferior, ha ocasionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia”.

En relación con este artículo conviene observar:

1.<sup>o</sup> — La cuantía señalada es en un todo arbitraria y no se vé una razón fundada para su determinación, fuera de la presunción por parte del legislador de representar objetivamente un grave daño al patrimonio el hurto cuyo valor exceda la cifra referida.

2.<sup>o</sup> — Hubiera sido más propio y más acomodado a la naturaleza del delito formular una sola calificación del hurto por causa de la cuantía, bien fuera la del ordinal 2.<sup>o</sup> del artículo 398 o la contenida en el 399, pero consultando, como en esta última disposición, los dos factores estimativos: valor de lo hurtado y daño causado al ofendido.

3.<sup>o</sup> — Es un tanto difícil establecer en el proceso penal cuándo el delito “ha ocasionado a la víctima graves dificultades para atender a su subsistencia”, requisito éste indispensable para que el hecho se califique tratándose de hurtos por cuantía inferior a diez mil pesos. La valoración de las dificultades dependerá en mucho de apreciaciones subjetivas que colocan al Juez en un terreno de hipótesis y conjeturas impropio para la correcta aplicación de la ley penal.

— ATENUACION DEL HURTO —

No son propias al hurto causales de excusa o atenuación, como que por lo común se califica para agravarlo. Sin embargo nuestro código coloca en condiciones especiales de atenuación este delito cuando la cuantía es inferior a doscientos pesos. Es cierto que la atenuación no depende únicamente de la cuantía ya que el espíritu de la disposición es favorecer la delincuencia ocasional, limitando sí la gracia a los hurtos de poco valor.

Es de notarse que los delitos contra la propiedad abundan especialmente en esta escala de menor cuantía, por lo que, hasta cierto punto,

parece contraproducente la atenuación de la penalidad consagrada por el artículo 400. Pero es de observarse también, que muchos delitos de hurto son cometidos por personas ocasionalmente comprometidas en atentados contra la propiedad por influencia de factores económicos y sociales, que no todas pueden moralmente superar. Hay, de otra parte, una verdadera delincuencia habitual dedicada a hurtos de cuantía menor con relación a la cual no cabría invocar atenuación alguna con base en la sola cuantía del delito. Por ello estimamos que es prudente el arbitrio del artículo 400 y justificada la atenuación o disminución de la pena, pero entendiéndose que únicamente debe concederse cuando el delincuente no revele peligrosidad alguna, lo que puede ocurrir con algunos delinquentes de ocasión.

Exige la disposición que "las circunstancias personales del responsable no revelen mayor peligrosidad", lo que quiere decir que para la correcta aplicación del artículo precisa evaluar la personalidad del agente, individual y socialmente considerada. Las circunstancias personales no se limitan a un examen aislado de condiciones íntimas sino que comprenden también las que se relacionan con el hecho delictuoso, como los motivos determinantes y las causas sociales del delito.

Dice así el artículo 400:

**"Cuando el valor de lo hurtado sea inferior a doscientos pesos, y las circunstancias personales del responsable no revelen mayor peligrosidad, puede el Juez reducir la pena hasta la sexta parte del mínimo correspondiente y sustituir el arresto a la prisión".**

Como puede verse del texto de la disposición la atenuación del hurto puede referirse al delito simple contemplado en el artículo 397 (1.º de la ley 4.º de 1.943) o al calificado en el artículo 398, salvo el caso del ordinal 2.º De esta suerte puede ocurrir que el delito se agrave y se atenúe al mismo tiempo, lo que no deja de ser contradictorio y aberrante.

#### **El perjuicio de la víctima como criterio para la fijación de las penas**

Expresamente dispone el artículo 401 de nuestro C. Penal que para la fijación de las penas por los delitos de hurto y las que se impongan por cualquier otro delito contra la propiedad, deberá tenerse en cuenta la magnitud del perjuicio sufrido por la víctima, de acuerdo con sus

condiciones pecuniarias. Esta disposición que debió colocarse con más propiedad y ordenamiento en el capítulo VI del título que estudiamos no estatuye realmente una circunstancia modificativa de la responsabilidad y su efecto se limita al común de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad contempladas en los artículos 37 y 38 de la parte general del Código.

La apreciación que el Juez haga del perjuicio económico resultante a la víctima del hurto o de otro delito contra la propiedad servirá para la fijación de la pena dentro de la escala señalada en la respectiva disposición. Pero aparte del mérito propiamente calificador que de la magnitud del perjuicio hace el artículo 399, lo dispuesto en el artículo 401 es apenas circunstancia genérica de mayor o menor peligrosidad.

Conviene observar que la parte general del código considera algunas circunstancias revelativas de peligrosidad del agente del delito, cuya apreciación hay que hacer en orden a una correcta individualización de la pena, lo mismo que las que indican menor peligrosidad. Pero en cuanto al hurto muchas de esas circunstancias son tomadas para calificar el delito, como puede verse en el artículo 398. Esto determina que sólo puedan tomarse en cuenta como calificadoras, de acuerdo con el inciso 1.º del artículo 37.

## **ROBO**

Al estudiar el delito de hurto tuvimos ocasión de observar que nuestro código, respetando denominaciones "demasiado arraigadas en nuestra terminología jurídica", siguió el sistema de darle al robo fisonomía propia, criterio éste adoptado por muy pocas legislaciones ya que robo se acomodaría mejor a la simple condición de hurto calificado, por cumplirse la sustracción o apoderamiento por el empleo de medios violentos.

El delito de robo se integra con los elementos constitutivos del hurto, pero ofrece además, como nota propia y característica la *violencia*. Esta condición específica del robo será la que estudiemos con algún detenimiento, pues en relación con sus elementos generales son suficientes las explicaciones dadas en el capítulo anterior, aunque será preciso aclarar un poco el problema del dolo, por causa de la reforma introducida al artículo 402 del C. P. por el artículo segundo de la ley 4.º de 1.943.

Decía el artículo 402:

“El que por medio de violencias a las personas o a las cosas, o por medio de amenazas, se apodere de una cosa mueble ajena, o se la haga entregar con el propósito de aprovecharse de ella, incurrirá en prisión de ocho meses a seis años. La misma sanción se aplicará cuando las violencias o amenazas tengan lugar inmediatamente después de la sustracción de la cosa y con el fin de asegurar su producto u obtener la impunidad”.

El artículo segundo de la ley 4.ª de 1943 sustituyó el primer inciso de la disposición anterior, para elevar la pena del robo, crear una forma de violencia presuntiva y eliminar el propósito de aprovechamiento, como dolo específico en el delito:

“El que por medio de violencias a las personas o las cosas, o por medio de amenazas, abusando de la debilidad de un menor, se apodere de una cosa mueble ajena o se la haga entregar, incurrirá en prisión de uno a ocho años”.

El hurto requiere el propósito de aprovechamiento, según el artículo 397 del código. No hay razón para que el robo no lo requiera, pues como ya dijimos, la única diferencia entre los dos delitos es el empleo de la violencia para el último. Si la ley lo suprimió de manera expresa, más quiere indicar la presunción del ánimo que su desconocimiento. De otra parte, ya tendremos ocasión de verlo, hay delitos contra la propiedad (daños o defraudaciones) que no alcanzan a configurar hurto o robo, precisamente porque el agente procede con un dolo específico distinto (venganza, por ejemplo), con lo que está indicando que el robo requiere un propósito de aprovechamiento, en cualquier forma, de la cosa.

#### — LA VIOLENCIA COMO ELEMENTO CONSTITUTIVO DEL ROBO —

Es la violencia lo que caracteriza el delito de robo, en tesis general, y puede ser: *física o material, moral y presuntiva*. Decimos en general, porque también hay robo cuando la sustracción o apoderamiento se rea-

liza con el empleo de ciertos medios fraudulentos o artificiosos, como el escalamiento, el empleo de llaves falsas o sustraídas, etc., que realmente no entrañan *violencia*, pero a los cuales la ley les ha comunicado esa condición para integrar el delito. Este sistema es artificioso y por ello en códigos que separan el hurto del robo, cuando se emplean medios como los citados, hay hurto calificado.

*Violencia material*.—Es aquella que se ejerce físicamente sobre las cosas, bien sea sobre el objeto mismo del delito o sobre aquellos que le sirven de protección, de manera inmediata o mediata. Puede también ejercerse violencia física contra las personas. La violencia a las cosas se denomina propiamente *fuerza*.

*La violencia moral*.— Sólo puede recaer sobre las personas. Esta forma de coacción, en opinión de algunos, es propia al delito de extorsión y no del robo, en el que la violencia debe ser física. Sin embargo, tanto la violencia física como la moral, pueden presentarse en el robo, sin que pueda decirse que sea exclusiva de la extorsión ésta. Hay que tener presente que para el último delito la amenaza de daño obra directamente sobre la víctima, mientras que en el robo puede amenazarse de inmediato, tanto a la víctima como a terceros que pudieran impedir la comisión del delito. Ya veremos al examinar el delito de extorsión cuáles son las diferencias que ofrece con el robo.

Ocurre la violencia moral en el robo cuando el agente sin recurrir a medios que impliquen física y materialmente a la persona, la coacciona por el temor, amenazándole un daño inmediato a ella o a un tercero. Es entendido que en este caso la violencia moral inhibe la acción defensiva o repulsiva de la víctima contra el agente, lo mismo que en la extorsión, pero con la diferencia de que la amenaza de daño es inmediata en el robo y futura en el otro delito.

*Violencia presuntiva*.—Es un caso especial de violencia que para el robo estableció el artículo 2.º de la ley 4.ª de 1943. Aunque realmente no se haya cometido el delito empleando violencia física o moral contra la persona, el hecho de que el agente se apodere de la cosa abusando de la debilidad de un menor, crea presuntivamente el elemento violencia porque la ley supone en ese caso la incapacidad del menor para oponerse a la apropiación o defender el patrimonio. Esta forma de violencia es moral.

Debe la violencia ser anterior al apoderamiento?

Este es un punto un tanto difícil de precisar, especialmente si se

trata de violencia o fuerza a las cosas. Por lo general la fuerza a las cosas se emplea como medio para llevar a término el apoderamiento o sustracción, lo que quiere decir que se incorpora al delito en condición de recurso preparatorio, ejecutivo o consumativo. Por excepción se presenta la violencia física contra las cosas una vez cumplido el evento criminal. No ocurre lo propio con la violencia física o moral ejercida sobre la persona porque tal medio sí puede emplearse por el ladrón después de la sustracción, "con el fin de asegurar su producto u obtener la impunidad".

Nuestro código no distingue nada en relación con la violencia posterior. Exige sí para considerarla como elemento del delito uno de los fines especificados en el inciso segundo del artículo 402. Si se atiende a ellos podrá entenderse que la única oposición que podría poner en peligro el objeto robado o la impunidad del responsable sería la proveniente de actos humanos, por lo que es lógico estimar que la violencia posterior se refiere a la ejercida contra las personas.

Como elemento constitutivo del delito la violencia a las cosas no puede ser al mismo tiempo una infracción distinta por el hecho de causarse daños a las propiedades o a los bienes. Tales daños se incorporan al delito de robo y no podría deducirse en ningún caso una doble responsabilidad.

De igual manera no podría haber violación de domicilio por el hecho de introducirse el ladrón de manera clandestina o violenta a una casa o habitación porque tal acto es solamente un medio para la realización del ilícito.

Respecto a la violencia a las personas precisa distinguir: si ellas han producido un daño a la integridad física (lesiones) o la muerte, el hecho adquiere condiciones propias de delito contra la integridad personal y concursa con el robo; si no ha causado daño alguno, la violencia es únicamente elemento del delito contra la propiedad.

#### — CALIFICACION DEL ROBO —

La integración más o menos similar que ofrecen el hurto y el robo trae como consecuencia el que los motivos de agravación y atenuación del primer delito sean aplicables al segundo, en términos generales. Por esta razón, en nuestra ley penal, por mandato del artículo 403, se consideran como agravantes o atenuantes del robo los casos fijados en los artículos 398, 399 y 400 del C. P.

La calificación general resultante por aplicación de los artículos

398 y 399 es plenamente admisible, dado que las causales señaladas en estas disposiciones revelan en efecto una mayor gravedad del hecho, sea hurto o robo. Pero si es aceptable la agravación para el robo común definido y sancionado por el artículo 402, la atenuación para el caso del artículo 400 de ninguna manera se justifica. Ello porque el delito de robo, por la naturaleza misma de los medios a que recurre el agente, indica siempre una mayor peligrosidad del delincuente, sin que pueda decirse que para la apreciación de la temibilidad influya la cuantía del delito. Sobre este punto expresaba con sobrada razón el Dr. Cárdenas en la comisión de Reformas Penales, que la atenuación "no se justifica dentro de la teoría de la peligrosidad, porque el delincuente que ejecuta violencias en las personas o en las cosas para robar revela ya una temibilidad que no puede exigir una atenuación de pena aunque la suma sustraída sea insignificante, y como lo observa muy bien Carrara, el individuo que apela a esos medios para cometer un delito contra la propiedad, aunque la suma sea insignificante, revela una gran capacidad delictuosa. La misma pequeñez del objeto robado hace un juego muy distinto del ordinario: se atenúa es verdad el daño inmediato, por consiguiente la cantidad material del delito; pero el daño mediato, o sea la cantidad política del mismo, se acrece tanto cuanto disminuye el valor de lo robado".

Hay, de acuerdo con el artículo 403, agravaciones y atenuaciones de orden general para el robo, pero entendiéndose que sólo operan en relación con el delito ordinario o común del artículo 402.

Pero aparte de estas formas de calificación hay otras fundadas en circunstancias específicas del robo, no aplicables al delito de hurto, las que aparecen consignadas en el artículo 404 del cual vamos a ocuparnos a continuación.

Fija el artículo citado la pena de tres a catorce años de presidio cuando el delito se comete en algunos de los casos allí taxativamente enumerados. La agravación depende de distintos factores, pero fundados todos ellos en la especial forma que reviste la violencia o en el empleo de ciertos recursos para burlar la protección normal del patrimonio.

Son estas las circunstancias específicas de calificación, en el orden seguido por el artículo 404:

1°.—"Si se cometiere en despoblado o con armas".

Se trata de dos circunstancias absolutamente distintas: a). —co-

*meterse el robo en despoblado, y b) emplear armas para su comisión.*

El robo cometido en despoblado, bien ejerciendo violencia contra las personas o contra las cosas, aunque no se empleen armas, reviste mayor gravedad por la imposibilidad en que por circunstancias de lugar se encuentra la víctima para defenderse y defender su patrimonio. La falta de vigilancia, la ausencia de moradores y en general, la dificultad para la persona obtener auxilio, son factores determinantes de indefensión, cuyo aprovechamiento facilita la comisión del delito. Es, pues, la indefensión personal y patrimonial el motivo de la calificación del robo en este caso.

Cuando el robo se comete con armas la agravación tiene el mismo fundamento: la *indefensión*; pero debe advertirse que el delito puede ocurrir lo mismo en lugar poblado que en despoblado. El empleo de armas no requiere, para que surja la calificación, que efectivamente el agente del delito las use para su realización. Es suficiente su sola exhibición, la ostentación de ellas, pues lo importante es que influyan sobre la víctima para atemorizarla o intimidarla. El solo hecho de portar armas el agente, cuando el ofendido no se ha percatado de ellas, ni han podido ser causa de intimidación, no da lugar a que el robo se califique en las condiciones del artículo 404. Esto es obvio porque la agravación depende, precisamente, de recurrir el delincuente a un medio eficaz para inhibir, por temor, la defensa de la víctima. Es de advertir, también, que para que haya robo en estos casos, es indispensable la violencia, como elemento constitutivo del delito.

2º.—“Si los autores, siendo más de tres, estuvieren organizados en cuadrilla permanente”.

Esta circunstancia, impropia redactada y no muy acorde con lo que dispone el artículo 208 del C. P. sobre la asociación para delinquir, consagra una forma importantísima de la calificación del robo, cuyo alcance es necesario fijar.

La pluralidad de delincuentes (cuando se trata de tres o más) es una circunstancia genérica de calificación, común al hurto y al robo, consignada en el ordinal 5.º del artículo 398. No se refiere a este caso el numeral que examinamos porque aquí la agravación se hace depender del hecho de ser cometido el delito por personas (cuatro o más) que previamente han integrado una asociación para cometer delitos.

Siendo este el alcance de la disposición resulta absurdo que se haya fijado un número mínimo de cuatro delincuentes puesto que la asocia-

ción para delinquir, que ya no se llama cuadrilla, se integra por tres o más personas y no por *más de tres*.

Las consecuencias del robo por delincuentes plurales varía según sea el caso del artículo 398 o el del 404. En el primero, aparte de ser una agravación general, la responsabilidad se deduce siguiendo las reglas propias al concurso de delincuentes, conforme a los artículos 19 y 20 del C. P.

En el segundo, los delincuentes asociados responden en su condición de autores del robo, agravado específicamente el delito por la *asociación*, a la vez que incurren en responsabilidad penal por el delito formal que resulta del hecho de formar parte de la asociación o banda para delinquir. Surge, en consecuencia, (fuera de la calificación específica) un concurso ideal de delitos, para cuya represión debe estarse a lo dispuesto en el artículo 31 del C. P.

La redacción impropia del ordinal de que tratamos, por no acomodarse a la concepción jurídica de la asociación de delincuentes, deja por fuera los robos cometidos por bandas de tres delincuentes, situación ésta que debiera corregirse, siquiera para no dejar semejante incongruencia en la ley. La disposición debiera simplemente decir: 2.º—“*si siendo varios los autores, estuvieren organizados o asociados en la forma prevista en el artículo 208*”.

3º.—“Si se cometiere con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar habitado o de sus dependencias inmediatas: con escalamiento de muros; o con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar”.

El numeral 3.º comprende realmente tres formas distintas de calificación del robo. La primera relativa a especies de violencia contra las cosas cuando recae sobre los medios defensivos propios del patrimonio, guardado o vigilado en lugares habitados o en sus dependencias inmediatas; la segunda, relativa al robo realizado mediante escalamiento de muros, y la tercera que comprende ciertos recursos que, sin entrañar violencia, pueden emplearse para burlar la protección de los bienes.

Distingamos estas circunstancias.

a). — *Robo con perforación o fractura.* — Se trata de un delito

cometido con violencia contra las cosas, es decir, con fuerza, en el que ésta se aplica sobre paredes, techos, pavimentos, puertas o ventanas, o sea, los medios que para la defensa de la propiedad emplea el hombre ordinariamente. La calificación surge cuando la violencia se emplea para perforar o fracturar, es decir, romper, horadar, quebrantar, etc., los medios aludidos.

La gravedad del hecho por la especial aplicación de la violencia depende de que el delincuente recurre para el robo a procedimientos que tratan de anular, destruir o inutilizar los medios defensivos del patrimonio. La violencia adquiere en los delitos en que hay perforación o fractura de techos, pavimentos, puertas, etc., una particular eficacia, presupone una mayor temibilidad del delincuente e implica, necesariamente, especial gravedad de la infracción.

Pero no siempre que hay perforación o fractura de pared, techo, ventana, etc., el robo se califica. La disposición exige que se trate de un *lugar habitado o de sus dependencias inmediatas*, lo que quiere significar que si el delito se comete en lugares como depósitos, almacenes, talleres, fábricas, etc., será un robo común.—Por qué esta distinción? Francamente no puede justificársela, pues igual protección merecen todos los bienes, sin atender a su localización, e igual ponderación y gravedad reviste el robo con fractura o rompimiento que se comete en una casa de habitación que en un depósito o fábrica, por ejemplo. Además, la ley agrava esta forma de robo no por consideración a que el lugar esté habitado, destinado a habitación o por que dependa de una de tales condiciones, sino por la particular gravedad misma de la violencia y la anulación que se persigue con ella de los sistemas protectores de la propiedad.

Es igualmente impropio el exigir, como parece exigirlo la disposición, que el lugar esté habitado. Debíó decirse más bien "lugar destinado a habitaciones", porque precisamente, es más grave en nuestro concepto, penetrar a un lugar cuando ninguna persona está en él para asumir la defensa de sus intereses.

Por tanto valdría la pena de que se revisara la parte del ordinal que comentamos para que la calificación se hiciera por la sola razón de la fractura, efracción, rompimiento, etc., de los medios consignados en la disposición.

#### b).—Robo con escalamiento de muros.

El escalamiento indica para los efectos penales el empleo de un

medio subrepticio para obtener el acceso o entrada a un determinado lugar. En un sentido amplio se escala cuando para entrar se emplea una vía no destinada normalmente a ello y cuando se logra burlar la seguridad que se considera propia del medio allanado.

Puede decirse que hay escalamiento no únicamente de muros sino de todos los medios de protección y de seguridad de un edificio, como puertas, ventanas, etc., pero en nuestra ley penal la agravación del robo ocurre solo cuando hay escalamiento de muros, o lo que es lo mismo, de paredes o tapias. Para los efectos de la agravación no se hacen distinciones entre escalamiento interno o externo, como tampoco si se hace para la comisión del delito o después de cometido.

A diferencia de la agravación resultante de la perforación o fractura, de que da cuenta en su primera parte el ordinal que comentamos, la derivada de cometerse el robo con escalamiento de muros, no está limitada por la condición de "lugar habitado o de sus dependencias inmediatas", lo que hace que su aplicación sea más general y de mayor eficacia protectora.

Entraña violencia el escalamiento? Es cierto que para escalar y por este medio burlar la protección de la propiedad, se requiere a más de habilidad un cierto esfuerzo del ladrón. Pero el escalamiento no siempre entraña violencia a las cosas, en un sentido propio. Lo que ocurre es que la ley ha hecho una ficción para integrar debidamente el delito de robo, asimilando a fuerza o violencia material recursos habilidosos especialmente destinados a la realización de los atentados contra la propiedad. En nuestro Código Penal, el escalamiento es elemento constitutivo de robo y en tal carácter se le equipara a la violencia, en la misma forma que el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, etc., que tampoco constituye exactamente violencia.

#### c).—Con llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquiera otro instrumento similar

Es el empleo de un medio mecánico fraudulento en la comisión del delito lo que viene a provocar la calificación. Puede tratarse de llaves legítimas, pero que para la realización del hecho el ladrón ha sustraído maliciosamente, o de llaves falsas; de ganzúas o instrumentos similares, es decir, todos aquellos medios mecánicos que imitan y reemplazan los instrumentos normales para abrir las cerraduras.

Tampoco hay propiamente violencia en el empleo de los medios alu-

didos, pero para la integración del robo como tal se los considera. El empleo de los medios mecánicos a que alude la disposición no tiene por qué referirse exclusivamente a las puertas o cerraduras que sirven de protección a la propiedad. Comprende igualmente el uso de ellos sobre toda clase de seguridades externas de la cosa cuya sustracción se pretende.

Esta circunstancia, como la anterior, no tiene limitaciones por razón del lugar.

## ATRACO

Dice el artículo 405:

**“El que con el propósito de cometer cualquier delito contra la propiedad, ejecute violencias sobre las personas o las amenace con un peligro inminente, incurrirá en prisión de ocho meses a cinco años”.**

El origen de esta disposición parece haberse fundado en la necesidad de atender a la represión de especiales atentados violentos contra la propiedad, conocidos con el nombre de atraco y para los cuales se juzgaron inadecuadas e inoperantes las normas comunes sobre hurto y robo.

El atraco es simplemente un delito de robo y su especialidad consiste en que para la comisión se recurre, por sorpresa, a medios violentos que ponen en peligro la vida de la víctima o se la intimida de tal manera que la obligan a entregar los bienes que porta. Pero es un robo, conforme al C. P. colombiano y de acuerdo con la doctrina. Por ello el artículo 405 carece de toda técnica jurídica al hablar de “cualquier delito contra la propiedad”, y exigir, al mismo tiempo violencias sobre las personas o amenazas de un “peligro inminente”, porque el único delito así estructurable sería el robo.

En apariencia lo que el artículo trata de reprimir y de sancionar es la tentativa de robo puesto que el hecho se acomoda al texto del artículo 402. En tales condiciones, el haber tratado de darle fisonomía

especial al atraco, sólo sirve para determinar errores judiciales ante la imposibilidad de determinar en un caso dado la aplicación de uno u otro dispositivo. Ahora bien: si es que el atraco se sanciona como solo hecho de violencia o amenazas, independientemente del delito que se consume, el texto legal no fue lo suficientemente claro para admitir la posibilidad de un concurso de delitos: atraco y robo. De otra parte, considerado el hecho como una infracción independiente no podría vincularse sino al robo, no a los otros delitos contra la propiedad, que excluyen la violencia, o esta opera, como en la extorsión y el chantaje, en condiciones muy diferentes a las consignadas en el artículo 405.

No puede perderse de vista, para una correcta interpretación del artículo, que la Comisión de Reformas Penales, pretendió, en efecto, sancionar el atraco, como atentado personal, independientemente del delito contra la propiedad. Tanto la fórmula propuesta por el Dr. Cárdenas, como la presentada por el Dr. Lozano, aprobada por la Comisión, establecían que “*se impondrá por ese solo hecho*” (atraco) pena al responsable, en cambio que la disposición del código no hace esa salvedad. De haberse llevado al código el artículo aprobado por la Comisión el atraco hubiera tenido una verdadera existencia legal, cosa que no puede decirse frente a lo dispuesto en definitiva por el código. Es evidente que si se comete un robo y su medio operativo es el atraco, tendrá que sancionarse el hecho como robo; si no se realiza el delito, el atraco por sí mismo es una tentativa de robo.

## EXTORSION

Importante y compleja figura penal ésta, que a más de carecer de antecedentes en nuestra tradición jurídica, se la incluyó en el C. P. vigente en términos que la hacen confusa y difícil de distinguir del robo. En orden a fijar el alcance y significado del artículo 406, que consagra el aludido delito, poco o nada se ha hecho, entre otras cosas, porque lo mismo la extorsión que el chantaje, son novedades jurídicas entre nosotros de poca ocurrencia procesal.

Sobre el texto de la disposición penal haremos el estudio del delito de extorsión y procuraremos fijar sus elementos constitutivos:

Art. 406.—“El que por medio de amenazas o violencias o simulando autoridad pública o falsa orden de la misma, y con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito, obligue a otro a entregar, enviar, depositar o poner a su disposición, cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos, incurrirá en prisión de ocho meses a cinco años.

En igual sanción incurrirá el que por los mismos medios obligue a otro a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito”.

#### NATURALEZA DEL DELITO

La extorsión, según puede colegirse de la disposición transcrita, constituye un delito contra el patrimonio por el que se trata de obtener un provecho ilícito para el agente o para un tercero, que reporta perjuicio para la víctima o para otro, empleando para ello medios violentos o coercitivos que entrañan un mal o la amenaza de un mal para el extorsionado o para alguno a quien se sienta obligado a evitarle el daño.

Por ciertos aspectos la extorsión, especialmente en nuestro código, parece identificarse con el robo: en ambos concurre la violencia (física o moral); en ambos puede cumplirse obligando a la víctima a entregar la cosa que se pretende, y en ambos, puede tratarse de bienes muebles. No cabe en la ley penal colombiana hacer la distinción muy aceptable de que la violencia del robo es física y la de la extorsión moral porque sobre este punto los artículos 402 y 406 dejan entender claramente la equivalencia de este elemento para los dos delitos. Es más propio para individualizarlos establecer, con relación a cada elemento, el valor y significado que tienen en cada una de las infracciones.

#### — ELEMENTOS DE LA EXTORSION —

Precisa puntualizar en el estudio de la extorsión los siguientes elementos: medio de comisión, propósito del agente y formas de afectar el patrimonio.

#### — VIOLENCIA —

Refiriéndose al medio de comisión del delito de extorsión dice el artículo 406 que “*El que por medio de amenazas o violencias o simulando*

*autoridad pública o falsa orden de la misma*”, elemento éste que puede comprenderse bajo la denominación simple de violencia o coacción, como para el delito de robo.

Hasta cierto punto hay identidad, por este aspecto, entre la extorsión y el robo, pues en ambos delitos puede tratarse de violencia física o moral, por lo que no puede darse como nota característica del primero la sola violencia moral, y como propia del segundo la violencia física. Esta diferencia cabe sí con relación al chantaje, forma de extorsión en que sólo es admisible la violencia moral, como lo examinaremos oportunamente.

Pero a pesar de que puede ser igual la violencia en el robo y la extorsión hay razones jurídicas para la individualización de este elemento.

Se tiene, en primer término que por su especial integración la extorsión se produce en la mayoría de los casos mediante un proceso intimidativo de la víctima, lo que indica la presencia de un elemento de coacción moral, antes que una violencia física. Admitida la comisión del delito por el empleo de una violencia de la última clase, lo que puede ocurrir de acuerdo con la disposición consignada en nuestro Código, la violencia se ejerce no para apoderarse el agente de una cosa, ni para hacérsela entregar de inmediato —que equivale a apoderarse de ella— sino para obligar a la víctima a ejecutar un acto perjudicial de su patrimonio o de provecho ilícito para el autor del delito, o bien, para compelerlo a la entrega de alguna cosa, pero no de inmediato, que es lo que ocurre en el delito de robo.

La violencia contra las personas en el robo recae siempre sobre la víctima o sobre quien por alguna causa representa obstáculo para la comisión del delito. En la extorsión no es necesaria que así sea porque bien puede obligarse a una persona haciendo víctima de la violencia a otra, cuya suerte importa al ofendido con la extorsión.

En la extorsión la violencia ofrece aspectos especiales, distintos de la coacción propiamente dicha, los cuales han sido expresamente señalados por el artículo 406 y que evitan la confusión del hecho con la estafa. Se trata de la simulación de autoridad pública o falsa orden de la misma.

Estos medios entrañan violencia aunque no se presenta de una manera directa. No es el simple engaño que se haga al ofendido suponiendo el agente un carácter de autoridad pública o una falsa orden de la autoridad, lo que da al delito condiciones jurídicas de extorsión; es la intimidación que se provoca con el medio artificioso y que induce a la víctima a cumplir lo dispuesto por el delincuente. Esto debe quedar muy

claro porque el simple engaño, el fraude que pueda cometerse con la simulación referida daría lugar a una estafa y no a una extorsión. Es, pues, indispensable que la simulación de un cargo o de la orden oficial opere como medio intimidativo.

La forma que pudiéramos estimar más propia de la extorsión ofrece como medio intimidativo de la víctima la violencia moral, es decir, las amenazas, que persiguen obligar el consentimiento del ofendido, atemorizado por un mal futuro o un daño futuro. Esas amenazas hacen siempre relación a la consecuencia de sufrir la víctima, u otra persona a ella vinculada, un mal que por su gravedad es suficiente para someterla a exigencias del agente del delito. No importa en la calificación de suficiencia intimidativa de la amenaza el sistema empleado. Puede ser de hecho, verbalmente, por escrito, de una manera directa o velada, identificada o anónima.

En relación con el elemento que estudiamos de la extorsión (la violencia) conviene hacer una observación importante. Aunque es cierto que el recurrir a medios coercitivos e intimidativos en orden a obligar a una persona a la ejecución de determinado acto, entraña ante todo el quebrantamiento de la libertad personal, el delito de extorsión afecta de manera directa el patrimonio en atención a los fines perseguidos con el ilícito. Pero siendo ello así, la identificación del delito por el fin, es, no obstante aceptable jurídicamente que en ocasiones se integren dos delitos diferentes: uno contra el patrimonio, otro contra la libertad individual. Tal podría ocurrir, por ejemplo, con el secuestro como delito medio de la extorsión. Se trataría, en nuestra opinión, de un concurso real de delitos.

#### — PROPOSITO —

“Con el fin de obtener para sí o para un tercero un provecho ilícito”, ha de proceder el autor del delito de extorsión según la disposición que comentamos.

Es común a los delitos contra la propiedad el daño patrimonial y por parte del agente el ánimo de un provecho ilícito. Pero en el delito de extorsión el hecho para su completa estructuración jurídica no exige la merma patrimonial de la víctima, sino que simplemente se pretenda un beneficio económico ilícito, aunque en realidad ese beneficio no se alcance por el delincuente. Así, por ejemplo, quien se hace entregar un documento que puede producir efectos jurídicos favorables para él y perjudiciales para el ofendido, comete el delito de extorsión aunque en juicio le sea imposible hacer valer el documento.

Habla la disposición de *provecho ilícito* porque si lo pretendido es un derecho del agente, algo a lo cual puede lícitamente oponerse, no hay extorsión, aunque se empleen los medios de este delito. El que trata de recuperar un documento, prueba de una obligación ya cancelada, una cosa de su propiedad, etc., no cometería extorsión, sino un delito contra la autonomía personal, en cuanto tratara de obligar a la persona a ejecutar un acto contra su voluntad.

De una manera más concreta: para que exista el delito de extorsión ha de ser injusta la exigencia que violentamente se pretende. Si es justa, la infracción penal se acomodará a una denominación diferente, ajena por completo a la tutela del patrimonio.

#### NATURALEZA DE LOS BIENES

El delito de robo recae siempre sobre bienes muebles, y se cumple apoderándose de ellos el agente o haciéndoselos entregar de inmediato. En cambio, el delito de extorsión no está limitado a esta clase de bienes, pues como lo expresa la disposición, puede tratarse de “*cosas, dinero o documentos capaces de producir efectos jurídicos*” o en obligar “*a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito*”.

En consecuencia, la extorsión puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, dinero, obligaciones y en general sobre toda clase de derechos patrimoniales. Pero es preciso entender que tratándose de documentos o cuando se obliga a la persona a suscribirlos o destruirlos, no es requisito que ellos produzcan en efecto consecuencias jurídicas en perjuicio del patrimonio. Es suficiente que sean capaces de producir esas consecuencias, aunque no las produzcan, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si se declara nulo el acto o contrato contenido en el documento. También es el caso de hacer notar que por el *modus operandi* que es propio a la extorsión es lo normal que la entrega no se realice de inmediato a la coacción y que hay un lapso entre ésta y aquella, lo que debe tenerse presente para establecer cuándo se consuma el delito.

No es necesario para la integración del delito que los bienes afectados sean de propiedad de la víctima. Pueden ser de un tercero, quien sería directamente el perjudicado. En este caso el extorsionado quedaría colocado en el caso del ordinal 1.º del artículo 23 del C. P. a efecto de descartar toda responsabilidad de su parte en el daño sufrido por el tercero.

Reparando en los términos del inciso 2.º del artículo 406 aparece que la ley solo previó el caso de obligar a la persona a suscribir o destruir documentos de obligación o de crédito. Siendo tan limitado le-

galmente el término documento parece que en el caso de que se obligue a una persona a firmar en una hoja en blanco, para posteriormente extender en ella una declaración que obligue a la víctima, cabe el delito de extorsión, si bien es cierto que el caso no se acomoda con toda exactitud al inciso 2.º referido.

## CHANTAJE

Art. 407.—“El que por medio de amenazas de imputaciones contra el honor o revelación de secretos cometiere alguno de los hechos de que trata el artículo anterior, incurrirá en prisión de uno a cuatro años”.

El delito de chantaje es esencialmente una forma de extorsión, caracterizada o especificada por la naturaleza del bien o patrimonio jurídico sobre el cual obra la coacción del agente.

Dos elementos son propios al chantaje: el empleo de la violencia moral, o amenazas, cómo expresa la disposición, ya que la violencia material no cabría en un delito de esta naturaleza; y especialización de las amenazas, que únicamente pueden referirse a imputaciones contra el honor o revelación de secretos.

Cuando se trata de imputaciones contra el honor no se requiere que en efecto el hecho que se amenaza divulgar sea cierto. Puede ser falso, y en ambos casos habrá delito de chantaje porque lo que interesa apreciar es la forma intimidativa de la amenaza, destinada a obtener un provecho ilícito, del agente, y en nada justificaría semejante medio la exactitud de la pretendida divulgación. Tampoco es preciso para la integración del ilícito que las imputaciones se refieran de manera directa al ofendido. Bien pueden referirse a un tercero cuya protección moral deba asumir aquél o a hechos que indirectamente afecten el prestigio moral de la víctima.

La revelación de secretos es otro de los medios de intimidación admitidos para el chantaje. No concreta la disposición que clase de secretos y qué patrimonio sería el afectado con la divulgación. Pero aten-

diendo a la naturaleza del delito de extorsión y a la especial del chantaje, hay que entender que se trata de secretos cuya revelación afectaría en alguna forma el patrimonio de la víctima (moral o económicamente) o referentes a hechos que la persona tiene interés en reservar. Pero de todas maneras el secreto, como elemento del chantaje, debe producir perjuicio al ofendido con la revelación.

En la ley de prensa (29 de 1.944) se contempló una sanción pecuniaria de orden especial para los casos en que “los directores de periódico o periodistas que mediante la amenaza de hacer alguna publicación de la índole expresada en el artículo anterior (calumniosa o injuriosa), traten de obligar o inducir a alguna persona o entidad a hacer o dejar de hacer alguna cosa”. Tal sanción puede corresponder en muchos casos a un delito de chantaje, en cuanto el hecho se comete para obtener un provecho ilícito, y en ese caso la pena pecuniaria se impone además de la señalada en el artículo 407. Puede, también, corresponder a un hecho distinto contra la autonomía personal, y habría de seguirse igual criterio acumulativo.

Ya expresamos que el chantaje es por todos sus elementos constitutivos un delito de extorsión, cuya especialidad depende del patrimonio moral sobre el cual opera la coacción, pero que por lo demás reúne las condiciones señaladas en el artículo 406. Siendo ello así resulta extraño que para el chantaje se haya señalado pena de uno a cuatro años de prisión, y para la extorsión de ocho meses a cinco años, diferencia ésta que no se justifica por motivo alguno. Igualmente la escala penal se ofrece caprichosa y sin sometimiento a un concepto técnico, pues siendo menor el máximo imponible para el chantaje, es mayor el mínimo en comparación con el otro delito. Las penas debieran ser iguales en principio y dejar al arbitrio del juez en cada caso la estimación de su mayor o menor gravedad.