



INFORME

del Dr. Dionisio Arango, Presidente de Tesis, al Sr.
Rector de la Universidad de Antioquia.

Señor Rector de la Universidad:

El Sr. D. Lisandro Restrepo Giraldo me ha hecho el inmerecido honor de designarme como su Presidente de Tesis, en el examen que próximamente habrá de sustentar para obtener el grado en Doctor de Derecho y Ciencias Políticas.

En cumplimiento de ese encargo, que he aceptado con gusto, a pesar de mi insuficiencia y sólo por el aprecio personal que el Sr. Restrepo Giraldo me merece, he estudiado con atención e interés el trabajo presentado por dicho Señor, y, a mi juicio, él satisface plenamente las condiciones reglamentarias.

El Sr. Restrepo, abandonando estériles y especulativas teorías, muy comunes en trabajos de esta índole, ha concretado sus esfuerzos al estudio de cuestiones enteramente prácticas, encaminadas a patentizar la necesidad imperiosa de hacer una revisión de los Códigos sustantivo y adjetivo del ramo criminal, para introducir en ellos reformas importantísimas que en algún modo coloquen en Colombia tan importante ramo al nivel de la cultura y civilización de los países más adelantados, ya que por ahora no sea posible la expedición de nuevos Códigos, que sería lo mejor.

El Sr. Restrepo Giraldo ha llenado hábilmente su cometido hasta donde le era posible, dentro de los estrechos límites de una tesis, mostrando con vigorosa lógica algunos de los gravísimos defectos de que adolece nuestra legislación penal, y que él ha tenido ocasión de observar en su larga, esmerada y concienzuda práctica de juez inteligente y recto. Lástima grande que el autor de este importante trabajo no hubiera podido consagrarse a la tarea de hacer una revisión completa de los Códigos que han sido materia de su tesis, incluyendo en su obra lo relativo a la institución del jurado, que exige urgentemente saludables reformas para acabar con la impunidad que va erigiéndose en escandaloso sistema; pero esa tarea sería ímproba por demás y se saldría de los límites de una mera tesis.

Ojalá que a conocimiento de nuestros legisladores llegara el trabajo del Sr. Restrepo Giraldo, para honra suya y bien del País.

Medellín, Febrero—1915.

Sr. Rector

DIONISIO ARANGO

ESTUDIOS DE DERECHO

Publicación del Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia.

Director, RAFAEL H. DUQUE

Administrador, JESUS M. MARULANDA B.

Serie III

Medellín—1915—Abril

Números 19 y 20

COMENTARIOS AL CODIGO PENAL

TESIS

presentada y sostenida por el Sr Lisandro Restrepo Giraldo,
para optar el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas.

INTRODUCCION

No es necesario pasarse de listo para reconocer la necesidad imperiosa de reformar en muchas partes el Código Penal Colombiano. Imperfecto como toda producción de la mente humana y vaciado en antiguos moldes, el Código sancionado en 1890 adolece de muchos defectos y aún algunas de sus disposiciones, que pudieran reputarse aceptables en su tiempo y en el radio de su jurisdicción, se recientes hoy de incompatibles con el progreso de la humanidad y más que todo, con los adelantos de la ciencia criminalista.

La idea de reforma no es, empero, la predominante en el país. Pocas son las variantes y casi ninguna las derogaciones que ha sufrido el Código en veinticuatro años de existencia, y la aspiración general de los que aquí se ocupan en estas materias, se decide por la expedición de un nuevo código, conservando mientras tanto la unidad del actual. Temen fundadamente comprometer esta unidad si el Código llega a reformarse parcialmente, en vista de lo que ha pasado con el Código Judicial. Este, que no tiene vigentes quizá la mitad de sus disposiciones originales; que

interrumpe el orden de numeración entre el libro primero y el segundo, por la expedición de la Ley 147 de 1888 que sustituye a aquél; que tiene derogados capítulos enteros y revividas disposiciones que habían sido suprimidas o cambiadas, ofrece grandes dificultades en la práctica y presenta el feo aspecto de una colcha de retazos.

Y no es a los legos o a los meros iniciados a quienes se dificulta el estudio de nuestro derecho procesal. Los mismos comentadores y editores del Código no están de acuerdo al determinar qué disposiciones rigen actualmente y cuáles deben considerarse tacitamente derogadas o reformadas.

El Código Penal tiene siquiera la cualidad de su unidad e integridad, pudiéramos llamarla; cualidad, en cuanto facilita su estudio y aplicación; pero defecto, si por este interés secundario se dejan vigentes disposiciones aberrantes o injustas que no debieran existir.

Haciendo alusión a dichos códigos ha dicho la Comisión Legislativa en su informe a la Asamblea Nacional de 1910:

«El primero—el Penal—es, como todos lo conocen, obra anacrónica, muy defectuosa en su construcción jurídica, que abunda en disposiciones aberrantes y draconianas, en abierta pugna con los adelantos que en el particular revelan los recientes códigos de los pueblos cultos. El Código Judicial, formado con tantos y tan diversos elementos, no armoniza con los códigos sustantivos, es instrumento propicio para embrollar los procesos, por cuanto hace dilatada, costosa y a veces nugatoria la administración de justicia. Parece por lo mismo, inapelable la tarea de elaborar y preparar un Código Penal y otro de Procedimientos, que reemplacen los actuales y que se conformen con los progresos de las ciencias jurídicas y con las necesidades del país.»

Mientras así se verifique, ¿ha de quedar estancada la legislación patria, tan retrasada en el movimiento mundial del Derecho? Incontables son los dineros que la Nación lleva gastados en ediciones de códigos y proyectos y en el pago de comisiones legislativas o consultivas encargadas de preparar los nuevos, sin que hasta ahora se haya llegado a un resultado práctico y satisfactorio. Alarmante es, sobre manera, para los que a esto aspiran, la renuencia de los Cuerpos Legislativos a ocuparse en tarea tan trascendental, por las dificultades que ofrece, por la falta del preciso terreno preparado y—quien sabe si también para algunos—por bastardos intereses o por mezquinas rivalidades. Por otra parte, el plato de la política, siempre agradable y siempre nuevo para los latino-ame-

ricanos (aunque afortunadamente ya empezamos a curarnos de él), no ha permitido a nuestros legisladores dedicar su atención a las arideces del Derecho. Prueba de ello es que de nuestros códigos, si exceptuamos el Civil, los más importantes, como son los de Comercio y de Minas, son nacionales por adopción, pero fueron expedidos por las Asambleas o Legislaturas de algunos de los Estados Soberanos, más laboriosas y más ajenas a la política que los Congresos Nacionales.

En vista del resultado obtenido con los proyectos de Código Penal presentados al Congreso, somos partidarios decididos de la reforma del actual, mientras se le sustituye, para conseguir siquiera el bien menor, arrancando de dicha obra las disposiciones que encarnan una injusticia manifiesta o un rigor excesivo y aquellas que implican un adefecio imposible de llevar a la práctica; ya que de un salto no es posible pasar de lo embrionario a lo relativamente perfecto.

Sostener la necesidad apuntada y demostrar cuáles son las reformas más importantes y urgentes del Código Penal: tal es la materia que hemos escogido para nuestra tesis de grado. No aspiramos a abarcarla por completo, porque llegaríamos quizá al primer punto de partida, la necesidad de un nuevo Código, y nuestro trabajo es más modesto y limitado. De esta manera podremos suplir nuestra insuficiencia científica con las observaciones personales que hemos logrado recoger en una larga práctica de tareas judiciales y en un constante trajín por los senderos del Código a que nos referimos.

Y entramos en materia.

OBSERVACIONES GENERALES

Sin la pretención de aportar nuevas ideas a debate, y únicamente como base de argumentación, vamos a *ex* iniciar aquí los caracteres esenciales de la pena para luego deducir las condiciones que debe llenar.

Pena, en su acepción más lata, es el dolor o sentimiento, físico o moral, producido en el hombre por algún hecho; pero en sentido jurídico, *pena* es el castigo o sufrimiento que se impone al individuo por la comisión de un delito o sea, la ejecución de un acto reprobado por la Ley, u omisión de otro que esta misma ordena.

Para los que reconocemos la responsabilidad moral del hombre por los hechos que ejecuta, en virtud de la libertad de que está dotado, la justicia es la base esencial de la penalidad. De aquí que la pena deba ser ante todo

justa, porque siendo el delito una injusticia, mal puede castigársele con otra, ni es admisible tampoco que puedan ser penados hechos justos.

La justicia absoluta exige que la pena sea *moral* y *expiatoria*: *moral*, porque el derecho positivo no puede jamás estar en pugna con la ley moral que rige las acciones humanas; y *expiatoria*, que requiere una reparación, que ha de consistir en un mal para toda violación, así como todo acto bueno reclama una recompensa.

La justicia relativa se funda ya en la entidad que pueda imponer o establecer la pena, ora en la persona en quien recaiga, ora, en fin, en la forma de su aplicación.

El derecho de imponer la pena reside exclusivamente en la Sociedad representada por el Estado; porque siendo el hombre un ser eminentemente social y capaz de ejecutar el bien y el mal, no puede concebirse fuera de la Sociedad, ni a ésta sin la existencia de un poder organizado, una autoridad soberana, capaz de restablecer el equilibrio que el individuo puede perturbar con sus actos. Este poder o autoridad se denomina Estado y tal como hoy se encuentra constituido en los países civilizados, se divide en tres grandes ramos o poderes: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. En el poder Legislativo reside la facultad de establecer las penas y en el Judicial la de aplicarlas. El Ejecutivo las hace cumplir en la generalidad de los casos.

La pena debe, pues, ser *legal*. Decretada de otra manera o impuesta por un particular, sería una pena injusta o arbitraria y no puede admitirse.

Pero no basta que la pena sea justa en sí misma, esto es, moral. La sociedad no tiene la misión de hacer reinar el orden moral ni podría siempre alcanzarlo. Su tarea se limita a garantizar su existencia misma, haciendo efectivos la libertad y los derechos individuales y regulando las relaciones de los asociados entre sí. Para cumplirla necesita el poder de castigar y esta necesidad constituye el derecho de hacerlo; por esto la pena debe ser *necesaria*, lo que indica que no debe servir para castigar hechos que son del dominio de la conciencia, ni aquellos que el Estado puede prevenir sin ocurrir al castigo.

Compaginando estos dos principios se deduce que si la Sociedad no castiga todo hecho inmoral, por imposibilidad o por falta de necesidad, puede reprimir por excepción hechos que no son inmorales ante el derecho natural, pero si perjudiciales al Estado o incompatibles con la efectividad de sus sanciones a la ley moral. Estos son los delitos de derecho positivo.

Para que la pena sea justa con relación a la persona que se aplica, es preciso que ésta sea responsable y que el hecho que va a castigarse pueda imputársele y esté previamente prohibido y penado por la ley. Quiere esto decir, en primer término, que la pena debe ser *personal* o que sólo recaiga en el culpado. Si éste muere, se suspenderá todo procedimiento criminal que a él se refiera, lo que no excluye la facultad que queda al ofendido o a sus herederos, de cobrar los perjuicios causados con el delito. Quien dice culpado, presupone a un hombre que ejecuta un hecho delictuoso con conocimiento y libertad de obrar. De aquí que los niños, los locos y en general los que están privados de la razón, no son responsables, ni lo son tampoco los que ejecutan el hecho contra su voluntad, impulsados por una violencia que no les fue dado resistir. Este es corolario necesario de la noción del libre albedrío, como base de la responsabilidad. Los sistemas que niegan la libertad, pecan contra la justicia.

Entre estos sistemas se encuentran los llamados positivistas, deterministas &, que fundan ante todo el derecho de castigar en la necesidad o utilidad, prescindiendo por completo de lo moral, pues para ellos todos los criminales son meros alienados o anormales, a quienes es preciso curar o apartar de la sociedad para que no dañen. Si el hombre delinque impulsado fatalmente por inclinación morbosa o por tara hereditaria, valdría la pena de incluir en el Código Penal—si tal pudiera llamarse en este caso—disposiciones que pusieran a la Sociedad a salvo, no sólo de los delincuentes sino también de los atacados de graves enfermedades que pudieran comunicar a los sanos. Legislar en suma promiscuamente, sobre casas de corrección y sobre sanatorios; así de los castigos, como de la higiene pública.

Si la pena debe ser *legal* en cuanto a su institución, debe ser *preexistente* para su aplicación. El hombre no puede ser penado por Ley que no conoce aunque el acto que ejecute esté condenado por la moral, porque ya hemos visto que no todos los actos inmorales son delitos; y mal puede conocer una Ley que no existe a tiempo de ejecutar el hecho. Por eso la Ley debe ser promulgada.

No podrán por lo tanto, los Magistrados y Jueces imponer penas que no estén señaladas o aplicarlas fuera de los casos previstos, ni aún por analogía. No se opone este principio, ciertamente, a las reglas de interpretación en casos dudosos, ni a la excepción que establece que la Ley posterior debe aplicarse de preferencia a la anterior en los casos favorables al reo, porque con ello no se viola

ningún derecho adquirido y porque si la ley suprime o amiora una pena es porque no la considera justa o necesaria, condiciones que priman sobre aquélla y sin las cuales no debe aplicarse la pena.

De la justicia de ésta en cuanto al modo o forma de su aplicación, nacen estas otras condiciones que debe tener. En primer lugar, la pena debe ser *proporcional*, lo que quiere decir que a mayor delito recaiga mayor pena y que ésta no sea ni excesiva, que conduzca a funestos resultados, ni ineficaz para producir los efectos que se desean. Deberá ser *igual* para todos los responsables de un mismo delito, porque la igualdad es la base de la justicia; pero como la igualdad absoluta no existe entre los hombres, ha de entenderse una igualdad relativa según las circunstancias particulares de cada reo que puedan atenuar o agravar su culpabilidad; por ejemplo: su edad, ilustración etc. También será la pena *aflictiva y externa: aflictiva*, porque de otro modo no sería expiatoria y por que sólo el dolor puede apartar al delincuente, de cometer el delito o reincidir en él; *externa*, porque la sanción ha de ser análoga a los actos sobre los cuales ha de recaer y la ley jurídica sólo castiga los actos externos del hombre.

De que la pena debe ser *necesaria* para la conservación del orden social, dedúcese que ha de ser *ejemplar, correccional y efectiva: Ejemplar*, en cuanto el temor de incurrir en ella, aparte al individuo de cometer el delito, obrando así de un modo preventivo; *correccional o moralizadora*, educando o mejorando al penado para imposibilitarlo moralmente para incurrir en nuevos delitos. Esta condición no es esencial, porque hay penas como la de muerte o la de privación perpetua de la libertad, que no pueden llenarla. Estas penas—que hoy no existen en Colombia—no deben aplicarse sino en casos muy graves, cuando la incorregibilidad del delincuente es manifiesta. La *efectividad* de la pena, o mejor, de la ley que la establece, estriba en los medios que el Poder emplee para descubrir los delitos y castigarlos, de tal modo que el delincuente vea la imposibilidad o dificultad de eludir el castigo. Para esto se requiere un número suficiente de empleados activos e inteligentes para investigar los delitos; jueces ilustrados y rectos incapaces de plegarse a las conveniencias particulares; y establecimientos de castigo suficientemente custodiados y en donde el cumplimiento de las penas no sea una burla a los fallos de la justicia. En suma: evitar la impunidad en el mayor número de casos posibles.

Otra condición de la pena es que sea *humana*, con lo cual queremos decir que nunca deben emplearse cas-

tigos crueles como se acostumbran en los pueblos bárbaros o los que primaban en los tiempos primitivos.

De las condiciones apuntadas pueden deducirse otras que no son de rigor pero que no por esto deben echarse en olvido. Para que la pena sea correccional, es conveniente que sea *remisible*. La remisión puede ser total o parcial y como medios de obtenerla merecen citarse la amnistía, el indulto, la rehabilitación y también la rebaja de penas. La primera se refiere más al delito que a la pena y por eso puede ser anterior a la condenación. Tanto ésta como el indulto deben emplearse en muy rarísimos casos y mediando poderosos motivos de justicia o conveniencia.

La rehabilitación y la rebaja de pena se consideran medios de remisión aunque están previstas generalmente en el Código, porque ellas exigen una condición sin la cual los penados no podrán obtenerlas.

También puede considerarse que la pena se redime en parte, por el sistema de liberación condicional, equivalente al de rebaja de pena, pero más perfecto que éste. Por el sistema de rebaja, el penado que observa buena conducta durante su condena, obtiene su libertad incondicional cumplida cierta proporción de su pena; según el de liberación condicional, el penado puesto en libertad, pierde ésta si incurre en una nueva violación de la ley durante el período de la liberación. Este sistema sancionado en algunos códigos modernos, entre ellos el Italiano, lo preconiza el proyecto de Código Penal, obra del Dr. Concha, que han discutido las Cámaras en los últimos años.

Finalmente la prescripción extingue la pena, lo que equivale a una especie de remisión, cuando se trata de penas impuestas ya por sentencia ejecutoriada.

Ya dijimos cómo la pena debe ser legal, y como complemento agregamos que debe ser *cierta* o determinada para que el responsable de un hecho punible, sepa con seguridad qué castigo merece. La escuela antropológica sostiene que la pena debe ser indeterminada y algunos países lo han admitido con algunas limitaciones.

La pena debe ser proporcional al delito; pero como es imposible que el legislador prevea todos los casos que se presentan, determinadamente, de gran importancia es que la pena sea *divisible* en grados dentro los cuales puedan los jueces hacer la fijación concreta.

Si la pena debe ser eficaz y no letra muerta en los códigos y si tiene que ser personal, en correlación con estas condiciones, debe también ser *reparable*, en previsión

de los errores judiciales que puedan cometerse. Con este objeto la ley Colombiana ha establecido el recurso de revisión.

Queremos hacer mención especial de una condición que se relaciona con la proporcionalidad de la pena y es, que ésta sea *una* o *singular*, porque si se considera que la pena impuesta a un delito es proporcional a éste, qué razón habría para aplicarle otras penas? Cuando esto decimos, hacemos alusión a las penas principales—especialmente a las corporales o privativas de la libertad—en manera alguna a las penas accesorias que, como su nombre lo indica, deben concurrir con otras. Esta condición se define con el aforismo jurídico *Non bis in idem* y requiere que un solo delito no pueda ser castigado más que una sola vez y con una sola pena. De lo primero nace la excepción de cosa juzgada en materia criminal, bien que, por razones de otro orden, la excepción existe también para el individuo que ha sido absuelto de un delito. En este sentido no se presenta dificultad alguna.

No sucede lo mismo cuando se trata de la pluralidad de penas que pueden recaer sobre un acto punible, en virtud de lo que se denomina concurso ideal de delitos.

Una ficción legal establece la Ley penal Colombiana cuando castiga un solo hecho con distintas penas considerando aquél como varios delitos; por ejemplo: cuando alguno hiere a un empleado público o cuando intentando dar muerte a algún hombre, lo hiere únicamente, sin que el hecho llegue a constituir delito frustrado. En el primer evento, el delincuente es condenado como heridor y como reo de delito contra empleado público; y en el segundo, como responsable de tentativa de homicidio y también como heridor, al tenor de lo dispuesto en el artículo 9.º del Código.

Este concurso ideal de delitos no está previsto, por lo general, en las legislaciones modernas, ni es conveniente para los intereses de la justicia. Más valiera que el delito, con la denominación especial que requieren las circunstancias que lo hacen aparecer pluralizado, se castigara con pena más severa, la que se estimare justa y suficiente.

El Código Italiano, entre otros, dispone en su artículo 78, que quien con un solo hecho viole diversas disposiciones legales será castigado con arreglo a la disposición que establece la pena más grave. Y aún agrega en el artículo siguiente, que si los actos diversos delictuosos son efecto de una sola resolución de delinquir y violatorios de una misma disposición legal, la pena se aumentará, pero aquéllos se consideran como una sola infracción.

Análogo a la primera disposición es el artículo 75 del Código Chileno, y el proyecto del Dr. José Vicente Concha que hemos citado, reconoce una y otra, como quiera que ese proyecto tiene por modelo el Código Italiano.

Algunas legislaciones son más avanzadas a este respecto y establecen, como lo hace el Código Federal de Suiza en su artículo 33, que en caso de varios delitos no castigados se castigue el más grave, considerando los demás como agravantes únicamente.

Si el Código Colombiano admite el principio contrario, debe entenderse únicamente para los casos expresamente previstos. No basta que el hecho cometido pueda quedar comprendido en varias denominaciones distintas de delito—lo que ocurre muy frecuentemente—porque entonces sería manifiesta la violación del principio jurídico que comentamos.

Hacen falta por tanto en el Código que limita este principio, disposiciones claras como las que existían en el Código Nacional de 1.873 que trasladamos aquí:

«Artículo 8.º Ninguno será juzgado ni penado dos veces por un mismo delito.

Artículo 9.º La ejecución u omisión de un solo hecho, cuando no se disponga especialmente otra cosa, no podrá considerarse sino como un solo delito».

Aunque mejor sería, repetimos, que tal limitación no existiera.

Podrá reputarse bizantina esta discusión, si se considera que al imponer dos penas por un solo hecho y en una misma sentencia, en rigor sólo se aplica una, compuesta de dos o más sumandos; pero no lo es, porque no siempre sucede que el hecho caiga bajo la sanción de varias penas, por circunstancias especiales que en él concurren y que aumenten su gravedad, sino que aparece definido en casos semejantes o requiere su ejecución hechos que por sí solos serían delitos. Ejemplos: La fuerza en un impúber de sexo contrario cabe también en la definición de corrupción, en el caso previsto en el último párrafo del Artículo 429; el homicida puede causar a su víctima heridas distintas de las que le produzcan la muerte; en las heridas sufren con mucha frecuencia los vestidos de los ofendidos, daño que por sí sólo constituye un delito; las heridas pueden ser causadas en riña, etc. etc. Compárense también los artículos 681 y 682, que se refieren al delito de fuerza, con los artículos 716 y 717 alusivos al estupro alevoso.

En el caso de heridas en riña jamás se castiga la riña que queda envuelta o refundida en el delito mayor.

Se aplica aquí la regla general porque el Código es muy claro a este respecto, y considera la riña, no como otro delito sino, antes bien, como un atenuante de las heridas. En los otros casos citados como ejemplos, los Jueces y Magistrados, aplican también el principio jurídico por la verdad que éste entraña y por la evidencia con que se manifiesta; pero otros hay que se prestan a dudas y en que la doctrina no es concreta ni uniforme. Ocasión tendremos de referirnos a uno con especialidad.

ORDEN Y NOMENCLATURA DEL CODIGO

No es indispensable que los delitos se enuncien expresamente por sus nombres en los encabezamientos de los títulos o capítulos del Código Penal; pero si el procedimental así lo requiere, si es preciso.

Dice el Artículo 345 de la Ley 105 de 1890:

«En la parte resolutive del auto de enjuiciamiento se formulará el cargo mencionando el delito con la denominación que le da el Código Penal en el respectivo Capítulo, o en el correspondiente Título cuando éste no se divide en Capítulos, como homicidio, heridas, robo, hurto, estafa, delitos y culpas contra los funcionarios y empleados públicos, etc., sin calificar desde luego si el homicidio fue premeditado, involuntario o de otra especie, ni señalar algún artículo especial en el Capítulo o sección correspondiente de la ley penal que trate del delito materia del proceso.»

No dice esta disposición que la denominación del delito sea la que figure en el lema o encabezamiento del Título o Capítulo; pero sí parece darlo a entender por los ejemplos que trae y así lo ha interpretado el Tribunal de este Departamento. Ocurre también con frecuencia que en el cuerpo del Título o del Capítulo respectivo no se encuentra tampoco la denominación del delito.

La armonía que debe reinar entre los dos códigos requiere por lo tanto que se reforme la disposición copiada, o bien la nomenclatura del Código Penal. Aquélla, por ejemplo, podría formularse así:

Artículo—En la parte resolutive del auto de enjuiciamiento se formulará el cargo mencionando el delito con la denominación genérica que le da el Código Penal, como homicidio, resistencia, delito contra empleado público, heridas etc., sin calificarlo o especularlo desde luego diciendo v. g.: homicidio premeditado, heridas en riña etc. Porque esta es la sustancia de tal disposición.

Hay que convenir de antemano, que la nomenclatura del Código Penal no es la más hermosa y correcta que digamos y debiera reformarse con arreglo a un plan uniforme que bien pudiera tener por base la denominación de los delitos en los encabezamientos de los Títulos o Capítulos.

Saltan a la vista los defectos de la actual nomenclatura, con la interpretación que se ha dado al Artículo 345 citado.

El que infrinja el Artículo 230 del Capítulo Tercero, Título Tercero del Libro Segundo, que en general hace alusión a sediciones, motines y asonadas, mal puede ser llamado a juicio por «Disposiciones comunes a los dos Capítulos precedentes», que es el título o encabezamiento del Capítulo. Se hace preciso ya en casos de esta especie, que se repiten en el Código, restringir aquella interpretación mientras la reforma se hace en una u otra parte.

En apuros se verá un juez al enjuiciar a un individuo por violación de algunas de las disposiciones del Título Sexto, Libro Segundo, porque bien se comprende que los enunciados de los dos primeros Capítulos del Título y que dicen: «De los médicos y cirujanos, «De los boticarios y demás personas que venden efectos medicinales», indican quiénes pueden delinquir, en manera alguna los delitos que deban formularse. En este caso hay que buscar la fórmula en el Título, no en el Capítulo, contra lo que la ley dispone.

El Capítulo Tercero, Título Quinto, del Libro citado, se enuncia así: «Responsables de la fuga de los presos» Pudiera darse aplicación a la ley de enjuiciamiento suprimiendo en este caso las tres primeras palabras; pero entonces se da campo a confusiones con el Capítulo que le precede y que trata de «Fuga de presos y detenidos,» razón por lo cual el Tribunal Superior anuló un enjuiciamiento formulado simplemente: «fuga de presos», contra un empleado que dio lugar a una evasión. Este inconveniente se obviaría si, como lo hacen varios Códigos: el Francés, el de Ginebra, etc. se comprendiese en un sólo Capítulo todo lo relacionado con las fugas o evasiones, tanto con relación a los fugados como a los que les ayudan o están encargados de su custodia, si es que para estos últimos no hay disposiciones especiales en el Título que trata de los delitos de los empleados públicos en ejercicio de sus funciones. Así vemos que el Capítulo VII, Título IV, Libro Segundo del Código Italiano intitula así: «De la evasión y de la falta de cumplimiento de las penas».

En algunos Capítulos el Código Colombiano no denomina los delitos, sino a las personas que los cometen, diciendo v. g.: perjurios, testigos falsos, bigamos, etc. en vez de decir perjurio, bigamia, etc. para poder dar aplicación a la fórmula de enjuiciamiento.

En otros y con alguna frecuencia, indica las personas a quienes castiga cuando dice: «Personas que resisten o impiden la ejecución de las leyes»; «Personas que ejerciendo algún empleo público admiten cohechos o regalos», pudiendo decir con más propiedad: «Resistencia, Cohecho etc. ya que con aquellas denominaciones no puede formularse un auto de proceder.

Para zanjar las dificultades que presenta esta nomenclatura, los Jueces se han visto obligados a definir ellos mismos los delitos, empleando las palabras más acomodaticias a las denominaciones del Código, o tomándolas del cuerpo mismo de los Títulos o Capítulos, o usando las empleadas en la denominación del Título y no del Capítulo respectivo, como lo ordena la ley, y en último caso, citando éste por su número y colocación, dando así una interpretación muy restringida y no siempre igual al acotado Artículo 345 de la Ley 105. Se comprende que esto no es del todo ajustado a la ley y no deja de tener sus inconvenientes. Algún Tribunal declaró nulo un enjuiciamiento formulado del último modo o sea, con la citación del número del Capítulo y Título aplicables, fórmula que ha aceptado el Tribunal de Antioquia.

No todos los delitos que el Código enumera son tampoco bien definidos. Citaremos sólo un caso.

El Capítulo Noveno, Título Primero del Libro 3.º, llama estupro alevoso, la violación de mujer por engaño o privándola previamente del uso de razón. (Artículos 715 a 722) Bien es cierto que el Derecho Romano y el Canónico, denominan estupro, en su acepción más amplia, el acceso en doncella o en viuda de buena fama; pero mientras el primero, según Escriche, requiere que el acceso sea sin fuerza, y el segundo admite ésta, exigen ambos la buena fama o la doncellez, mientras que el Código hace extensivo el delito aun el caso de violación de mujer pública.

En cambio, la definición gramatical de estupro, en su sentido riguroso, es violación de doncella y ésta es también la acepción de los Teólogos moralistas ¿No cuadra por tanto mejor a los delitos que la ley Colombiana denomina estupro alevoso, la denominación de violación cuyo significado es el de acceso a una mujer contra su voluntad?

Si se pretende distinguir estos delitos de los que la ley llama «Fuerzas y violencias contra las personas», podría decirse que hay fuerza cuando existe violencia material, y violación, cuando la falta de voluntad de la ofendida proviene de artificio o engaño. Esta distinción no es, empero, rigurosamente científica, y el Código mismo no la establece bien cuando en los artículos 681 y 682 del Capítulo, de «Fuerzas y violencias», contiene disposiciones muy similares a las de los artículos 716 y 717 del Capítulo que trata de estupro alevoso.

Más acertado nos parece descartar del primero de los capítulos citados, aquellas disposiciones que se refieren a delitos que afectan directamente la moralidad, para incluirlos en el segundo que trata de estos, dejando en aquél únicamente los referentes a delitos que afectan la libertad y seguridad individuales.

El Código de Chile procede de este modo. Entre los delitos que afectan los derechos garantidos por la Constitución, materia del Título III, Libro 2.º, comprende, en el Parágrafo 3.º, los crímenes y simples delitos contra la libertad y seguridad cometidos por particulares; y en el Título VII del mismo Libro, referente a los crímenes y simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, vemos que enumera, en párrafos, los siguientes: aborto, abandono de niños y delitos contra el estado civil de las personas; raptos, violación, estupro—en su verdadera acepción no prevista en el Código Colombiano y distinto de la simple violación—, incesto, corrupción de menores y otros actos deshonestos; los ultrajes públicos a las buenas costumbres, el adulterio, y la celebración de matrimonios ilegales, que comprende la bigamia.

Este proceder del Código Chileno nos hace pensar que también la distribución o colocación de los delitos en el nuestro, es digna de revisión.

En primer término, como ya parece insinuado, los delitos que el Código comprende bajo el título de «Delitos contra la moral pública», (la alcahuetería, la corrupción, la bigamia, el amancebamiento, y las acciones, escritos y palabras obscenas) pudieran formar un solo cuerpo o comprenderse bajo un solo Título, con el raptos, la violación, el estupro, el adulterio y la seducción, delitos que si afectan a las personas más directamente que aquéllos, interesan muy especialmente también a las buenas costumbres y al orden de las familias, siendo por lo tanto muy similares unos y otros.

Y no sólo el Código de Chile nos da el ejemplo. El

Código Italiano y otros pueden también suministrárnoslo y el Proyecto Concha lo acepta.

De acuerdo en parte con la división de nuestro Código, el de enjuiciamiento criminal establece también distinción para la competencia y atribuye a los Jueces Superiores el conocimiento de los delitos de rapto, fuerza y violencia contra las personas, y estupro alevoso; y a los Jueces de Circuito, los demás. No están de acuerdo los comentadores y Tribunales al determinar la competencia para el delito de adulterio, por las dudas que se presentan con relación a la vigencia del Artículo 102 de la Ley 61 de 1886.

La práctica ha demostrado los inconvenientes de esta distinción, porque siendo los delitos contra la moral los que exigen mayor reserva en lo general y los que más fácilmente se ocultan, ordinariamente quedan impunes los que conocen los Jueces de Circuito, lo que no sucedería si el Jurado, con campo más amplio de prueba, pudiese fallarlos. Por esta razón el Ministerio Público y entendemos que también el Tribunal de este Departamento, han pedido al Congreso que los delitos contra la moral queden de competencia de los Jueces Superiores, al menos los de corrupción, alcahuetería, adulterio, seducción, y los que cometen los llamados exhibicionistas.

El Código Penal de la Nación divide los delitos en dos grandes grupos. Trata el Libro Segundo de los delitos que afectan principalmente a la Nación o a la sociedad, o que sean cometidos por empleados públicos; y el Libro Tercero, de los delitos contra los particulares. Esta separación no es de rigor ni puede ser enteramente exacta, por la dificultad de hacer el deslinde. No es de rigor, porque en la actualidad no hay delitos que funden exclusivamente acción privada; ni exacta, porque por regla general, los delitos contra la cosa pública afectan a los individuos, y apenas si habrá delito contra las personas que deje de interesar a la sociedad; y porque si el mal predominante, bien sea social, o bien individual, es el que determina la distinción, esto no siempre es palmar. Así tenemos que la falsedad en documento privado, delito enumerado entre los que afectan a la sociedad, afecta más directamente los intereses de la persona ofendida, y en cambio, el incendio—colocado entre los delitos contra las personas—ofende en primer término a la sociedad por los grandes peligros que presenta y sobre todo en los casos en que el incendiario pone fuego a un edificio público o no se propone causar mal a persona determinada, sino v. g: incendiar una ciudad.

Aun con la actual división valdría la pena de refor-

mar el orden de los Títulos y Capítulos del Libro Segundo, no intercalando Títulos de materias diversas entre los que tratan de otras con más puntos de contacto. Al orden que hoy existe, prefiriéramos colocar primero los Títulos referentes a los delitos que afectan el principio de Autoridad o sea los delitos contra la Nación; contra la tranquilidad y el orden público, que comprenden los delitos políticos; contra los funcionarios públicos; delitos contra la administración de justicia, (prevaricación, evasión de reos o detenidos etc.); los delitos contra la Hacienda Pública y los que cometen los empleados públicos, para agregar en seguida los delitos que afectan directamente a la Sociedad y que el Código coloca en estos títulos: Delitos contra la fe pública; Delitos contra la Religión y el Culto; Delitos contra la Salud Pública y Delitos contra la moral, incluyendo los que figuran en el Libro Tercero.

GRADUACION DE LOS DELITOS

Después de enumerar el Código las circunstancias agravantes y atenuantes que pueden ocurrir, admite en los delitos tres grados y determina así, cómo debe hacerse la graduación:

«Art. 123. Si hubiere circunstancias agravantes y ninguna atenuante, la calificación del delito se hará en primer grado; si hubiere circunstancias atenuantes y ninguna agravante, la calificación se hará en tercer grado; y si concurrieren al mismo tiempo circunstancias atenuantes y agravantes, la calificación se hará en segundo grado.»

En la determinación de atenuantes y agravantes, para graduar el delito, no debe tenerse en cuenta únicamente su número, sino, principalmente, su importancia o su mayor o menor gravedad, lo cual no puede determinar la ley sino el Juez que conoce de cada paso particular. Este principio lo reconoce el Código en su artículo 122, pero inmediatamente lo echa por tierra el artículo que le sigue en orden y que hemos copiado, lo que hace patente su inconveniencia.

No es sólo esto. Por más criminal y pervertido que sea un delincuente; por más agravantes que ocurran en el delito mismo, no puede concebirse en su perpetración, la completa exclusión de atenuantes, ya de parte del reo, ya en el hecho cometido. Es pues imposible en rigor legal y al tenor de la disposición tachada, calificar un delito en el grado máximo.

Puede suceder también en el caso de varias circuns-

tancias agravantes y varias atenuantes, que sean muchas o de significación las primeras y pocas o de poca monta las segundas, o viceversa. ¿Sería justo en este caso calificar siempre el delito en segundo grado, como lo exige la ley?

Existen también determinados casos en que la graduación del delito no puede hacerse con justicia al tenor de la disposición que se comenta. Ordinariamente las disposiciones penales que determinan máximo y mínimo a la pena, fijan aquél en el doble de éste; y de este modo, el grado medio del delito se castiga con un aumento de pena del cincuenta por ciento sobre el mínimo. Esta proporción que encontramos correcta, no existe siempre, sin embargo, lo que puede indicarse también como objeto de reforma. Hay casos, como el del artículo 648, en que el máximo es ocho veces mayor que el mínimo. Se da pues más importancia a veces a las circunstancias del delito que a este mismo, y se impone pena mucho mayor por aquéllas que por la violación en que pueden ocurrir. Así por ejemplo: el que hiere a otro y le causa incapacidad mayor de ocho días y menor de treinta, que es el delito previsto en el artículo citado, tiene como pena mínima, seis meses de reclusión; pero si el reo está en estado de embriaguez cuando delinque o ha sido de mala conducta anterior, y el ofendido es un anciano o una mujer, podrá aplicarse a aquél seis meses de reclusión como base mínima del delito y por las circunstancias agravantes, previa calificación de aquél en segundo grado, merecerá veintidós meses de la misma pena. Restringiendo un poco la severidad de la ley y aumentando únicamente al delito en grado mínimo, la sexta parte de la diferencia entre éste y el máximo, todavía el aumento sería mayor que la pena del delito, pues aquel sería de siete meses y ésta de seis únicamente.

De todo ello se deduce, que si la pena no debe quedar al arbitrio del Juez o Magistrado, no ha de ser tampoco tan restringida la facultad de éstos en su aplicación. Y téngase en cuenta que las fluctuaciones que el artículo 124 del Código permite al fallador, con la sexta parte de la diferencia entre el máximo y el mínimo, no son suficientes para zanjar las dificultades expuestas.

No todos los códigos penales reglamentan ni determinan las circunstancias agravantes ni atenuantes que pueden presentarse. El Código Italiano es uno de ellos, aunque en su Título IV trata de ciertas causas que disminuyen la imputabilidad, y en sus artículos 65, 77 y quizá otros, se refiere incidentalmente a dichas circunstancias.

Puede agregarse, como razón final, en pro de la re-

forma del Artículo 123 acotado, que éste no se cumple estrictamente por los encargados de administrar justicia, como hemos tenido oportunidad de observarlo. Y a nadie se oculta que una ley que no se cumple porque es injusta en la conciencia de todos, o porque no puede cumplirse, debe derogarse sin vacilar, para no poner al Magistrado o Juez en la dura alternativa de cometer una injusticia o poner en ridículo la magestad de la ley.

FUGA DE REOS REMATADOS

Las primeras disposiciones estrictamente penales o las primeras sanciones que se encuentran en el Código, son las del Capítulo Cuarto, Título Segundo, del Libro Primero que trata de los «Reos que por la fuga o de cualquier otro modo pretenden eludir la pena.» Este Capítulo es digno de estudio, ya por su colocación, ya en su contenido.

En primer término, cabe preguntar: ¿Es delito la fuga de un reo?

Ante la ley moral precisa contestar negativamente esta pregunta, porque el afán o interés del hombre a ahorrarse sufrimientos, a apartar de su senda todo motivo de dolor, es tan natural, tan instintivo, que le es imposible en absoluto sustraerse a él. El hombre no puede jamás aborrecerse y la persona que con su propia mano corta el hilo de su existencia, no lo hace por causarse mal sino porque en su extravío mental cree de este modo poner remedio a sus desdichas. Este afán, este sentimiento, es reconocido por todos los moralistas y aceptado para considerar irresponsable al que se fuga de una prisión, al que niega haber cometido un delito y aun al que bajo de juramento protesta de su inocencia. Reconociendo este principio las legislaciones modernas han suprimido las torturas que las antiguas establecían para arrancar la confesión a los criminales y aun a los inocentes de delito cuando las torturas eran más graves que la pena misma o aunque no lo fueran, por ser males más inmediatos e inevitables que ésta. Y por la misma causa o razón, el Artículo 25 de la Constitución dispone sabiamente que nadie puede ser obligado a declarar en causa propia, disposición que sólo la dictadura ha podido eclipsar entre nosotros.

En rigor moral, el hombre tiene derecho de eludir toda pena, física o moral, en cuanto le sea posible sin emplear medios reprobados de por sí. El reo convicto de un delito que en las gradas del patíbulo sostiene todavía su

inculpabilidad, hace uso de su derecho; el enfermo que busca al facultativo que ha de curarlo de enfermedad contraída talvez por anteriores liviandades quiere eludir una pena de orden físico; y el penitente que confiesa humildemente sus pecados, se propone evitar las penas de ultratumba. Así, el reo que se fuga lo hace por recobrar el bien inapreciable de la libertad.

La fuga simple, no cualificada, tampoco debiera ser punible legalmente. A este propósito dice el Dr. José Vicente Concha en su tratado de Derecho Penal:

«En épocas anteriores se discutió si el hecho de fugarse un individuo de edificio o cárcel en que está detenido, constituye o no delito, cuando la fuga es simple, es decir, cuando no ha sido acompañada de fuerza o violencia de ninguna especie. Porque, se decía, que siendo sólo los empleados públicos quienes tienen el deber de concurrir activamente al cumplimiento de las leyes o actos de justicia, los demás ciudadanos únicamente están obligados a no oponer resistencia de fuerza a tales actos, y de allí se concluía que el acusado que se fuga, como el que se oculta o dice una mentira, sin acompañar estos hechos de violencia u otro delito, no incurre en pena alguna. Esta teoría está hoy aceptada universalmente, y no se discute. El amor de la propia conservación y de la libertad es un sentimiento tan natural en el individuo, que la ley no puede erigir en delito ningún acto que, no teniendo en sí mismo carácter criminoso, tienda a la consecución de esos fines.....»

«El Código Colombiano reconoce esta teoría en lo que hace a los detenidos o presos sobre quienes no ha recaído condenación (art. 284) pero la desconoce por completo en tratándose de los que han sido ya condenados (art. 34), sin que tal distinción tenga suficiente fundamento».

La reconoce también más ampliamente—agregamos nosotros—para el cónyuge o parientes inmediatos del penado, que sin soborno o cohecho, facilitaren su fuga con algún artificio, lo cual es inexplicable porque mayor es el móvil exculpativo que impulsa al reo a fugarse, que el que mueve a sus allegados a prestarle ayuda en la fuga.

Aun parece que el Legislador Colombiano no hubiera pretendido dar a la fuga de reos rematados el carácter del delito, cuando dividiendo el Código Penal en tres libros y destinando el primero para tratar de los delitos y penas en general, y de la aplicación y efectividad de éstas y los dos restantes para la enumeración de los delitos en particular y determinación de sus penas, colocó en aquél el Capítulo que comentamos. Así se encuentra

también en el Código Chileno y en el proyecto de Código Penal elaborado por el Dr. Demetrio Porras.

Con todo, si se atiende a que delito, según la definición del artículo 1.º del Código, es la voluntaria y maliciosa violación de la Ley por la cual se incurre en alguna pena; y a que al fugado se aplican penas corporales, y graves algunas veces, por una violación de la Ley, es forzoso concluir que la fuga es verdaderamente un delito en el Código Penal de la Nación, bien que esta conclusión nos presenta otra dificultad para efectos de reincidencias, como lo veremos más adelante.

Esto sentado, salta a la vista que las disposiciones que castigan la fuga no debieran estar en el Libro 1.º del Código. A nuestro entender, quedarían con más corrección en el Libro 2.º que se refiere a los delitos que afectan principalmente a la cosa pública; y más aún, no vemos inconveniente en que formaran un sólo Capítulo con los que hoy son segundo y tercero del Título V de este Libro y que tratan de otras responsabilidades por fuga. Así lo hemos visto en otros Códigos Penales.

A pesar de los sólidos razonamientos en que se apoyan los enemigos de la penalidad de las fugas, puede explicarse y admitirse ésta, a la luz de los sistemas mixtos—en manera alguna por los exclusivamente moralistas—por la necesidad que tiene la Sociedad de procurar, por cuantos medios pueda dentro de la licitud, la efectividad de sus sanciones. Lo que si es inexplicable, sea cual fuere el sistema que se preconice, es la severidad y más que todo, la inconsecuencia e injusticia que la Ley Colombiana gasta para castigar a los fugados.

De dónde tomó el Código Penal las disposiciones pertinentes a esta materia o de qué ejemplos se sirvió, no lo sabemos a ciencia cierta; pero es el caso que las que hoy rigen son, mutatis mutandis las mismas que han regido en el país y especialmente en este Departamento desde 1.837, según los Códigos: Nacional de este año; el de Cundinamarca de 1.858; el Antioqueño de 1.867; el de 1.873, también Nacional; y el de 1.890, vigente actualmente en toda la República.

El artículo 34 de este último, pregona:

«A los condenados, por cualquiera autoridad, a presidio, reclusión, prisión o arresto, que se fugaren, se reagravará la pena con una quinta o una tercera parte más del tiempo porque estaban condenados.»

El Dr. Concha ya citado, prevé el caso de que el sindicado por un delito que tiene de pena v. g., un año de reclusión y se fuga, incurre, imponiéndole el máximo de la pena, en seis meses de reclusión (art. 284), y el reo re-

matado por el mismo delito, apenas sufrirá, imponiéndole el mismo máximo, cuatro meses de igual pena; siendo indudable que es más grave la fuga de un sentenciado que la de un sindicado. Esto entraña ciertamente una injusticia; pero olvidó advertir al comentador del Código que la fuga del detenido no es penada sino cuando media fuerza, escalamiento u otro delito, mientras que en la del sentenciado, se castiga la fuga en todo caso. Por lo demás, toma él como ejemplo, uno de los casos más benignos de fuga de reos, y no se advierten así las mayores injusticias que pueden cometerse en estos casos comparados entre sí. Agrega el mismo comentador que «acaso para remediar esta desigualdad, se ha establecido que el sentenciado pierda la parte de condena que llevaba cumplida cuando se fugó», pérdida que patentiza más y mejor las injusticias que nosotros anotamos.

Todo depende de que el legislador toma por base de la pena, no los delitos o las fugas que pretende castigar, sino las penas impuestas a los fugados, por delitos pasados ya en autoridad de cosa juzgada.

La fuga en sí, es un hecho, una violación legal, igual para todos los reos, ya en su materialidad, ya por el móvil que impulsa a cometer el delito. Cuando más podría considerarse como un agravante, no como delito de distinta gravedad en substancia, la mayor cantidad de pena que el reo pretenda eludir con la fuga, como lo será también, el mediar fuerza u otro delito en el acto, cosa que no distingue el Código; pero estos agravantes se regulan mejor con la calificación del grado del delito, o con disposiciones especiales, y no, tomando una base arbitraria de castigo.

Esta base peca contra los caracteres y cualidades de la pena. Un ejemplo nos permitirá explicarnos mejor:

Dos reos pactan fugarse de un presidio y logran su intento. Uno de ellos está purgando veinte años de presidio y el otro dos meses únicamente; pero es el caso que el primero ha pagado ya diez y nueve años diez meses, y el segundo, ni un día completo siquiera. Ambos deben, pues, a la justicia, dos meses de condena. A nadie se oculta que en este caso los dos hechos o delitos son iguales en naturaleza y gravedad y aún podría decirse que es menos grave el primero porque el reo ha satisfecho, casi en su totalidad, la vindicta social. Sin embargo, la Ley castiga al primer reo con un mínimo de cuatro años y al segundo con doce días, también como mínimo. Supongamos, todavía más, que el reo de menor pena ha sido de malísima conducta, es el incitador de la fuga y tiene otros agravantes en su contra que imponen la calificación

del delito en primer grado, mientras que el otro, en quien no concurren las mismas circunstancias, es penado en tercer grado. ¿Qué sucedería en este caso? Que el primero deberá sufrir veinte días de presidio, y el segundo cuatro años de la misma pena; desproporción enorme y tanto más injusta cuanto que el delito del último es mucho menos grave.

Peca, por lo tanto, la disposición legal contra la igualdad que requiere que la pena sea una misma para todos los reos que cometan el mismo delito, y contra la proporcionalidad que ha de consistir en que a mayor delito se imponga mayor pena.

Se podrá objetar, tal vez, que la ley no castiga la fuga como un delito especial y que su propósito es agravar una pena anterior que el reo tenía merecida, por haber intentado evadirla. Tendremos entonces que se viene a castigar un hecho penado ya, lo que es contrario a la unidad de la pena y viola la autoridad de cosa juzgada, agregando una pena por un hecho posterior a la comisión del delito y su juzgamiento, e independiente de éste.

Muy distinto es el caso de reincidencias porque en éste no se agrava la pena primitiva sino la nueva que el reo merece y por circunstancias especiales, ya que el reincidente demuestra su incorregibilidad y se hace acreedor a mayor severidad de la ley. No así el fugado.

Y aquí se nos ocurre esta pregunta: El reo de fuga, cuando elude pena de presidio o reclusión, debe ser penado como reincidente?

Sí, puesto que hemos llegado a la conclusión de que la fuga es un delito. Pero, bien sea porque se considere que no lo es, en rigor legal, bien por las injusticias que se derivan de las disposiciones que comentamos, lo cierto es que los fallos que conocemos no tienen en cuenta la reincidencia al penar una fuga de reo. Satisfechos quedarían éstos si se procediera en contrario! En el ejemplo que hemos puesto, pagaría el reo de veinte años, ocho por la fuga y el de dos meses, veinticuatro días, considerando que ellos no hubieran tenido más reincidencia que en la fuga.

Los Artículos 35 y 36 del Código, imponen reclusión por uno o dos años a los desterrados y confinados que violaren sus condenas. Estas disposiciones no adolecen de los gravísimos defectos que hemos anotado al artículo 34; pero no son por eso aceptables en un todo.

En aquéllas, el Código se aparta de la pauta adoptada en éste. Y con razón, porque es preciso tener en cuenta que en las penas privativas de la libertad, cuales son: las de presidio, reclusión, prisión y arresto, su

cumplimiento queda encomendado principalmente a las autoridades y a sus agentes, sin cuyo descuido y complacencia, con dificultad serán quebrantadas; mientras que aquellas penas que sólo limitan la libertad, como el destierro o el confinamiento, en su mayor parte o en un todo dependen de la obediencia o fidelidad de los mismos penados. De suerte que las primeras podrán hacerse efectivas en los fugados que se logre capturar aumentando un poco más su encierro y vigilancia; mas las últimas deberán ser cambiadas por aquellas que dan más garantías de seguridad, a fin de que no puedan burlarse fácilmente en definitiva. Con todo, como lo observa el Dr. Concha, no es justo ni equitativo imponer la misma pena de reclusión, sin distinguir el término de la pena violada ni las circunstancias en que se haya verificado la fuga, de tal suerte que puede ocurrir que la pena de la violación sea superior a la primitivamente señalada.

No se ve tampoco la necesidad de que el cambio se haga por penas que traen consigo la privación de los derechos políticos y otras accesorias, y mucho menos, por un tiempo relativamente largo y dejando en vigencia la pena anterior. Bien se comprende que el aludido artículo 37 es contrario, por lo dicho, a la conveniencia y a la justicia, pudiendo suceder que quien viole un destierro de pocos meses sufra una pena mayor que la aplicable a quien viole igual cantidad de presidio o reclusión. Esta disposición es, por lo tanto, aberrante.

Si hemos motejado de aberrantes e injustas las sanciones de los artículos 34 a 36 del Código, no sabemos como calificar el artículo 37 que dice:

«En los casos de los artículos anteriores de este capítulo, los reos perderán el tiempo de pena que habían cumplido y comenzará a contarse de nuevo.»

Este artículo no sólo agrava penas severísimas de suyo, sino que está en abierta pugna con la equidad y con la ejemplaridad de la pena. Con la equidad, porque si el reo se fuga cuando ha cumplido ya la mayor parte de su pena, su falta será menor que si se fuga desde un principio, ya porque elude menos pena, ya porque ha saldado en mayor parte su deuda para con la justicia. Y no obstante esto, la Ley impone mayor pena en aquel evento. Así por ejemplo: si un reo condenado a diez años de presidio, se fuga cumplido un año de esta pena, pagará por todo trece años, incluyendo el tiempo que pierde; pero si la fuga la efectúa después de nueve años, no verá el sol de la libertad sin haber purgado veintiún años su delito y

su temeridad, es decir, ocho años más por menor falta. No se ve en esto, a la luz meridiana, trasgredido el principio de que la pena debe ser proporcionada al delito? Tanto, que con relación a este principio, nos atreveríamos a aplicar al acotado artículo 37, la gráfica expresión del Dr. Román de Hoyos: «Está perfectamente bien...sólo que es todo lo contrario.»

Que no es ejemplar esta disposición puede también sostenerse porque si un reo llega a acariciar el proyecto de fugarse, la misma ley lo impulsará a que lo haga cuanto antes, pues así su pena será menor. ¿Esto es ser ejemplar?

Tanta severidad gasta nuestro Código con los reos de fuga que bien parece que lejos de buscar por base la justicia, quisiera imponer a éstos el deber de guardarse a sí mismos y ahorrar a la Nación los gastos que demandan la seguridad de los establecimientos de castigo y el sostenimiento de vigilantes o custodios competentes, honrados y en número suficiente. Pero la medida ha resultado contraproducente ya que la estadística demuestra que hoy son más numerosos que antes los casos de fuga y, lo que es peor todavía, de reos que se han fugado tres y más veces, o que han adquirido ya celebridad por sus continuas evasiones.

Se nos viene al paso otra observación. Para que la fuga simple, no calificada, tenga pena, es preciso que el fugado esté legalmente cumpliendo una condena. Si un reo capturado después de una evasión se fuga nuevamente, antes de ser juzgado por la primera fuga, ¿estaría cuando efectuó la segunda cumpliendo legalmente una pena? Hay en esto un vacío en la legislación colombiana que no se llena siempre con las disposiciones vigentes sobre acumulación de procesos, deficientes de suyo. La pena se interrumpió indudablemente con la primera fuga, pero no ha dicho la ley cuando principia la continuación de su cumplimiento. En principio, quizás pueda sostenerse que no debiendo confundirse en un individuo los caracteres de procesado y reo rematado, para no coartar a quien responde en juicio, su derecho de defensa, el reo fugado no continuará cumpliendo su pena mientras no sea juzgado por la fuga. La Corte Suprema ha resuelto, en tesis general, que si comete un delito quien está pagando una pena, ésta se suspende y el delincuente deberá ser puesto a disposición de la autoridad que debe juzgarlo por el nuevo delito, previa acumulación de los juicios; pero ha de saberse que esta acumulación casi nunca se lleva a efecto en la práctica. No obstante, hemos creído que el principio en sí puede aplicarse y en consecuencia hemos dedu-

MEDELLIN - COLOMBIA

BIBLIOTECA

cido que, capturado un reo, después de su fuga, debe ser considerado como detenido, mientras se le juzga por aquella. Por consiguiente, hemos sostenido que al fugarse de nuevo en estas condiciones no está legalmente cumpliendo pena y lo hemos absuelto por la nueva fuga. Quizá sea un poco atrevida esta interpretación, pero en todo caso es la más benigna y la hemos tomado previo concepto favorable de juristas competentes. Mas como los fallos de esta naturaleza no son consultables, por excepción que no nos explicamos, ignoramos cuál sea la opinión del Tribunal Superior a este respecto y cuál, en definitiva, la verdadera doctrina jurídica.

En resumen y deducción de las observaciones anotadas en este Capítulo, indicaremos, siquiera sea someramente, de qué modo debiera ser reformado el Código.

El Código Penal de Chile no impone nuevas penas a los reos rematados que quebranten su condena. Se limita únicamente a agravar la severidad de las mismas—sin aumentar su duración—cuando ellas son privativas de la libertad, con la incomunicación con personas extrañas, la cadena o grillete y la prisión celular, según la contumacia de los reos en fugarse. Y si las penas son restrictivas de la libertad, las convierte en algunas de las privativas, aunque en menor duración, dada su mayor gravedad. Sólo por excepción aumenta la duración de la pena a los que ejercen empleos de que han sido suspensos.

Se comprende claramente que estas sanciones, por regla general, no son nuevas penas sino las seguridades mayores de que el legislador tiene que valerse, cuando no son suficientes las ordinarias para obtener el cabal cumplimiento de las penas ya impuestas. Este sistema chileno se lleva todas nuestras simpatías y así lo quisiéramos ver implantado en Colombia; pero si se atiende a que aquí los establecimientos de castigo dejan mucho que desear y a que es muy deficiente la custodia de los reos y no existe la prisión celular, puede admitirse—como medio de intimidación para evitar las fugas—que las penas impuestas a los fugados sean aumentadas o convertidas de esta manera:

En el caso de que la pena fuere de presidio, reclusión, prisión o arresto, podrá imponerse al fugado—reformando así el artículo 34—un aumento proporcional del tiempo de pena que falte por cumplir al verificar la fuga, en manera alguna sobre el total, como hoy se castiga. Este aumento no deberá pasar de determinado tiempo para que el castigo no se haga excesivo en algunos casos. Esta teoría que hemos venido defendiendo, la acepta el Dr. Demetrio Porrás en su proyecto de Código Penal cuando

se trata de fuga simple; pero se decide por la antigua, vigente hoy, si la fuga fuere acompañada de fuerza u otro delito, en lo cual no hay razón, a nuestro entender, porque los inconvenientes de ella son los mismos en ambos casos y porque la mayor gravedad del hecho bien puede castigarse de otro modo.

Si la pena quebrantada fuere de destierro o confinamiento quedaría bien substituir los artículos 35 y 36 con otro u otros en que se dispusiera que el fugado habría de pagar en prisión o reclusión el tiempo de pena que aún no había cumplido, con un aumento proporcional si se quiere; bien que al optarse por la reclusión, la pena debería ser de más corta duración, por razón de su mayor gravedad.

El Artículo 37 debe ser suprimido completamente.

Si se optare por castigar la fuga simple con las penas antedichas, la que se verifique con fuerza y violencia, con cohecho, o acompañada de otro delito, se castigará además con uno a tres meses de reclusión, o bien, con la pena aplicable al otro delito cometido, si esta fuere mayor. En todo caso, la pena no ha de ser inferior a la que correspondiera al detenido que se fugue en igualdad de circunstancias, reagravada en un veinte por ciento.

Al distinguir la fuga simple de la cualificada opina el Dr. Concha, apoyado en otros tratadistas, que el simple escalamiento sin fractura no constituye causal de cualificación, como lo considera el Artículo 284 del Código; y a esta opinión nada podemos objetar.

Algunos Códigos castigan también a los reos que violan ciertas penas incorporales, como la de privación de los derechos políticos. El nuestro nada prevé sobre este particular, pero el Art. 171 de la Ley 7 de 1888, si castiga con prisión por uno a dos años, al que votare en cualquier elección estando suspenso o privado de los derechos políticos. El individuo que inhabilitado para ejercer empleo público se haga cargo de alguno, no tiene sanción penal.

Para evitar torcidas o contrarias interpretaciones y rigores excesivos, es de necesidad incluir entre los delitos que no deben tenerse en cuenta para la reincidencias—enumerados en el párrafo del Art. 140—los de fuga, ya que éstos son de menor gravedad que los comprendidos en aquella sabia excepción. En los ejemplos que hemos puesto no hemos patentizado todo el rigor que admite la ley Colombiana. Veamos hasta donde alcanza:

Un reo condenado a veinte años de presidio se fuga cuando ha pagado ya nueve años de su pena y el Juez le dice: «Ud. efectuó la fuga con escalamiento, acompañada de otros y la sociedad tiene mayor necesidad de es-

carmientos por la mayor frecuencia de las fugas. En vista de estos agravantes, se aumentaría su pena con una tercera parte más del tiempo porque estaba condenado. Le corresponden pues seis años, seis meses, veinte días de presidio». (Si esto no es muy probable, es por lo menos posible legalmente y nosotros estamos criticando la posibilidad).

«Como la pena que Ud. merece hoy es de presidio y Ud. había sido condenado a la misma pena, debe ser considerado como reincidente y así la pena actual se duplicará, en atención a lo que dispone el párrafo tercero del artículo 142 del Código Penal.

«Además de esta pena ha perdido Ud. nueve años de presidio que llevaba cumplidos y la pena primitiva empezará a contarse de nuevo. Total, que, por haber tratado Ud. de evadir su pena debe purgar hoy veintidós años, un mes y diez días de presidio. Esto sin contar, por supuesto, con el tiempo que le faltaba, por cumplir de la primitiva pena»

Hay más todavía: el reo corre el riesgo de que al liquidar su pena se le diga que a pesar de su buena conducta observada hasta el día de la fuga, ha perdido por ésta el derecho de rebaja de pena, que representa una cantidad no despreciable de años de presidio.

¿Habrás visto mayor aberración o sevicia? Si, y por desgracia, en el mismo Código que estamos comentando. Un individuo condenado a quince años de presidio se fuga a los nueve; pero hay que tener en cuenta que además de la pena que pagaba cuando se fugó, había sido condenado a un año de presidio por delito que da lugar a reincidencia y dentro del decenio legal. Calificado el delito en tercer grado, para no exajerar, tendremos que dicho individuo debe pagar:

Tres años de presidio por la fuga; y por la reincidencia, liquidada como lo ordena el art. 142 citado atrás, doce años, ocho meses de la misma pena, porque cuando se trata de segunda reincidencia no puede aplicarse la regla del acotado párrafo tercero de dicho Artículo. En resumen y teniendo en cuenta el tiempo que pierde el reo, éste sufrirá veinticuatro años, ocho meses de presidio, o bien, veinte años de esta pena y el resto en reclusión si se aplica al Art. 147 del Código, esto es: pena mucho mayor que la aplicada al delito que purgaba, y todo por haber tratado de eludir sólo un año de dicha pena, dando por supuesto que se hubiera hecho acreedor hasta el día de la fuga, a la rebaja de tercera.

¡Ah, el Artículo 142 del Código Penal! Ya le dedicáramos capítulo aparte si dispusiéramos de tiempo para

ello. No ya por suposiciones, sino en la práctica, nos tocó liquidar una reincidencia para un reo de fuga que había sido condenado varias veces por delitos contra la propiedad, de poca monta. Nos referimos a Antonio J. García (a Sapa blanca) tan conocido en los anales judiciales de Antioquia, por sus fugas y raterías.

La pena que debía aplicarse era la prevista en el Art. 284 que trae como mínimo *dos meses* de reclusión y seis como máximo. Pues bien: hecha la liquidación correspondiente dio por resultado que el reo debía ser condenado a *doce años* y pico de presidio. Afortunadamente para él, las copias de las sentencias condenatorias no vinieron oportunamente al proceso o así se interpretó por benignidad.

Por todo lo dicho se verá si nos sobra razón para abogar por la reforma que acabamos de indicar.

Por último, el artículo 38 del Capítulo comentado tiene relación con el art. 43 del Código, artículo éste, que debe ser derogado porque no siempre que se notifica una sentencia definitiva entra el reo a cumplir la pena y porque, en nuestro concepto, la determinación que hace el artículo es materia del derecho procesal.

SOBRE EL MISMO TEMA

PROCEDIMIENTO

Si el Código de Procedimiento Criminal es una de las partes de que se compone el Derecho Penal en general, no ha de parecer exótico que abramos un paréntesis al derecho sustantivo, para tratar de ciertas reformas de íntima conexión con la materia que acabamos de estudiar.

En primer lugar y como deducción de lo dicho atrás, hace falta en el Código Judicial una disposición que ordene que cuando se fugue un reo rematado o cometa un nuevo delito, se interrumpe la pena que cumplía y no se continuará cumpliendo sino después de juzgado por la fuga o por el nuevo delito. En este caso el reo no merecerá excarcelación y la detención que sufra se imputará a la pena interrumpida, si el nuevo fallo fuere absoluto, o al conjunto, en caso contrario, lo que la ley no prevé actualmente.

Aunque la ley ha determinado un procedimiento especial para el juzgamiento de los reos de fuga, si eluden condena, no excluye la necesidad de preceder el juicio

de auto de enjuiciamiento, puesto que éste no está ordenado para los juicios ordinarios únicamente sino en título que se refiere a los juicios criminales en general. De este modo sabe el penado cuándo tiene que responder en juicio de la fuga y se previene para su defensa. Sin embargo, aunque el Tribunal Superior dejó pasar sin observación algunos enjuiciamientos en tales juicios, con posterioridad dispuso que no debían formularse. La cuestión es de pura forma, pues es evidente que el primer auto que se dicte en el juicio, como lo dispone el Artículo 1969 del Código Judicial, debe notificarse al reo y dicho primer auto en resumen no hace otra cosa que abrir la causa. Sólo que, por la redacción del artículo y por la supresión de la confesión, según el Art. 365 de la Ley 105 de 1890, tuvimos ocasión de conocer una causa en que el reo fue condenado sin ser oído en juicio en ninguna forma, llevándose así de calle un elemental principio de derecho.

Dice así el citado Art. 1969:

«Luégo que el reo sea aprehendido, y justificada con las declaraciones de dos testigos la identidad de la persona, se tomará confesión al reo, y practicadas las pruebas que indique para acreditar que él no es el que se ha fugado, se dictará sentencia dentro de los tres días siguientes a aquél en que el Secretario informe estar ya practicadas las pruebas mencionadas. Para la práctica de éstas no se podrá nunca conceder un término mayor de diez días.»

En la letra de este artículo se apoyó el Tribunal para resolver que al reo no se admiten más pruebas que las de la no identidad. De suerte que, comprobada esta identidad, al verdadero reo no se admite prueba alguna. No parece aceptable en derecho esta conclusión, porque el fugado puede ser irresponsable como cualquier otro delincuente, por fuerza mayor, demencia etc. Un ejemplo: N. N., reo de ejemplar conducta, se fugó en esta ciudad, sin violencia alguna, cuando le faltaban muy pocos días para obtener su libertad, previa la rebaja de pena a que era acreedor, y comprobó que lo hizo impulsado por graves amenazas de un Custodio. En la convicción de que su intención no fue eludir una pena que tenía casi cumplida, sino escaparse de dichas amenazas, el reo fue absuelto, pues mal podría un ente de razón cambiar contados días de presidio por las penalidades y zozobras de un prófugo, durante diez años, y por la perspectiva de ver su pena enormemente aumentada. Este fallo no pudo consultarse ni hubo quien apelase de él y por eso el Superior no pudo revisarlo.

En cuanto a la competencia tiene disposiciones especiales el artículo 1970 del Código Judicial que se pres-

tan a inconvenientes, sobre todo para las acumulaciones muy útiles por lo general. No vemos las razones para que la competencia, en estos casos se aparte de las reglas generales de jurisdicción, ni para que de ésta se trate en el Libro Tercero del Código y no en el primero o de Organización Judicial. Menos aún, para que se haga depender la competencia en primer término, de un hecho posterior a la ejecución del delito e independiente de éste, de la captura del reo.

De las ocho o más fugas efectuadas por el popular *Sapablanca*, que ya mencionamos, conocimos de cinco procesos, dos de ellos por designación del Sr. Gobernador del Departamento y por razones de conveniencia. Después de las fugas a que se refieren los procesos, el reo fue capturado en Anserma (Departamento de Caldas), Ibagué, Jericó, (dos veces) y Manizales, respectivamente. Porqué razón quedaron cuatro de estos procesos radicados en este Circuito Judicial, a pesar de la disposición legal citada? Dos de ellos por designación del Sr. Gobernador, como ya se dijo, y los otros dos, por haberse comprobado, después de provocar competencia negativa el Juez de esta ciudad, que en el lugar de la captura no era posible comprobar la identidad del reo. El Juez del Circuito de Ibagué no quiso aceptar la competencia y enjuició allí a García.

Si así hubieran procedido los otros, tenemos que el reo estaría enjuiciado en cuatro o más Juzgados distintos. Que esto es inconveniente lo prueba la radicación que hizo la Gobernación. Este inconveniente y el de las discusiones sobre competencia, se obviarían si no existiese la disposición criticada.

Son estas las razones para que se hagan reformas sustanciales al Capítulo VII, Título X, Libro Tercero del Código Judicial, que trata de «Procedimiento en caso de fuga de los reos rematados.»

RESISTENCIA A LA AUTORIDAD

Trata de este delito el Capítulo Quinto, Título Tercero, Libro Segundo del C. Penal. En rigor jurídico, la *resistencia* puede definirse la oposición violenta que se hace a un agente o representante de la autoridad, que obra en ejercicio de su cargo, para impedir o turbar las providencias que éste ejecute o trate de ejecutar; pero dando a la palabra una acepción más lata, es admisible considerar como *resistencia* toda clase de oposición en dicho

sentido. En este caso la resistencia puede ser de hecho o de palabra, de boca o por escrito, activa o pasiva, ofensiva o defensiva.

El Código castiga la resistencia de palabra en los artículos 242 a 245, aunque, en síntesis, lo que allí se pena es la provocación o excitación, de palabra o por escrito, a la resistencia de hecho.

Castiga también la resistencia pasiva cuando un particular se deniega a prestar el auxilio que le exija un funcionario público contra algún delincuente o para prevenir un delito; o bien, cuando rehusa prestar el contingente de su profesión, arte u oficio, que se necesite para la administración de justicia o para el servicio público. Esto propiamente no es resistencia sino una mera desobediencia y por esto vemos que en la práctica apenas se castiga correccionalmente.

Resistencia pasiva y de hecho existe en el caso de un individuo, que, capturado por cualquier motivo se niega a seguir voluntariamente, con actos repulsivos o de inercia, pero sin ejecutar hechos directos de violencia que puedan calificarse de agresivos u hostiles, aunque si requieran el empleo de la fuerza para contrarrestarlos y dar cumplimiento a la providencia resistida.

Finalmente, la resistencia se denomina ofensiva cuando el sindicato acomete a los representantes de la autoridad que han tomado una determinación que no se hace con su persona directamente; y defensiva, cuando la ejecuta el mismo individuo contra quien la autoridad toma una providencia. Hacemos esta distinción terminológica para explicarnos mejor, no porque queramos confundir la resistencia que llamamos defensiva, con el derecho de legítima defensa, ni sostener que, en todo caso, quien resiste de este modo tenga derecho a hacerlo.

Para resolver este derecho establece el Dr. Concha en su obra ya citada, una distinción muy oportuna. Son estas sus palabras:

«Pero sería peligroso para la sociedad dejar en absoluto al individuo la libertad de apreciar con su propio criterio cuándo el empleado público se ajusta en sus mandatos a la ley y cuándo no; cuándo debe obedecerle y cuándo resistirle, porque esto sería reconocer el derecho absoluto de resistir y crearía conflictos permanentes a la autoridad pública.

«Reconocidos los dos principios que consisten en establecer la presunción de que los empleados que tienen a su cargo conservar el orden proceden siempre conforme a las leyes, y que los particulares deben obediencia a las autoridades, es necesario hacer una distinción impor-

tante para no caer en la teoría de la obediencia pasiva.

«Si el individuo es requerido por un empleado que obra en la esfera de sus funciones, con un mandato que emana de la autoridad o de la justicia, no se le puede resistir sin incurrir en un delito, aunque haya alguna ilegalidad o irregularidad en la ejecución misma del acto...

«Pero si el empleado público obra claramente fuera del ejercicio de sus funciones y sin mandato de la justicia o de la autoridad, o si pretende ejecutar un acto que le está expresamente prohibido por la ley, entonces hay derecho perfecto de resistirle, dentro de los límites de la defensa legítima.» Hasta aquí el comentador.

Este derecho es todavía más claro si el empleado a quien se resiste hace uso de amenazas o violencias innecesarias para el cumplimiento de las funciones que intenta ejercer, porque en este caso es de mayor gravedad el peligro que obliga al particular a defenderse.

El Capítulo citado comienza por el Art. 238 al cual nos concretamos por no tener importancia lo que pudiéramos decir de los restantes. Son estas las voces del citado artículo:

«El que, de hecho y a sabiendas, y fuera de los casos de que tratan los Capítulos 1.º y 2.º de este Título, no cumpliere, resistiere o impidiere la ejecución de alguna ley, acto de justicia, reglamento u otra providencia de la autoridad pública, sufrirá una reclusión de seis meses a dos años. Si para ello hiciere resistencia con armas, sufrirá la pena de presidio por el mismo tiempo; sin perjuicio de cualquiera otra en que incurra por la violencia que cometiere.»

Ya el autor que citamos repetidas veces critica esta disposición en cuanto castiga de igual manera al que resiste o impide la ejecución de alguna ley o mandamiento de la autoridad y al que no los cumple, contrariando así la noción generalmente admitida por los Códigos Europeos, de que la resistencia requiere la oposición de la fuerza a la fuerza, tomando la ofensiva o la defensiva. Esta objeción es tan fundada, que no conocemos ningún caso en que haya sido enjuiciado alguno por actos de los que trae como ejemplos el comentador.

No distingue el artículo, para medir la responsabilidad, los actos o providencias que se resisten ni las personas a quienes se hace la oposición, elementos que varían mucho la gravedad del delito, sin que pueda graduarse bien por la mera calificación de éste dentro de los grados que reconoce la ley.

Si por regla general, un delito es tanto más grave cuan-

to mayores sean las obligaciones del actor para con la sociedad. por su posición social o por las funciones que le ha encomendado el Estado, a la inversa, en los casos de que se trata, la responsabilidad se regula principalmente por la persona ofendida y por la naturaleza de la providencia que se resiste. Porque no es lo mismo hacer resistencia a un empleado de alta categoría, a una providencia constitucional, a la ejecución de una sentencia, que oponerse a una simple orden de policía o a un agente de seguridad.

En los casos más simples y benignos que pueden ocurrir, la pena que la ley impone resulta demasiado severa, precisamente por la falta de la distinción acotada.

Así vemos, por ejemplo, que el Código Francés castiga a los que resisten sin arma, en número de uno o dos, con prisión de seis días a seis meses (art. 212) mientras que el nuestro en este caso, señala una reclusión de seis meses a dos años.

Los Códigos Italiano, Español, Alemán, Chileno y el del Cantón de Ginebra, castigan igualmente el caso citado con penas más benignas que la que determina el Colombiano.

La severidad de éste resalta al considerar la lenidad que emplea al penar los delitos de abuso de autoridad y atentados contra los derechos individuales. Porque estos delitos son, puede decirse, correlativos con aquellos, razón por lo cual ha de estudiarse, al fijar las penas aplicables, cuáles ocurren más frecuentemente y cuándo se hace por lo tanto más precisa la necesidad de escarmiento.

En el estado actual de nuestra civilización y ciñendonos a las funciones que ejerce la policía, tan imperfecta es la composición de ésta que no vacilamos en afirmar que en multitud de casos, si no en la mayoría, sus procedimientos incorrectos son causa principal de los conflictos en que media resistencia. Grande es el respeto que en los países cultos se tiene a la Policía; pero grande es también el empeño de aquéllos en hacer de dicha institución, tan necesaria al orden social, una entidad concedora y cumplidora de todos sus deberes y digna, por lo tanto, del mayor respeto; pero aquí, donde la policía se forma de palurdos, casi analfabetos, cazados en el monte o, lo que es peor, de individuos de mala calaña que por falta de pruebas no ha enviado la justicia a un panóptico, el pueblo, ignorante también, no ha alcanzado a comprender todo el acatamiento que debe a aquélla. Relativo es pues el respeto entre uno y otra y su imposición, más que obra

de la Ley, lo será del adelanto de la civilización y de una educación progresiva y simultánea. (*)

Necesario es, ciertamente, que todos los ciudadanos sepan acatar la autoridad representada por la Policía, su principal sostén; pero es indispensable también, que la Policía defienda y respete—la primera—las garantías individuales, los derechos de los asociados.

Demás de la duda que surge casi siempre de los conflictos entre la policía y los ciudadanos, de quién lleva la razón, ocurre otra muy frecuentemente, cuando la resistencia se verifica sin armas, y es, la de resolver si ésta es activa o pasiva. La resistencia meramente pasiva, tal como la hemos descrito, que hace un individuo para no ir a la cárcel o a otro lugar, no debe ser penada por su falta de gravedad y aún de malicia, pues el actor obra allí a impulsos de su amor a la libertad. Apoyado en esto ha resuelto el Tribunal Superior que no es punible la fuerza de inercia que ejecutan los ebrios conducidos a un lugar de detención. Esta excepción no debe ser sólo para los ebrios, ni es fácil distinguir en la práctica, cuándo la fuerza es de inercia y cuándo principia una resistencia verdaderamente activa. Huelga decir que en estos casos la resistencia es siempre defensiva y que no debe confundirse, para lo que indicaremos adelante, con la que puede ejecutar quien tomando la ofensiva trate de arrebatar a un tercero que esté en manos de la autoridad.

A propósito de la resistencia a que nos referimos ha resuelto el Tribunal Superior del Socorro que quien resiste a un comisario que lo conduce a la cárcel no resiste a la autoridad, no obstante el carácter oficial de los comisarios, pues en éstos no reside la autoridad, sino en los Magistrados; éstos son simples agentes subalternos de la autoridad de policía. (Véase Jurisprudencia de los Tribunales, Tomo II, N.º 4.766)

Esta doctrina admite el pero de que un simple agente de policía puede cumplir o tratar de cumplir una Ley, acto de justicia, reglamento u otra providencia de la autoridad pública, cuando se le resista, y esto es lo que requiere el citado art. 238.

Podría sustentarse quizá con otra del Tribunal Superior de Antioquia, de estrecha analogía. Ha sostenido éste que si alguno se fuga con escalamiento, estando preso o detenido sin orden escrita de autoridad competente, no

(*) Esta tesis fue escrita hace algún tiempo. Hoy tenemos que reconocer que el personal de la Policía está mejor seleccionado y que sus empleados dirigentes se esfuerzan en mejorarla día por día.—N. del A.

comete delito porque contra las Ordenanzas de policía prima el artículo 23 de la Constitución. ¿No podrá alegarse lo mismo a favor de quien resiste una detención que no emana de orden escrita de autoridad competente? El Tribunal ha contestado negativamente.

En todo caso, creemos peligrosa al orden social la conclusión afirmativa, ya por el uno, ya por el otro motivo. No es preciso tampoco, al combatir una teoría, pasarse al extremo opuesto. Busquemos siempre el justo medio.

Todas estas consideraciones nos llevan como de la mano a desear una reforma para el artículo copiado en el sentido de que cuando un individuo sea capturado sin orden escrita de autoridad competente y cometa resistencia—como la captura sólo puede hacerse así por providencia correccional o preventiva de policía,—correccional e impuesta por la policía, deberá ser la pena aplicable; exceptuando sí la resistencia que se haga a mano armada, por la gravedad que esto entraña, la que hace un individuo cogido in-fraganti delito, siempre que en este caso logre su evasión, porque entonces ya no se trata de providencia meramente correccional, y la que se haga con detrimento de las personas.

Tiene ya en sus manos la policía en muchos casos, la facultad de castigar correccionalmente resistencias del carácter aludido, por las Ordenanzas de policía, ya que tales resistencias encarnan irrespetos a los miembros de la policía. (Artículo 20 de la Ordenanza 12 de 1914.) Esta facultad hace más patente la necesidad o conveniencia de quitar a tales hechos el carácter de delito común, con la gravedad que les da el Código.

El Tribunal Superior del Tolima ha resuelto que no puede aplicarse nueva pena, por vía judicial, al particular que ha sido arrestado por vía de castigo correccional, por las ofensas e irrespetos cometidos a un empleado público. (Jurisprudencia de los Tribunales, Tomo II, N.º 3.937). No tenemos noticia de que esta interpretación haya sido aceptada por otros Tribunales y menos por el de este Departamento; pero a ella se opone el artículo 313 del actual Código Político y Municipal. Se opone también el hecho de que la pena correccional se impone siempre primero y el Juez que debe castigar un delito no puede ya remediar esto ni contentarse con una pena ordinariamente inferior a la que establece el Código Penal.

CONCURSO IDEAL DE DELITOS

INTERPRETACION

No queremos dejar incompletas las ideas que nos sugiere el artículo 238 del Código Penal que analizamos, aunque las que vamos a exponer se refieren más a interpretación que a reforma. Con esto pondremos fin al presente trabajo.

¿Cuántos delitos comete el individuo que al hacer resistencia a la autoridad, hiere o maltrata a un empleado público, o a cuántas penas se hace acreedor?

Nosotros hemos sostenido que dos; pero quien en Antioquia se encuentre en tales condiciones, se expone a sufrir cuatro penas o por lo menos tres, si es que cuenta con la indulgencia o buen criterio del Jefe de Policía.

En primer lugar éste podrá imponerle multa hasta de cincuenta pesos o arresto hasta por ocho días, según la Ordenanza 12 citada, si el ofendido fuere uno de sus subalternos. Como esta pena es potestativa, no siempre es justa por falta de igualdad. De la mayor o menor amplitud de criterio del Comandante de Policía, de las influencias de que pueda valerse el sindicado y aun del capricho de aquél, depende la imposición de dichas penas, y—lo que es peor—de la que merece el reo por la resistencia, cuando no hay heridas: porque el Jefe de la Policía puede optar por uno de estos tres caminos: o impone la pena correccional y creyendo esto suficiente no da parte a la justicia; o se abstiene de castigar la falta para que lo hagan los jueces; o la castiga sin perjuicio de dar parte al Poder Judicial. Enterado éste del hecho, en el caso en que haya heridas, impone a su vez estas penas como mínimo: seis meses de reclusión o de presidio por la resistencia, según sea ésta con armas o sin ellas; seis meses de presidio por delito contra las personas de los empleados públicos, si éstos son los de inferior categoría; y la pena aplicable por las heridas, según su incapacidad. Y bien librado quedará el reo, porque si el empleado ofendido ejerce jurisdicción, la pena será mayor; y si por desgracia, al resistir aquél, puso su mano en dos o más empleados, los delitos y las penas se multiplican a razón de dos por cada ofendido.

Así se practica entre nosotros el conocido axioma de derecho «Non bis in idem».

Fudándonos en este principio y en la interpretación que creímos más corriente del acotado art. 238, condenamos a un reo por los delitos de resistencia y heridas cau-

sadas al cometer aquél; pero lo absolvimos de los delitos contra empleado que por los mismos hechos tenía formulados.

El Jefe del Ministerio Público en este Departamento y el Tribunal Superior del mismo rechazaron abiertamente esta interpretación y la calificaron de contraria al sentido común, de dislate jurídico que a nadie se había ocurrido hasta entonces.

Este escrito fue elaborado hace algún tiempo y no hacemos, por lo tanto, alusión al actual personal del Tribunal Superior, ni siquiera al antecesor del Sr. Fiscal de dicha Corporación. Si no estamos equivocados, dicho antecesor aceptó nuestra teoría y el Tribunal que actúa al presente, la rechaza.

Con el temor que nos inspira una entredicho emanado de tan altas autoridades y con la timidez de quienes poco confían en su escaso criterio jurídico, nos atrevemos, sin embargo, a sostener nuestras ideas sobre el particular, no con la pretensión de imponerlas como las más acertadas, sino apenas como punto de consulta digno quizá de discusión.

Porque a pesar de lo dicho por nuestros Superiores continuamos creyendo que nuestras opiniones, si no son las verdaderas, no merecen el calificativo de absurdas. Por absurdo entendemos lo que es contrario a la evidencia de los hechos, lo que pugna a la razón natural; en manera alguna lo que puede sostenerse con algunos visos de verdad. Si sostuviéramos, v. g., que dos y tres son ocho, que la línea curva es la más corta de un punto a otro, diríamos un absurdo, un adefesio mayúsculo. Por eso las matemáticas se denominan ciencias exactas. Pero si afirmáramos que la monarquía es la mejor forma de gobierno, o que la libertad de prensa debe ser absoluta, defenderíamos doctrinas no aceptables, jamás absurdas, pues ellas son susceptibles de argumentos en pro y en contra, tienen hábiles sostenedores e impugnadores y han dividido la humanidad pensante en distintos partidos políticos.

Hubiéramos preferido al despectivo cargo que por medio de razones se nos hubiese convencido o demostrado el error. Ya que así no se hizo, pasemos a exponer las nuestras.

Ya tenemos dicho en las consideraciones generales que si el Código Colombiano limita el principio «Non bis in idem», tal limitación debe entenderse para los casos expresamente previstos, no bastando para ello que el hecho ejecutado quede comprendido en distintas definiciones de delito; y dijimos, también, que en materia penal los Ma-

gistrados y Jueces no pueden interpretar la ley por asimilación de casos ni por extensión.

Un solo hecho, sobre todo si es de carácter complejo, cabe con mucha frecuencia bajo diversas denominaciones de delito. En unos casos, porque lo más comprende lo menos. Así la sedición, el motín, la asonada, y la resistencia, son delitos de igual naturaleza, diferenciándose únicamente por el número de actores que intervienen en ellos. Puede pues decirse que el primero comprende los siguientes y así en orden sucesivo, pero no por esto se han de considerar como coexistentes, porque el de mayor gravedad excluye los restantes. En otros casos el Código ha sido previsor para impedir el concurso de delitos en un solo hecho, y en otros, el delito mayor comprende de tal modo al menor o requiere la ejecución de éste, que la doctrina de la no acumulación de penas se ha impuesto con toda evidencia. El que hiere, por ejemplo, a un empleado público, puede también ofenderlo de palabra con injurias o amenazas—lo que por sí solo constituye delito—y no por eso ha llegado a sostenerse que comete dos delitos contra empleado público. Tampoco sabemos que haya llegado a suceder que al fugarse un individuo con escalamiento y fuerza, o al herir a otro, se le haya enjuiciado a la vez por uno de estos delitos y por el de daños consistente en los causados al edificio escalado o a los vestidos del ofendido. Por último, en el delito de heridas en riña, lejos de castigarse ésta conjuntamente con aquéllas, se considera como una circunstancia atenuante del delito principal por ministerio del Art. 661 del Código.

No basta pues que la resistencia con heridas quede amoldada a algunas de las disposiciones del Capítulo Primero, Título Cuarto del Libro Segundo, que trata de los delitos contra las personas de los empleados públicos, para sostener que se ha cometido también uno de éstos.

No puede concebirse un delito de resistencia en que no se irrogue a los empleados a quienes se resiste, una ofensa erigida en delito en el Capítulo citado, que castiga no sólo la muerte o las heridas a los empleados públicos, sino también las amenazas, los amagos, la provocación a riña y las injurias. Y decimos que esto no puede concebirse, porque creemos haber demostrado que la resistencia pasiva, en que no ocurre ninguno de aquellos hechos, no se considera como delito. Sin embargo, los Jueces no han enjuiciado nunca, cuando hay resistencia sin heridas, por aquel delito y por delito contra empleado, y ni siquiera han tenido en cuenta el atentado contra el particular. Esta distinción carece de lógica y no se explica por el solo

hecho de ser más grave la ofensa al empleado en el caso de heridas, y mayor el perjuicio.

Podría objetárenos que el ultraje de palabra o sin consecuencias materiales para el empleado ofendido, es hecho constitutivo de la resistencia, inseparable de ella, desde que se reconoce que la mera fuerza de inercia no constituye delito, y que no puede decirse lo mismo de las heridas o maltratamientos, que no se requieren ni concurren siempre. Esto es cierto, pero no siempre que un hecho punible se comprende en un delito o lo reagrava, se necesita para constituir el delito; y nosotros no negamos tampoco el derecho de castigar separadamente las heridas o maltratamientos con sus verdaderos nombres. Lo que sostenemos es que el ultraje al empleado, o mejor dicho, a la entidad oficial, aumenta en gravedad, pero no varía de naturaleza; y por lo tanto, si en el primer caso no constituye delito especial—a pesar de la definición del Código—tampoco debe considerarse como tal en el segundo. Entiéndase bien que nos referimos al ultraje que recibe la autoridad, no a la violencia que lesiona al individuo.

Esta violencia sí la castiga el Código separadamente cuando prevé en el Artículo comentado, que la resistencia se castiga sin perjuicio de cualquiera otra pena en que se incurra por la violencia que se cometiere.

Necesario es distinguir bien estos dos términos: violencia y ultraje. En la resistencia con heridas, o en las heridas a empleados, la ley castiga claramente dos delitos: las heridas y la ofensa que se irroga a la autoridad que se resiste o al empleado a quien se ataca. El primero es la violencia material al individuo y el segundo el ultraje a la autoridad.

En orden filosófico, este ultraje viene a ser uno mismo en esencia en los delitos de resistencia y contra empleado público, aunque varíe la denominación legal, por la circunstancia o razón predominante. Porque en el segundo caso la ley no castiga el hecho simplemente por ser empleado el ofendido, haciendo de los empleados una clase privilegiada y contrariando así la igualdad de todos los ciudadanos. Prueba de ello es que si el delito se comete contra un empleado, por un hecho personal independiente del carácter público de éste, no se castiga especialmente con la denominación a que nos venimos refiriendo. Lo que la ley desea es rodear del mayor respeto al empleado para garantizar el ejercicio de la autoridad. En otros términos: es la autoridad misma, no un individuo en determinadas condiciones, la que recibe la ofensa o ultraje que el Código castiga especialmente. Y qué otra cosa se castiga en el delito de resistencia?

En corroboración de esta teoría vemos que el Código Chileno trata, en un sólo párrafo o Capítulo, de la resistencia y de ciertos delitos contra empleado público, bajo el nombre común de atentados y desacatos contra la autoridad, pues lo que dicha obra llama Resistencia en el Párrafo 10 del Título Quinto, es la que pueden cometer los empleados públicos. Y los Códigos Italiano y de Ginebra comprenden en un mismo Título los dos grupos de delitos de que tratamos «De los delitos contra la administración Pública» es la denominación en el primer código, y «Crímenes y delitos contra el orden público cometidos por particulares», en el segundo.

De todo lo dicho debemos deducir que en el caso materia de este comentario, no hay más que dos delitos: uno contra la autoridad consistente en la ofensa que se irroga a ésta; y otro contra el particular por la violencia material con la cual se le causa daño o perjuicio; porque de ninguna manera puede sostenerse que hay dos ultrajes a la autoridad o dos violencias, una al particular y otra al empleado. De dónde pues se toman los elementos para un tercer delito?

El texto mismo de la ley parece estar a nuestro favor cuando dice que la resistencia se castiga sin perjuicio de cualquiera otra pena en que se incurra por la violencia, pues es claro que si su intención fuera la de admitir la posibilidad de tres delitos coexistentes, habría empleado en plural la alocución y habría dicho: «sin perjuicio de cualesquiera otras penas».

La interpretación que el Tribunal Superior ha dado a esta excepción del principio de unidad es, por lo tanto, extensiva, y extensiva en contra del reo, quebrantando de esta manera otro principio tutelar de derecho.

Admitamos por un momento la existencia de delito contra empleado público. Que sucederá entonces? Que no podría castigarse la resistencia—admitiendo el principio de que un hecho no puede castigarse con dos penas principales, sino en los casos expresamente previstos—porque colocado el delito en el Capítulo Primero, Título Cuarto ya citado, deberá el fallador ajustarse al Artículo 266 del mismo que dice: «Las penas prescritas en los artículos precedentes—todos los del Capítulo—se aplicarán sin perjuicio de las demás en que incurran los reos por los daños, ofensas, ultrajes o injurias hechas a las personas, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero de este Código.» Sabido es que en el Libro Tercero del Código, que se refiere a los delitos contra los particulares, no se encuentra comprendido el delito de resistencia. No puede tampoco

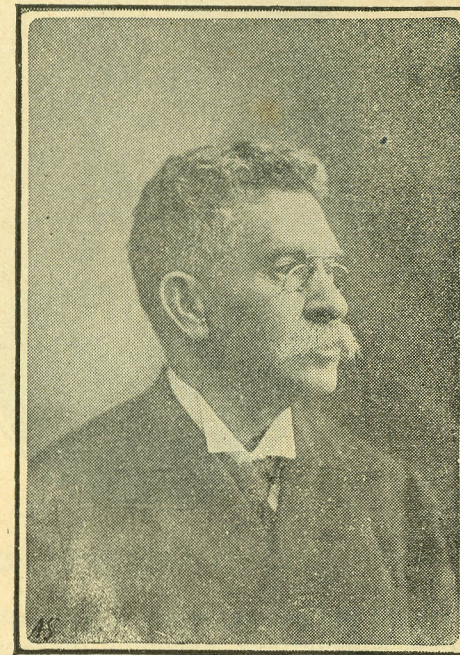
darse a este artículo mayor alcance del que con toda claridad le dió el Legislador.

Como se ve, la interpretación de los dos artículos 238 y 266, se relaciona íntimamente y quedaría dislocada si se hace de manera contraria a lo que venimos sosteniendo.

La única dificultad que presenta la teoría que sustentamos consiste en determinar cuándo debe considerarse el delito como resistencia y cuándo, delito contra empleado público. Pero esta dificultad es más bien aparente que real porque un Juez de mediano criterio sabrá deducir de los hechos generadores del delito a que denominación pertenece. Si se hiere a un empleado por impedir la ejecución de una providencia u orden de la autoridad, habrá delito de resistencia. Si se ataca al empleado por razón de un hecho cumplido o por la animadversión que se haya atraído por razón de sus funciones públicas, hay delito contra empleado.

Tenemos que lamentar la falta de argumentos de autoridad para respaldar nuestras opiniones, porque en realidad no los hemos hallado. Sólo en la Jurisprudencia de los Tribunales de Colombia encontramos algunas doctrinas, citadas ya, de alguna remota analogía. Si será verdad que a nadie hasta ahora se ha ocurrido sustentar nuestra tesis? Si así lo fuere, tentados nos sentimos a darnos por vencidos; porque, ciertamente, nuestra voz es ninguna para luchar con una corriente avasalladora de opinión.

Pero aún así, si nuestras ideas son atrevidas y erróneas, ante el derecho escrito de Colombia, quizá no sea inmodestia de nuestra parte si sostenemos que la razón está con nosotros, visto el punto debatido a la luz de la jurisprudencia aceptada por las naciones más civilizadas. Y en este caso nuestro trabajo no es baldío, porque habremos demostrado entonces que el Código Penal de la Nación debe ser reformado de acuerdo con las ideas universales este propósito.



Dr. Luis Eduardo Villegas.

El 20 de Abril del presente año murió en la Capital de la República el eminente Jurisconsulto, Dr. Luis Eduardo Villegas, honra de las Letras colombianas.

Fue el Dr. Villegas sabio profesor, connotado Jurista e íntegro Magistrado.

A la Ciencia del Derecho supo dedicarle sus mejores cuidados, sin que ésto le fuera óbice para profundizar sus estudios en el idioma de Castilla, al punto de hacerse uno de nuestros más galanos, sencillos y correctos escritores.

La Revista «Estudios de Derecho», como muestra de su sincero sentimiento, se une a la proposición que se publica en seguida. A la vez, ofrece a sus lectores el retrato del culto ciudadano:

«El Centro Jurídico de la Universidad de Antioquia, lamenta la muerte del Dr. Luis Eduardo Villegas, quien como profesor supo poner muy alto y recomendar más nuestra Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, y en prueba de su sentimiento deja constancia de su muerte en el acta del día.

A la familia del ilustre finado se le hará llegar, en nota de estilo, la presente proposición».