

EDUARDO FERNANDEZ BOTERO

## MISCELANEAS PENALES

### ESTUDIO SOBRE EL CODIGO PENAL

En varios años de trabajo he venido escribiendo, sin método fijo, al calor de la brega diaria, este libro. Al encargarme de la Cátedra de Derecho Penal de la Facultad respectiva de la Universidad de Antioquia, me veo obligado a sistematizar todo lo escrito, con el fin de que sirva de guía a mis alumnos. Además, he completado mis estudios con las observaciones que la jurisprudencia me ha sugerido.

He querido conservar el título por cariño al que adopté para mi obra primitiva, y porque algunos capítulos están publicados con la indicación de pertenecer a ese libro. No obstante, él es —para el primer año de mi profesorado en esta materia— el resumen de mis enseñanzas. Aspiro a ampliarlo con las observaciones que mis discípulos se sirvan hacerme, con las respuestas que logre suministrarles y con el caudal de las experiencias mías y de otros en el curso de los años.

Y como se me ha enviado a enseñar Código Penal, analizaré artículo por artículo, en orden a buscar un método, omitiendo solamente el comentario de aquellas disposiciones que por su relativa claridad o sencillez no necesiten, rigurosamente, de un comentario a fondo. O el de las que, sometidos como estamos al rigor de un curso, no podamos estudiar más a espacio.

#### ARTICULO PRIMERO

“Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por la ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella”.

Iniciamos el análisis de los detalles de este precepto diciendo que en el Proyecto elaborado por los doctores Rafael Escallón, José Anto-

nio Montalvo, Parmenio Cárdenas y Luis Rueda Concha, basado en el Proyecto del Dr. José Vicente Concha, en lugar de decir “nadie” se decía “ninguno”; en vez de “infracción” se decía “delito”, y en cambio de “Sanciones” había la palabra “medidas”.—El primer cambio tiene una explicación puramente gramatical; el segundo obedece al deseo de incluir en la disposición no sólo lo que se llama delito sino las contravenciones; y el tercero para que no existiera confusión y se llegara a creer que el artículo comprendía sólo las llamadas “medidas de seguridad”.

Previos estos antecedentes históricos, lo primero que vemos es que la disposición de este estatuto legal comporta, implícita, la definición jurídica de delito. Por delito, en efecto, desde el punto de vista legal, se ha entendido la comisión de un hecho que tiene señalada una pena. Y justamente en la disposición se dice que ningún hecho que no tenga señalada pena no puede ser castigado, es decir, una forma negativa de definir el delito aunque también la contravención.

De donde surge como primera necesidad la de estudiar si el delito es un ente definible, y cómo.

#### LA DEFINICION DEL DELITO

Qué es delito?

La primera idea que surge en el ánimo del estudiante es que hay, históricamente, una imposibilidad de definir el delito. Vosotros, aunque apenas empecéis a transitar por el arduo camino del derecho punitivo, sabéis, con conocimiento de hombres, que ha habido ciertos hechos que fueron delitos y no lo son; algunos que en un país se consideran tales y en otro no, y, en fin, que en determinadas circunstancias un hecho del hombre se eleva a la categoría de delito y en otras se le quita tal carácter.

Con efecto, creo que todos sabemos que antes de la vigencia de nuestro Código Penal actual el amancebamiento público y el adulterio eran un delito, y hoy no lo son; asimismo sabemos que hay países donde esos hechos siguen siendo delitos. Y nadie ignora que la publicación de noticias sobre los ejércitos se lleva, en tiempo de guerra, a la categoría de un delito tan grave que puede ser objeto de procedimientos especiales de juicio y de aplicación de penas muy graves. También veremos adelante que el nuevo Código Penal instituyó como delitos ciertas figuras jurídicas que antes de su vigencia no pasaban de ser hechos muy reprobables.

Pero aunque sepamos eso, también sabemos —por ejemplo— que el homicidio, salvo en algunas tribus salvajes y por razones especiales, es considerado universalmente como un delito; que el hurto, el robo, la estafa, también lo son aún en los países que como Rusia han modificado tanto las bases clásicas de la propiedad.

Entonces es cuando surge la pregunta: existe un delito natural, es decir, un ente que por esencia sea delito? Es decir, hay hechos que el legislador, al dictar los cánones punitivos de un país, deba tener como delitos y señalarles penas?

Sobre este delicado tema, veamos lo que dicen algunos autores que citamos por vía ilustrativa pero asegurándoles a mis discípulos que en esta cuestión, como en tantas otras de la ciencia, dejo a su probidad mental acogerse a la tesis que les parezca, después de desinteresado estudio, la más digna de su aquiescencia intelectual.

Andrade, en su "ANTROPOLOGIA CRIMINAL ESPIRITUALISTA", después de analizar la permanencia de las prohibiciones de realizar ciertos hechos que van resultando perjudiciales para cada comunidad, expresa:

"Existen, pues, en todos los pueblos delitos y penas, aunque difieren esencialmente entre sí en su naturaleza y circunstancias.

"Partiendo de este supuesto —continúa diciendo Andrade—, cómo formaremos la noción jurídica del delito?; o lo que es lo mismo: Qué regla general nos servirá para asegurar qué hechos sociales son verdaderos delitos, jurídicamente considerados, aunque estén permitidos y fomentados por las leyes de algunos países, y cuáles, aunque sean duramente castigados, serán buenos o por lo menos indiferentes?

"Abramos —agrega— para contestar a esta pregunta el libro de Derecho Natural, fundamento y fuente de todo derecho y estudiando ese Derecho Natural, que según Aristóteles "siempre, y en todos lugares, tiene la misma fuerza, con independencia de la opinión de los hombres", y según Justiniano, consiste "en lo que la razón tiene establecido entre los hombres", veremos cómo aquellos hechos que con él se conforman son perfectamente jurídicos, y aquellos que él rechaza, antijurídicos por esencia. Los verdaderos delitos, aquellos que en cualquier tiempo y lugar donde se realicen violan el derecho, serán siempre castigados en los pueblos donde la intuición del Derecho Natural sea permanente en todas las conciencias".

Opuesto a este concepto, tenemos, por ahora, el de don José Ingenieros, quien en su obra "CRIMINOLOGIA", no sólo sostiene la mu-

tabilidad del concepto de delito sino la mutabilidad de la noción de moral, así:

“El bien y el mal son movedizas sombras chinescas que los fenómenos reales proyectan en la psiquis social: son la calificación que ella hace de fenómenos indiferentes en sí mismos. Esa calificación se trasmuta continuamente en el curso de la experiencia, transformándose sin cesar el bien en mal y viceversa; en último análisis son apreciaciones diversas de una misma realidad, dos modos de juzgar un fenómeno único.....”

Y agrega más adelante: “En toda época y lugar las leyes tienden a traducir el criterio moral predominante, procurando garantizar a los individuos el derecho de vivir y reproducirse dentro de ciertas limitaciones de la lucha por la vida. Según ese criterio, TODO MEDIO AMORAL DE LUCHA ES UN DELITO; es una extralimitación del individuo en detrimento de los otros miembros del agregado social a que pertenece; su característica (esencialmente biológica), consiste en que atenta al ajeno derecho a la vida. En ciertos casos la lesiona o suprime (directamente); en otros la compromete (indirectamente), sustrayendo los medios necesarios para su conservación. Esta característica biosociológica de todos los actos delictuosos (sea cual fuere el concepto moral vigente y dentro de cualquier expresión escrita de las leyes), es más perceptible en sus dos fenómenos fundamentales: delito contra las personas y delito contra la propiedad.

“Esas premisas permiten formular —sigue diciendo el notable argentino— una nueva definición del delito natural, cimentada en bases biológicas y conforme al carácter relativo y contingente impuesto por las oscilaciones de la moral.

“El delito es una trasgresión de las limitaciones impuestas por la sociedad al individuo en la lucha por la existencia. Lesiona directa o indirectamente el ajeno derecho a la vida, cuyas condiciones son establecidas por la ética social y tienden a fijarse en fórmulas jurídicas, variables según las circunstancias de tiempo, modo y lugar.”

Otro autor, en cambio, a pesar de sus ideas modernas en derecho penal, Gabriel Tarde, en su “FILOSOFIA PENAL”, dice:

“Qué es el crimen? El crimen difiere del criminal como el acto de la potencia. Exige se examine el uno con completa independencia del otro. A la luz de las ciencias naturales se revela y se explica el delincuente; el delito se aclara sobre todo por la estadística que permite ver en masa, en abstracto, y discernir las influencias de donde procede..... Si el arbitrio del legislador basta para dar carácter de de-

lito al acto más inocente; si las diferencias de las legislaciones criminales a este respecto no están encerradas en ningún círculo infranqueable, no están unidas a ningún dogma inmutable, no vale la pena de discutir sobre la anomalía del criminal de nacimiento. El hombre más honrado del mundo en nuestra época, en esta hipótesis, desde el punto de vista del relativismo absoluto, hubiera podido ser criminal nato en otro país o en otro momento de la historia; cómo evitar este escollo sin caer en otro, en el dogmatismo moral? La dificultad se percibió por Garófalo, pero creyó resolverla con su modo de definir lo que llama delito natural; más exacto sería denominarlo delito esencial.

“Cuál es el acto inofensivo que no ha sido acriminado en alguna parte?— Y, cuál el acto monstruoso que no fue en alguna parte considerado como inocente y aplaudido? Inútil repetir los horrores y extravagancias que los viajeros y cronistas se complacen en contarnos, para extender, piensan ellos, nuestras ideas en moral y no sin someter a veces a ruda prueba nuestra credulidad. Pero si observamos de cerca, dejando a un lado algunas tribus salvajes degeneradas o susceptibles de progreso, que representan para la especie humana una parecida anomalía a la de los malhechores en el seno de la sociedad, y nos limitamos a considerar, a partir de los orígenes conocidos, las razas superiores de la humanidad, vemos que al través de los matices y las metamorfosis infinitas de la moralidad superficial bajo el imperio de las supersticiones, de las costumbres, de las instituciones, de las más diversas leyes, aparece una capa profunda, siempre la misma, de sentimientos morales elaborados durante la larga noche de anteriores edades, y sirve de indispensable *humus* a las variadas floraciones de la virtud más delicada y sublime”.

En “NOTAS FILOSOFICAS DE UN CRIMINALISTA”, Bernardino Alimena, gran polémico, después de poner ejemplos sobre la evolución del concepto de delito, mostrando cómo hechos que lo fueron dejaron de serlo y hechos que no tuvieron ese carácter hoy lo tienen, sostiene la persistencia de una unidad fundamental del espíritu humano que considera como delitos ciertos hechos.

La disposición del artículo primero comporta, pues, en el fondo, la del delito como ente jurídico, es decir, la de un hecho prohibido por la ley y castigado por ella. Mejor: dice que todo acto penado es un delito.

Para el hombre de código, para el abogado práctico, lo único que importa saber es que aquellos hechos catalogados por el Código y las

Leyes Penales como delitos y que tienen señalada una pena, son los únicos que debe considerar como tales.

Naturalmente que hay hechos penados que no son propiamente delitos y que se llaman contravenciones o más propiamente faltas. Son aquellos que pertenecen al orden exclusivo de la prevención. Esta es la verdadera y lógica diferencia. Por ejemplo, cuando se castiga a quien anda a ciertas horas de la noche en determinados lugares, no se le castiga porque haya matado, robado, etc., sino porque la ley quiere que no se ande en determinadas condiciones por ese sitio para evitar que se realicen robos, homicidios, etc.

Lo cual no quiere decir, como veremos adelante, que en la sanción de los delitos no se tenga en cuenta la función preventiva, pues ésta es una de las maneras como se ejerce la defensa social.

Quiere, además, decir esta disposición que no puede haber delitos por analogía. Si en el Derecho Civil a falta de disposición especial deben aplicarse las disposiciones análogas, en el Derecho Penal, por virtud de este mandato, común a todas las legislaciones con excepción de la rusa, no es posible castigar con una pena un hecho que no estando definido reúna los caracteres análogos de otro, que sí lo esté. Por ejemplo, estando castigando el delito de estafa, no puede sin embargo castigarse la realización de ciertos negocios en que la habilidad de uno lleva al otro a perder parte de su patrimonio. Tal sucede, por ejemplo, en quien lesiona enormemente a otro en la compra de una propiedad. La ignorancia que el vendedor tenga del precio, los ardidés habilidosos de que se vale el comprador para que el otro no conozca "el justo precio", podrán ser una falta desde el punto de vista moral y aunque a veces, por las circunstancias que rodean el negocio, la sociedad repela el acto tanto como una verdadera estafa, no puede, sin embargo, castigarse el hecho por la analogía que tenga con el real delito de estafa.

Tal sería, por ejemplo, el caso presentado por uno de nuestros discípulos, que resumimos así: Un individuo, A., es dueño de un lote de terreno de 50.000 varas. Vende la mitad a B a razón de 20 centavos de peso colombiano la vara. Pasado un tiempo, un tercero, que llamaremos C., se presenta donde B. a que le venda un terreno que dice necesitar. Al ver el terreno le dice que no le satisfacen las 25.000 varas, que necesita el lote de 50.000 completas, que las compre y se las pagará a un precio de 2.00 pesos vara. Halagado B. por la oferta se presenta donde A. a comprarle las 25.000 varas restantes. Y las compra a razón de 1.80 la vara. Pero cuando busca a C. para hacer la venta de todo el lote a 2.00, C. ha desaparecido.

Resultando, pues, que C. fue un instigador para que B. comprase el lote a un precio excesivo, que quizá, o seguramente, comporta una lesión enorme, nuestros discípulos, al comentar el caso, sostienen que se trata de una estafa por cuanto con engaños se le arrebató a B. parte de su patrimonio.

Nosotros estimamos que a pesar de la analogía casi perfecta, no existe el delito de estafa.

En realidad de verdad hubo una venta. Porque existieron comprador y vendedor, precio convenido y pagado, entrega de la cosa, firma de la escritura correspondiente y registro de élla. Es decir, todos los elementos para que hubiera una enajenación perfecta por medio de la venta.

Puede suceder, y sucede en efecto en este caso, que las argucias de un tercero, seguramente de acuerdo con el vendedor, hayan llevado al comprador a pagar un precio mayor que el justo, y mayor en más de un cincuenta por ciento. Y “como el comprador sufre lesión enorme cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por élla”, eso es lo que puede existir en el negocio.

Bien es cierto que los artículos 408 y 411 pudieran ser aplicables al caso, pero en realidad de verdad no hay un provecho ilícito en el verdadero sentido del vocablo. Tanto es así, que este provecho aparentemente puede destruirse mediante la acción civil que consagran los arts. 1946 y siguientes del Código Civil, y que si el comprador no reclama en esa forma renuncia tácitamente a los perjuicios. Por tanto, parece ser éste un caso puramente civil en que las inmoralidades grandes que se cometen asemejan mucho el caso a una estafa.

Además, hay qué considerar que tanto en el caso del artículo 408 como en el del 411, que son los posiblemente aplicables a este caso, según modalidades que se demuestren en el proceso, se exige “un perjuicio”.—Ahora bien, el perjuicio de que habla el Código no puede ser el reparable por la vía civil como en este caso sino el que sólo se repararía mediante la condenación, para la sociedad, y la acción civil de perjuicios para el ofendido. Y ya vimos que los perjuicios, en principio, son reparables por intermedio del Código Civil mediante acción *expresamente* indicada para el caso concreto.

El hecho de que la insolvencia del vendedor haga imposible la indemnización del perjuicio o la anulación de la operación, no depende propiamente del hecho en sí sino de un estado especial que bien puede cesar en cualquier momento.

Otra cosa sería, por ejemplo, en la venta real de un mueble a una persona a quien con artificios se le hace creer que tiene una cualidad que no tiene, por ejemplo que un libro perteneció a un varón preclaro y que, por tanto, tiene valor de afección, o que un violín es stradivarius, no siéndolo, pues en este caso, se paga por una cualidad que la cosa no tiene y que se hizo que tenía mediante engaño. Hay un provecho ilícito derivado del engaño y hay un perjuicio irreparable por la acción civil que no consagra la lesión para este caso.

En una palabra, debe tenerse muy en cuenta cada caso para no incurrir en el error de crear delitos por analogía y violar este principio legal.

Repetimos que el hecho no puede castigarse por la analogía que tenga con el real delito de estafa.

Y ello porque el principio "nulla penna sine lege" debe aplicarse en todo su estricto significado, pues la obligación social del individuo, ante el Código Penal, es la de no violarlo en su letra nó la de no violarlo en su espíritu.

La garantía de que el hecho deba estar previsto como infracción por la ley se basa, fundamentalmente, en la conquista libertaria de que cánones determinados, que obliguen por igual a todos, con absoluta precisión y nitidez, son la cortapisa contra las arbitrariedades del criterio de uno solo.

Si se pudiera penar por actos que no estén previstos, en el momento de cometerse, como delitos, se perdería la seguridad social, pues el individuo estaría inestablemente sometido a ser castigado por hechos que realizó en la seguridad de que no eran delito ni siquiera contravención.

Lo mismo ocurriría si se sometiera a un individuo, por un hecho, a sanciones diferentes de las que para el hecho establecía la disposición vigente a tiempo de realizarlo. Puesto caso que sería aplicado un presupuesto punitivo que no tenía en cuenta cuando cometió el delito. Lo que no obsta para que se apliquen menores sanciones, como veremos adelante.

Quiere decir, en otros términos, este artículo primero que la ley penal no puede ser retroactiva, es decir, que un hecho realizado antes de su vigencia no puede castigarse como delito por la circunstancia de que una nueva ley lo eleve a ese rango.

Puede sustentarse la disposición, por este aspecto, en las siguientes razones:

Pero antes diremos que así como en el curso de lo anteriormente expuesto quedó explicado el artículo segundo del Código que establece la división de las infracciones de la ley penal distinguiéndolas como delitos y contravenciones y ordenando que salvo disposición en contrario la represión de las últimas corresponderá a la Policía, así también en las explicaciones que siguen quedará explicado el artículo 3o. que establece la retroactividad benigna de la ley cuando dice: "La ley permisiva o favorable, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Obligada la sociedad a defenderse por medio de los órganos del poder público, dicta las normas del caso, entre las cuales las más importantes para ese fin determinado son las disposiciones del Código que establecen, en el fondo, la prohibición de ejecutar determinados hechos. Este es un deber y es un derecho. Deber de dirigir la sociedad a sus mejores fines, derecho de defenderse y dictar las normas para el caso. De cuyo deber y derechos se desprende la necesidad de dictar normas para la eficacia de esas disposiciones, es decir, que al poder de prohibir la realización del homicidio, v. gr., sigue la facultad llamada por los clásicos coactiva y por otros defensiva, de señalar las sanciones en que incurra el que, no obstante la norma, realice el hecho prohibido. No puede negarse, entonces, que esa norma tenga una eficacia preventiva en cuanto previene la ejecución de hechos en aquellos en quienes el temor de la sanción pueda jugar, dadas las condiciones personales del posible sujeto activo del delito, como causa que lo inhiba de realizarlo; y tiene una función represiva en sentido clásico y una función defensiva en el sentido moderno: para los clásicos en cuanto dizque repara el orden jurídico perturbado por el delito y para la nueva escuela en cuanto las sanciones que se deban imponer sirven de medio para ejercitar la defensa social retrayendo al individuo peligroso del medio en que lo és y preparándolo, mediante su obligado complemento de un sistema penitenciario científico, para la vida social ordenada a la que, en principio, sólo debería regresar cuando ya su temibilidad haya desaparecido, es decir, cuando se haya readaptado al medio.

De las limitaciones que tiene el derecho de castigar, ya que no pudiera ser justo erigir como delito un hecho que no lo es, etc., surgen varias consecuencias. Entre ellas mencionaremos las que establece el artículo primero del Código, ya que sería aberrante, por ejemplo, retraer la ley para castigar, si ella establece más pena, un hecho que se cometió cuando tenía menos pena, o establecer una pena para

un hecho que no la tenía cuando se realizó, como sería, por ejemplo, dictar una ley para castigar a quienes llevaron a Francia a la guerra como Ministros, cuando este hecho no era un delito, como parece no debía serlo llevarla con todas las condiciones exigidas por la constitución y el derecho internacional.

Otra consecuencia es la retroactividad benigna de la ley penal, principio consagrado por el comentado artículo 3o. y por la Constitución Nacional cuando dice: "En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, prefiere a la restrictiva o desfavorable".

Todos los tratadistas admiten este principio, pero dicen que no tiene efecto contra la cosa juzgada, es decir, concretando a casos prácticos, dicen que si una ley nueva es permisiva o favorable, debe aplicarse a los procesos criminales en curso, pero no a aquellos procesos cuya sentencia definitiva está ejecutoriada y aún en vía de cumplimiento.

Contra esta pretendida limitación se alza nuestra jurisprudencia, pues personas que purgaban delitos de blasfemia y amancebamiento fueron puestas en libertad cuando entró en vigencia el nuevo Código, lo mismo que se rebajó la pena a quienes purgaban un delito que en el nuevo Código tenía menos pena, o que se aplica el nuevo Código al fallar casos que, realizados bajo la vigencia del Código de 1890, tienen, sin embargo, una pena menor en el moderno estatuto.

La ley civil no puede ser retroactiva en ningún caso. Ella regula los intereses opuestos de los particulares y pertenece, por lo mismo, al derecho privado. El penal forma parte del derecho público, en cambio. El primero está basado en la justicia puramente conmutativa, sometida naturalmente a los adelantos modernos que hacen de una rama del derecho civil, el social, la manera de corregir las desigualdades, quizá inspirada en la célebre fórmula de Balmes: La igualdad absoluta puede llegar a ser la mayor de las injusticias. Y el segundo, está instituido para atender a fines sociales: establece en el fondo relaciones entre la sociedad y el individuo. En el primer caso, no puede haber retroactividad porque nos estrellaríamos contra hechos cumplidos, contra situaciones jurídicas incompatibles con la nueva ley; vulneraríamos derechos adquiridos y ocasionaríamos trastornos sociales al poder perjudicar con nuevas leyes derechos que se creían estabilizados, salvo los conflictos entre el interés social y el particular.—En cambio, el derecho público no es absoluto: al legislar sobre el pasado en materia penal, y en sentido favorable al reo, el legislador no se estrella

contra derechos adquiridos ni produce perturbaciones. Se presume, por el contrario, que al rectificar, es decir, al destruir una entidad delictiva; al aminorar a otra su punición; al establecer condiciones diversas para su integración jurídica, etc., se presume, repetimos, que rectifica y que consideró erróneo lo anterior. Por tanto, el Estado no puede perseverar en el error y antes bien, debe repararlo. Por tanto, como el derecho público no sólo es limitado en sí sino en su ejercicio, la cosa juzgada en lo penal debe sufrir excepción si la aplicación es favorable. No ocurre lo mismo cuando su aplicación es desfavorable, porque en ese caso ya existe un derecho del individuo a no ser penado sino bajo las condiciones en que realizó el hecho. En otros términos: quien delinque sabe el presupuesto que se le aplica por ese motivo, y a él se atiene. Sólo si el Estado rectifica su error, aminorando las condiciones que gravan al realizador del hecho delictuoso, éste puede y debe atenerse a esa rectificación.

Sostener la irreductible irrevocabilidad de la cosa juzgada en materia criminal sería, entre otras cosas, poner un obstáculo a la reparación de los errores. Puesto caso, que sólo podría verificarse: o una revisión de la causa, o una amnistía o un indulto. La revisión, que tiene un presupuesto procesal muy difícil de llenar, es un recurso complicado, costoso y muy difícil de realizar; y los otros dos fenómenos son diferentes:

La amnistía consiste en la *ficción legal* de no haberse cometido el hecho punible previsto por la ley; es un *olvido* de la falta cometida; el indulto simplemente consiste en la dispensación del cumplimiento de la pena impuesta o que haya de imponerse al reo. Por consiguiente, ambos suponen la preexistencia y subsistencia de la ley que declara delictuoso el acto favorecido por aquellos fenómenos jurídicos. Y exactamente todo lo contrario ocurre cuando el hecho pierde su carácter criminoso.

Entre otros casos importantes, este artículo 3o. tiene las siguientes aplicaciones:

a) Aminoración de pena, sea por supresión de alguna de las fijadas en la ley anterior, bien como pena principal o como accesoria, sean penas privativas de la libertad o restrictivas de la misma, pecuniarias, etc., o bien la sustitución de pena grave por una leve. Por ejemplo, el antiguo Código Penal castigaba el delito de bigamia con una pena de cuatro a ocho años y el actual sólo fija de seis meses a dos años, como veremos en detalle. En este caso, un bígamo, si no se ha llegado a fallar su causa, tiene derecho a que le apliquen la pena del Código actual aunque haya realizado el hecho bajo la vigencia del Código pa-

sado. Y si ya estaba purgando la pena, tiene derecho a no purgar sino la que fija el actual. Otra cosa sucede si el hecho se realiza bajo la vigencia del actual Código; en ese caso, siempre se aplica la ley vigente al tiempo de cometer el hecho. Es decir, que la retroactividad benigna de la ley penal se refiere siempre a los hechos realizados bajo la vigencia de otra ley penal que ya esté modificada cuando se vaya a dictar la sentencia o cuando se esté aún cumpliendo ésta.

b) La disminución del tiempo fijado para la prescripción de la acción penal o de la pena. En esos casos, debe estudiarse cada acaecimiento pues es necesario, dadas las diversas maneras de aplicar las prescripciones, saber cuál disposición es más favorable. Pero si resultare, por ejemplo, que la pena prescribe hoy en nueve años y que con el antiguo Código no prescribía en ese evento determinado, sino en diez, debe estarse a la nueva disposición cuando el hecho fue realizado bajo su vigencia.

c) La disminución de la pena para las reincidencias. Por ejemplo, en tesis general el nuevo Código es más benigno que el antiguo para la primera reincidencia y más fuerte para la segunda y tercera. En ese caso, se estará a la que aminore la pena del reo según las cuentas respectivas, no importa que por ser más favorable la pena principal y básica del nuevo delito se esté aplicando el viejo Código más favorable. Esta combinación es perfectamente permitida. Así, por ejemplo, al autor de un homicidio simplemente voluntario se le aplican seis años como *mínimum* —y en su caso le corresponde tal *mínimum*— mientras en el nuevo tiene uno de ocho. Pues si realizó el hecho antes del 1o. de julio de 1938, día en que empezó a regir el nuevo estatuto punitivo, se puede atener al Código viejo. Pero si es reincidente de primer grado, le resulta más favorable el nuevo Código (art. 34) que sólo le aumenta una tercera parte (dá ocho años) que no el viejo (art. 142) donde la reincidencia le aumenta —si el primer delito tuvo seis años de pena— en cuyo caso el aumento es de seis años.

d) Respecto de menores, las leyes que aumentan la edad para efectos de la imputabilidad penal.

e) Las que limitan la acción por delitos cometidos en el exterior.

f) Las que limitan la extradición.

g) Las leyes que exigen nuevos requisitos para que un hecho sea delito, por ejemplo, cuando tratándose de corrupción de menores se aumenta la edad del menor que resulta ofendido. Si en el antiguo Código se exigían diez y seis años, en el nuevo lo mismo. Pero suponiendo que el antiguo exigiera que los ofendidos fueran de diez y ocho años, o

menos, y hoy, diez y seis o menos. El que hubiere abusado o corrompido, durante la vigencia del antiguo, un menor con una edad de diez y siete años, debe ser absuelto, o si está purgando pena debe ser puesto en libertad.

h) El caso más importante es el de un hecho que pierde su carácter criminoso. Ya atrás hemos puesto ejemplos sobre los amancebados y los blasfemos.

Muchos positivistas han luchado, entre ellos el Dr. Carlos Lozano y Lozano, al discutirse este artículo en la comisión que elaboró el Código, porque la ley, aún desfavorable, tuviera carácter retroactivo, o porque no lo tenga la favorable. Los primeros argumentan que es necesario castigar ejemplarmente los delincuentes natos, instintivos o habituales con las penas severas, y los otros dicen que si la retroactividad es ilógica para lo desfavorable porque la disposición no subsiste puesto que el viejo Código está derogado, lo mismo debería serlo para lo favorable, puesto que tampoco en ese caso subsiste la disposición más favorable.

A los primeros puede decirseles que la escuela positiva tiene otros remedios contra el crimen, diferentes a castigar con las penas severas y de Códigos derogados, y a los segundos con el Dr. Rafael Escallón así: "Cuando el legislador suprime a un hecho el carácter de delictuoso o aminora la penalidad que antes tenía, quiere significar que habiendo cambiado las condiciones sociales que imponían una represión más rigurosa... reconoce ese nuevo hecho y modifica la legislación, de acuerdo con ese cambio de circunstancias. Lógicamente, en estos casos la nueva ley debe tener efecto retroactivo, porque sería realmente aberrante que se pudiera mantener en la cárcel a un individuo por un hecho que no siendo ya delito, puede cometerse libremente o que aún conservando carácter de delictuoso se le señale una pena menor que ya se tiene cumplida. (actas de la comisión).

En fin, ninguna legislación que conozcamos ha sentado principio diferente, el que entre nosotros, como vimos, es Constitucional, y cuyo cumplimiento, en el tránsito de una legislación a otra, da objeto a numerosos fallos en que los matices de cada caso influyen poderosamente en la decisión final.

---

El artículo 4o. del Código, fácil de entender, exceptúa las inmunidades diplomáticas y no las determina porque esto corresponde en detalle, según los intereses nacionales, a los convenios que tenga celebrado nuestro Gobierno. El dice que todos los nacionales y extranjeros

que delincan en territorio nacional, quedan sometidos a las leyes. No define lo que deba entenderse por territorio, puesto que las islas, barcos mercantes, etc., pertenecen a él según los principios más generalmente aceptados del derecho internacional.

El art. 5o. dice que quedan sometidos a ser juzgados en Colombia los nacionales o extranjeros que en territorio extranjero cometan delitos contra la seguridad interior o exterior del país, o falsifiquen moneda que tenga curso legal en Colombia o documentos de crédito público colombiano, o papel sellado o estampillas de timbre nacional. Y agrega que quienes falsifiquen moneda extranjera que tenga curso legal en Colombia, serán juzgados si las dedicaban a introducirlas al territorio nacional. Para estos casos, según el art. 6o., el estado colombiano se reserva el derecho de juzgar nuevamente a quienes hayan sido absueltos por esos delitos o condenados a pena menor que la que tienen en Colombia.

Se explica esta disposición porque esos delitos perjudican gravemente al estado colombiano, los unos porque atentan contra su seguridad o existencia misma y los otros porque se cometen generalmente en el extranjero con grave perjuicio, no sólo para la sociedad colombiana sino para los intereses fiscales. Por medio de este artículo, el estado atiende a la defensa de delincuentes exteriores, sean nacionales o extranjeros, esencialmente peligrosos para la seguridad y para sus ciudadanos y su fisco. Hay un gran criterio fiscal en la parte final de este artículo, inciso primero.

El art. 7o. tiene varios numerales:

En virtud del primero, se aplica la ley colombiana a los nacionales que fuera de los casos del art. 5o, después de haber cometido un delito en el extranjero, se encuentran en Colombia, siempre que el delito tenga sanción restrictiva de la libertad personal menor de dos años.

Si se trata de delito de menor gravedad, sólo puede procederse a virtud de querrela de parte o petición del Procurador General de la Nación.

Se exceptúan los funcionarios diplomáticos y consulares de Colombia y los demás funcionarios que delincan en el ejercicio de sus funciones.

La primera parte se explica porque el Estado tiene interés en defenderse de individuos delincuentes, si bien hace una excepción para los delitos que tengan señalada una pena privativa de la libertad menor de dos años, pues los delitos menores quizá no justifican la dificultad de la investigación y los azares a que es sometido el individuo.

Para estos casos exige querrela de parte o petición del Procurador, y no cobija élla a funcionarios colombianos que delincan en el exterior, porque el Estado en este caso tiene interés en reprimir los delitos de los servidores suyos que se realizan en ejercicio de sus funciones a fin de velar mejor por la buena marcha de la cosa pública.

El numeral 2o. del art. 7o. dice que se aplica la ley colombiana a extranjeros que, fuera de los casos del art. 5o., se hallen en Colombia después de haber perpetrado un delito en el Exterior, siempre que ese delito se haya cometido en perjuicio del Estado o de un Nacional colombiano y que la ley lo reprima con una sanción restrictiva de la libertad personal no menor de dos años.

En estos casos, como en el anterior, y en el siguiente, no hay lugar a nuevo juzgamiento aunque el individuo haya sido absuelto o condenado a pena menor que la que merezca el delito en Colombia. (art. 8o.)

Y aunque estos casos son semejantes a los arts. 5o. y 6o. mencionados, seguramente se establecen estas diferencias porque la menor gravedad no justifica un nuevo juzgamiento de extranjero.

El numeral 3o. que declara aplicables a los extranjeros que hayan cometido en el exterior un delito en perjuicio de extranjeros, las disposiciones penales colombianas, con ciertas condiciones, parece inspirado en la reciprocidad internacional, si no fuera por el ordinal d) que indica que no es esa la razón sino la defensa contra criminales extranjeros.

Los arts. 8o. 9o. y 10o. son fácilmente inteligibles y no presentan problemas diversos a los ligeros comentarios orales que les he hecho.

## ARTICULO 11 DEL CODIGO

“Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código. Se infringe la ley penal por acción u omisión”.

La doctrina fundamental de este artículo es la siguiente:

“Guiada la Comisión por los principios que informan la doctrina de la defensa social, como los únicos que pueden procurar una eficaz represión de la delincuencia, ha adoptado el de la actividad psicofísica como base de imputabilidad penal, y considerado en consecuencia que no hay razón alguna para que se excluyan de sanción represiva adecuada los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc., que en su condición de ser peligrosos para la sociedad deben

estar sometidos a la acción del Código Penal, de la misma manera que los normales y los sanos.”

Este artículo sustituye el primero de nuestro viejo Código Penal y comprende el segundo.

En fuerza de estas disposiciones solamente era delito la voluntaria y maliciosa trasgresión de la ley; pero la voluntariedad y malicia se presumían, mientras no se probara lo contrario.

El proyecto Concha, presentado el año de 1912, decía:

“Para imponer una pena por hecho u omisión criminosos que la ley define y castiga como tales, es menester que en el agente haya habido voluntad determinada de ejecutar ese hecho, a menos que la ley disponga expresamente otra cosa, o que haga imputable el hecho u omisión a su autor como responsable del acto u omisión de los cuales resultó la infracción.

Tratándose de hechos u omisión que la ley califique como contravenciones, hay responsabilidad por el hecho u omisión aunque no se demuestre que se tuvo voluntad deliberada de violar la ley”.

Así quedó la ley 109 de 1922, llamada “Código Concha” que hubo de ser suspendido dizque por impracticable.

La Comisión Revisora del Código Penal, adoptó esta fórmula:

“No hay delito si no se ha querido el hecho que lo constituye, a menos que la ley disponga otra cosa como consecuencia de una acción u omisión”.

Si fuéramos a estudiar a fondo el problema que esta diversidad de disposiciones comporta, tendríamos necesidad de hacer un estudio a fondo de las diversas escuelas y de la aplicación en la ley de sus principios filosóficos. Debate interesante que no puede ser objeto de este libro sino de una obra sobre criminología. Nuestro deber se reduce a hacer una síntesis y a fijar el criterio de la disposición vigente en orden a señalar su correcta explicación.

Las diferencias son:

a) Elemento voluntad y malicia. Nuestro código de 1890 exige esos dos elementos que presuponen una inteligencia, un proceder con conocimiento y voluntad libres. Según eso, el loco, el intoxicado no son responsables por carecer sus acciones de la plenitud del conocimiento y de la voluntad libre de ejecutar o no un acto dado.—El código Concha exigía “voluntad determinada” de ejecutar ese acto.

En cambio, el artículo 11 que venimos comentando, no exige la existencia de determinada voluntad, ni siquiera “haber querido el hecho” como el artículo 40 de la comisión Revisora.

Cabe decir que para el viejo código así como para el proyecto Concha, en tanto un individuo es responsable en cuanto tenga libre voluntad de realizar el acto, mientras que para el proyecto de la comisión revisora bastaba con “haber querido el hecho” sin presuponer, con preocupaciones de escuela, si el querer, como lo explica uno de los autores, “proviene de una inteligencia de un ser que en el ejercicio de sus actividades procede con conocimiento y voluntad libre” o sí, “esa voluntad es determinada o sea que en el obrar de todo hombre influyen factores de carácter psicofisiológico principalmente, y también de carácter físico y social que quitan toda libertad en el obrar”

En el nuevo código la sola actividad psicofísica es base de la imputabilidad, como esa sola actividad era en el código Concha base de toda imputabilidad pero solamente para las contravenciones.

Este principio no afirma, en nuestro concepto, tesis filosófica alguna. Quienes sostienen que la voluntad es libre, no hallarán negado ese aserto, igual que no lo hallan negado quienes sostienen el contrario. Pero sí se afirma un principio de derecho penal, es decir, que el hecho no es imputable como resultado de la libre voluntad, sino como resultado de la mera actividad. En otros términos: a quienes crean que la acción humana es libre, los deja en su creencia pero castiga actos de los que no se tienen por estos teóricos como libres, no porque lo sean o no, sino porque esos actos son revelación de peligro y hay que acudir a la defensa social. Es decir, que únicamente se contradice la parte extrema, la conclusión —digamos— de la teoría liberoarbitrista: que el acto no libre no es objeto de punición: -

b) Presunción de dolo. Para evitar la impunidad, el viejo código, que necesita de voluntad y malicia para reprimir un hecho antisocial, tuvo que presumir el dolo y admitir prueba en contrario. No hace otro tanto el código Concha cuando, en disposiciones especiales puestas a renglón seguido, enumera casos de perturbación de facultades mentales y señala para ellos, medidas de seguridad, igual que nuestra ley 95 de 1936.

En realidad, el código de 1890 sienta presunción, y el código Concha, el proyecto de la Comisión Revisora, así como nuestro código del 1936, señalan *los casos* de no imputabilidad (Art. 23). “Todo lo que no quede comprendido en esas excepciones, queda comprendido dentro de la regla general.... sin necesidad de adoptar presunción alguna”.

c) En el código de 1890 se habla de “violar la ley” por lo cual se incurre en una pena. Esa noción desaparece en el nuevo Código y en el de Concha y en el proyecto de la Comisión Revisora, porque, como

ésta lo explica, “ni siquiera en tratándose de delitos puede exigirse voluntad de violar un artículo especial de la ley penal”. El que mata no es punible porque viola el artículo sino que mata y el artículo señala la pena en que se incurre por haber matado.

Tanto en el viejo como en el nuevo código quedan comprendidas las culpas: en aquél por disposición general, en éste porque son infracciones previstas por la ley penal, y les cabe la disposición general sobre imputabilidad, si bien la disposición que define las culpas no debe olvidarse como que perfecciona el anticuado criterio del art. 3o. del viejo código.

Pues aquí, realizado el hecho por no haber previsto los efectos nocivos del acto causante, o cuando, previstos esos efectos, se confía imprudentemente poder evitarlos, hay culpa, imputable como el mismo hecho realizado sin esas condiciones.

#### *Hay responsabilidad atenuada?*

La teoría en virtud de la cual ciertos hechos, realizados por una persona normal acarreaban imputabilidad, y por una anormal no eran imputables, desaparece del código. Por la misma razón, nosotros creemos que el código no consagra la responsabilidad atenuada, esto es, el principio de que ciertas lesiones físicas o psíquicas, o determinadas enfermedades, no producen la plenitud de la responsabilidad pero tampoco la de irresponsabilidad. En el código, esas personas son tan responsables, y sus actos tan imputables, como los mismos actos realizados por personas sanas o por enfermos, v. gr., por locos.

Cuando el código, en sus artículos 28, 29 y 30 —sobre los cuales volveremos— rebaja penas a los que realizan el acto en estado de ira o de intenso dolor, o señala *las sanciones* previstas en el capítulo II del título II (medidas de seguridad) para quien se hallare en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol, o padeciere grave anomalía psíquica, o para los menores de diez y ocho años, no dice que los actos de éstos no sean imputables o que lo sean a medias, ni sus autores sean semi-responsables, sino que, por el contrario, considera imputables a plenitud sus actos y plena su responsabilidad.

Simplemente que como el código atiende a las condiciones personales del sujeto activo del delito —como más ampliamente lo veremos— en esos casos, disminuye la pena (no la imputabilidad ni la responsabilidad) o cambia las penas por medidas de seguridad, atendien-

do justamente a que la defensa social se ejercita en esa forma de la manera más conveniente, que es lo que podría aquí esbozar una "Política Criminal".

#### LOS ARTICULOS 21, 22, 19 y 20

"Las circunstancias personales que disminuyan o excluyan la responsabilidad, no se tendrán en cuenta sino respecto del autor o del cómplice en quien concurren.

"Tampoco se tendrán en aquellas cuyo efecto sea agravar la sanción, a menos que hubieren sido conocidas por el partícipe; pero en este último caso podrá disminuirse tal agravación hasta en una sexta parte".

En primer lugar, cabe observar que en este artículo cometió el legislador un error que no corrigió el redactor del texto definitivo de la ley. Cuando la disposición habla de "circunstancias que disminuyan o excluyan la responsabilidad", yerra, porque al tenor de la nueva doctrina del código, como lo hemos explicado al tratar del artículo 11 y de la responsabilidad atenuada, no existen causas de disminución de la responsabilidad.

Este error queda para nosotros tan claro, que el artículo 48 del Código Penal Argentino de 1921, en que se inspira la doctrina del nuestro, tomándolo de otros, dice así:

"Las relaciones, circunstancias y calidades personales, cuyo efecto sea disminuir o excluir *la penalidad*, no tendrán influencia sino respecto del autor o cómplice a quienes correspondan. Tampoco tendrán influencia aquellas cuyo efecto sea agravar la penalidad, salvo el caso en que fueren conocidas por el partícipe".

En segundo lugar, debe saberse que circunstancias personales son aquellas que hacen relación al sujeto activo del delito en sí mismo considerado, ora sea autor, ora partícipe en los diversos grados que marca el código.—En el nuestro, serían personales, de las enumeradas en el artículo 37, las de los numerales 1o., 2o., 3o., 4o., 5o., 6o., 9o., 11 y 12, así como los casos de los arts. 23, 28, 29, etc.

Esto quiere decir que las circunstancias personales que excluyen o disminuyen o aumentan *la penalidad* militan en favor o en contra del autor, si son suyas, y del partícipe, si le corresponden, sin establecer relación entre uno y otro.

En el viejo sistema, por ejemplo, a quien se llamaba un cómplice según el artículo 23 del código de 1890, se le aplicaban "las dos ter-

ceras partes de la pena impuesta al autor o a los autores" (art. 27).

Es decir, por ejemplo, que si un sujeto cometía un homicidio simplemente voluntario de los más graves, que merecía, de suyo, seis años de presidio (art. 600), y por ser individuo depravado, libertino, de pésima conducta anterior y haber obrado por fútiles motivos, innobles y bajos, el juez, calificando su delito en segundo grado, le aplicaba nueve años, al cómplice se le aplicaban las dos terceras partes, porque se tenía en cuenta "la pena impuesta al autor".

En el nuevo Código, "la pena impuesta al delito" es la que se tiene en cuenta con relación a los partícipes, según la letra de los arts. 19 y 20, explicada en el 21.

Y, así, en la hipótesis de un caso de homicidio definido por el artículo 362, merece el delito en sí mismo, ocho años, o sea el mínimo, porque las penas "de ocho a catorce" son ya para variar según circunstancias personales únicamente, supuesto no concurren otras (art. 36).

Pues bien: si en el autor principal concurren, por ejemplo, todas las causas de mayor peligrosidad, merecerá catorce años.

Para valorar la pena de los partícipes —casos de los arts. 19 y 20— no se toman en cuenta esos catorce, sino los ocho, y así, "el que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores, un auxilio o cooperación sin los cuales no había podido cometerse, quedará sometido a la sanción establecida para el delito", es decir ocho, y "el que de cualquier otro modo coopere a la ejecución del hecho o preste una ayuda posterior, cumpliendo promesas anteriores al mismo, incurrirá en la sanción correspondiente al delito, disminuída de una sexta parte a la mitad", es decir, merecerá ocho años menos de diez y seis meses a cuatro años según lo estime el juez.

En los casos del inciso primero, es decir, disminución o exclusión de pena, no hay excepción; pero en el del inciso segundo (caso de agravación de pena) sí hay excepción.

Esto es así: si el autor comete el hecho en estado de sugestión hipnótica, por ejemplo, es irresponsable, pero su partícipe paga la pena del delito, o rebajada, según se vio; si el autor estaba en estado de ira o de intenso dolor (art. 28), su partícipe no goza de la rebaja; si lo comete con concurrencia en él de circunstancias personales de mayor peligrosidad, la agravación no la paga el partícipe, salvo que haya conocido esas circunstancias.

Es que si la nueva ley penal individualiza la pena, no puede olvidar, por ese mismo criterio de individualización que la informa, que si

el partícipe conoce la mayor peligrosidad del autor, él, al prestarle su colaboración, se revela como más peligroso.

Así, quien presta su ayuda a un ladrón depravado, de antecedentes pésimos, cargado de varios fallos, versado “en el arte”, sabe, al ayudarle, que con ese peligroso autor el delito de robo es de más segura comisión que si el ayudado fuera un novato, y que otros delitos, como el homicidio en caso de ser sorprendidos, son más posibles. Si, a sabiendas de esto, colabora, esas causas de mayor peligrosidad deben aumentarle su pena, aunque con facultad de disminuirla “la agravación” en una sexta parte, con el fin de poder establecer, si es el caso, diferenciaciones con el autor principal.

Entendido lo anterior, hay que saber que si el partícipe ignora las “determinantes específicas de un delito”, eso lo exime de pagar por el delito mismo, como si un partícipe de homicidio ignora que el occiso es padre de la víctima, no será penado en relación al asesinato, pero no por lo que dice el art. 21 sino por lo que reza el art. 22 que hace al caso: “Las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho (como el ser la víctima padre del autor, circunstancia material que agrava el hecho), aunque modifiquen la denominación genérica del delito, sólo se tendrán en cuenta para quien, conociéndolas, prestó su concurso”.

Esto no es posible en la vieja legislación donde se pena a los cómplices, auxiliares o encubridores con relación a la pena del autor (20 años como parricida) y no en relación con el delito, considerando las circunstancias de cada uno.

Las circunstancias materiales ignoradas por el partícipe, no recargan su penalidad, porque no es posible pensar en que una moderna legislación castigue la realidad desconocida.

Asimismo, las que atenúan el hecho se tendrán en cuenta sólo cuando eran conocidas.

Algunos, objetando esta disposición, han anotado que se presentan dos dudas:

1o.—Las circunstancias materiales no atenúan el hecho, según la doctrina de reputados autores, y

2o.—Se pueden presentar denominaciones diversas de delito en un mismo hecho.

Pero ambas pueden resolverse fácilmente, así:

En primer lugar, hay una lamentable confusión de lo que son circunstancias personales y lo que son las materiales, por causa de lo cual suceden graves errores. Circunstancias personales son las que ha-

cen relación al sujeto activo del delito como parte privativa suya, sin relación a nadie ni a nada. Tales son: la depravación, el libertinaje, la premeditación o preparación mental ponderada del delito, la posición social del delincuente, el exceso pasional, etc., etc. Materiales son las que hacen relación: o al sujeto pasivo del delito, (sevicia, violencia, etc.) o a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realiza el hecho (abuso de condiciones de inferioridad, complicidad concertada, aprovechamiento de calamidad pública, de noche, mientras duerme el ofendido, en lugar retirado donde se esté privado de medios defensivos) o circunstancias, en todo caso, externas y no consustanciales al sujeto delincuente, que las aprovecha, tales como el delito cometido sobre objetos expuestos a la veneración del público, etc. Es decir, las circunstancias personales se refieren al individuo mismo que comete el delito: las demás son materiales y se refieren al delito en sí o al modo, tiempo y lugar de su comisión.

En segundo lugar, es falsa la tesis de que no haya circunstancias materiales que atenúen el hecho. Nadie negará que el socorro a la víctima es una circunstancia que aminora el hecho en sí. De suerte que si dos se concertan para un homicidio y el que cuida la puerta de la casa, v. gr., mientras el otro realiza el homicidio, huye antes de que el homicida le preste auxilio al herido de muerte, la rebaja que por este concepto se haga al autor, no lo favorece. (véase numeral 7o., art. 38).

Dos sujetos van a escalar una puerta y a romper una caja para sacar dinero. Para eso se concertan. El partícipe se queda vigilando a poca distancia del sitio del robo. Pero el autor encuentra abiertas la puerta y la caja: no roba, hurta. Creemos que el uno es autor del hurto y el otro, cómplice de robo.

En cuanto a este ejemplo y el contrario, se presentan dos denominaciones genéricas diversas.

Así, el que se concerta para un hurto y se queda vigilando, mientras el otro, sorprendido, tiene que matar, debe ser responsable de hurto y el autor, de robo y asesinato.

Esto no es un inconveniente. Un distinguido magistrado nos hacía notar que si la jurisprudencia no fuera tan tímida, ello se hubiera logrado con el viejo código.

Muy bien: se hubiera logrado, pero al aplicar la pena, los factores personales del autor debieran tenerse en cuenta para fijar la pena por hurto y de allí deducir la pena al partícipe.

En el nuevo, se fijará la pena al delito de hurto. De allí se hará la deducción al partícipe.

El doble enjuiciamiento, en este caso, es una de las cosas que el Código de procedimiento debería reglamentar.

No creemos, como algunos, que esto necesite una reforma, por dos razones: porque si se reforma en cuanto a hacer comunicables las circunstancias materiales desconocidas por quien prestó su concurso, se vuelve a la vieja teoría de castigar el hecho independientemente de lo querido; y si se establece la comunicabilidad cuando las circunstancias que modifiquen la denominación genérica del delito no sean conocidas, la violación de la doctrina es mucho más grave.

Los jueces pueden enjuiciar por dos delitos diferentes y fallar en un solo expediente. Lo sustantivo, que sería eso, no puede sacrificarse a lo adjetivo, que sería la relativa repugnancia a enjuiciar a un autor por un delito y a su cómplice por otro. Pero así como hoy se enjuicia a alguien por homicidio y al otro por heridas, se podrá hacer lo otro. Que és raro eso de ser copartícipe por hurto de un autor de robo?—Parece. Pero lo raro es la nueva ciencia, más cercana a la justicia que la vieja, no por nueva sino por mejor.

#### ARTICULO 12 DEL CODIGO

Pero volvamos al orden de la explicación, alterado ligeramente por la importancia que tiene estudiar aquellas disposiciones en el orden comentado. Dice así: “Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas.

Hay culpa cuando el gente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto, confió imprudentemente en poder evitarlos”.

La comisión dijo, en síntesis: que no admite que los actos sean voluntarios o no. Es decir, no entra en la vieja tesis de partir el campo por la libertad o de negar el libre arbitrio. Pero sí estima que siendo la intención cosa diversa del querer, hay actos intencionales, que se tuvo intención de realizar, y otros que resultan de imprevisión o de confianza en evitar los males previstos, es decir, que hay delitos y culpas.

Mucho se discutió sobre si se daría la definición genérica de culpa, pero lo cierto es que quedó aquí comprendida contra los que pe-

dían que en los delitos susceptibles de esa figura (homicidios, heridas, etc.) se consagrara en cada caso.

Esto supuesto, veamos lo que es culpa y cuáles los fundamentos de su punición, etc.

## DE LA CULPA EN MATERIA CRIMINAL

Para nosotros existe un hecho de profunda significación y que no podemos olvidar en el estudio de esta materia. Se trata del muy singular consistente en que la noción de culpa penal haya sido desconocida en los primeros tiempos del derecho romano. Solamente cuando los homicidios culposos se multiplicaron, en tiempo del Emperador Adriano, se aplicaron penas a estos casos, de suerte que Paulo habla "del podador que dejando caer una rama, mata a un hombre; del médico inexperto, etc."

Lo anterior, a pesar de que Ferrini hizo ver en su obra *Diritto Penale Romano*, que Justiniano abandonó el castigo del homicidio culposo, revela claramente que la punición de la culpa no emana de un concepto intuitivo natural sino de un concepto social típicamente defensivo.

Es tan claro el criterio de defensa social en esta materia que las nuevas legislaciones ostentan una marcada tendencia a agravar las penas, buscando con ello una mayor eficacia de la defensa social.

Es decir, nosotros admitimos que la sociedad debe castigar la culpa para defenderse, igualmente a como se defiende del delito.

El fundamento, pues, de la punición de la culpa es, en último término, la defensa social.

Lo que cabe preguntar es qué se ha entendido por culpa y cuál o cuándo es punible.

El viejo Código penal colombiano decía que era una violación imputable pero no maliciosa ni voluntaria de la ley penal, y hablando de homicidio se refería a quienes lo cometían por ligereza, descuido, imprevisión, falta de destreza en el manejo de alguna arma, equivocación, contravención a las reglas de policía, o por otra causa semejante, que pueda y deba evitar, pero involuntariamente de suerte que tuviera la culpa de su muerte. (art. 613).

Como se ve, la primera definición es tan insuficiente que al hablar de homicidio hubo de referir un sinnúmero de casos que en el fondo comportan la tesis del nuevo Código, ésta sí bien expresada: He-

chos realizados por un agente que no previó los efectos nocivos de su acto o pudiendo preverlos, confió imprudentemente poder evitarlos.

En suma, nuestro Código lleva implícita la definición de culpa: O sea un hecho no intencional realizado por falta de previsión de un hecho previsible o por confianza imprudente de poder evitar los efectos de un acto.

Esta es la tesis de Carrara. Y sirve, como lo anota su comentador, Jiménez de Asúa, de piedra angular a la noción de culpa. Y sirve para distinguirla del dolo, por un lado, y del caso fortuito, por otro.

Es decir, considérase punible un acto cuando, no habiendo sido intencional, era perfectamente previsible y el agente, o no lo previó, o previéndolo, confió imprudentemente poder evitar sus nocivas consecuencias.

Es decir, que hay dos clases de culpa para el criterio general de la previsibilidad: culpa no prevista y culpa prevista. El tratadista Haus, dice de las dos: "La culpa imprevista consiste en no haber previsto totalmente el autor el mal que resulta de su acción o de su inacción, pero habiendo podido preverlo.... La culpa con previsión tiene un carácter más grave que la que hemos definido. El agente ha previsto como posible la desgracia acaecida, sin haberla querido, pero debiendo haberla previsto, sea adoptando las precauciones indispensables para evitarla, sea absteniéndose de la acción. Esta especie de culpa se aproxima al dolo, por la conciencia en el agente de la posibilidad del mal ocasionado; pero difiere esencialmente de él en que el autor del mal no tuvo intención de producirlo...."

La culpa imprevista puede lindar especialmente con el caso fortuito. Distinguir los linderos de una y otra es cosa bien difícil en la práctica. Cuándo, por ejemplo, un tiro que se vá de una arma, y mata a otro, es un hecho imprevisto o un hecho casual?

Habrá que estudiar en cada caso las circunstancias que rodearon el hecho. Si éstas indican la imprevisión, será una cosa, y otra si indican que fortuitamente se fue el disparo. Si el sujeto tuvo las precauciones ordinarias y comunes a su estado, hay caso fortuito.

No debemos olvidar tampoco que hoy existe una tendencia a la previsibilidad subjetiva. Y así, a ciertas personas se les puede exigir mayor diligencia y cuidado que a otras. La preparación, la educación, el estado de salud, etc., pueden influir en cada proceso para fallar sobre este punto tan delicado.

---

Otros tratadistas tienen diversas teorías sobre la culpa. Así, por ejemplo, algunos sostienen que el acto es voluntario, al menos eventualmente y que como tal, partiendo de la teoría de la voluntariedad de los actos como base de punición, son punibles las culpas.

Esta teoría parece ser la desarrollada por Cuello y Calón cuando afirma que el individuo que lesiona el derecho ajeno por descuido, es responsable porque no sólo se debe tener voluntad de no lesionar el derecho ajeno intencionalmente sino que hay que tener voluntad de comportarse en todos los actos humanos de suerte que nuestras acciones, por descuido o imprevisión, no causen males a los demás. Y agrega: “La razón de la punibilidad de los hechos culposos fúndase en el deber que tiene todo hombre no sólo de no atentar voluntariamente contra los preceptos del derecho, sino también de ejecutar los actos propios con toda clase de precauciones para evitar que de nuestros hechos aún inofensivos se originen consecuencias perjudiciales para los demás”.

Otros autores, en cambio, sostienen esta teoría cuyo principal exponente parece ser el autor alemán Almendingen: “Imputar —dice— significa declarar que uno ha sido autor, con voluntad y conciencia, de una mutación en el mundo exterior” y como las acciones culposas “son vicios de la inteligencia por falta de reflexión, y todo acto de la facultad cognoscitiva está por completo probado de elección” se deduce de aquí que la culpa no debe ser penada por la ley.

Los positivistas declaran con Ferri que la razón de la punibilidad de la culpa se basa en la responsabilidad social y en la temibilidad del delincuente.

Alfredo Angiolini ha hecho, sin duda, el mejor estudio sobre la culpa.

Copiamos del texto de Carrara, anotado por Luis Jiménez de Asúa, una prodigiosa síntesis de la doctrina de este estudioso criminalista, de donde pueden nuestros discípulos, para la práctica profesional, extraer interesantes ideas muy aplicables a ciertos casos para poder ejercer la judicatura o el papel de defensores.

Dice así:

“Alfredo Angiolini ha presentado una interesantísima clasificación, no de los hechos culposos, sino de los delincuentes por culpa. He aquí las cuatro categorías que forma, con temibilidad que por lo general va progresivamente menguando:

“Delincuentes culpables por falta de sentido moral, de altruismo.

“Delincuentes culpables por impericia, por ineptitud.

“Delincentes culpables por defectos en el mecanismo de la atención o en facultades asociativas.

“Delincentes culpables por la fuerza del ambiente, por *surmenage* físico o intelectual.

“La primera categoría comprende aquellos delincentes en cuyas acciones es querida, consciente, la causa inmediata que dá origen al acontecimiento luctuoso, y es previsto también el efecto, que se esperaba no ocurriese. Entran en este grupo los industriales que imponen a los niños un exceso de trabajo prohibido por las leyes; los patronos que por su sórdida avaricia son causa de accidentes en ferrocarriles, fábricas, etc.; los que transmiten, por matrimonio o de otro modo, enfermedades contagiosas; y tantos otros.

“La segunda categoría está compuesta por aquellos que no han previsto el efecto, en los que no es consciente ni querida la causa inmediata que dá origen al acto lesivo, pero que ofrecen cierta importancia, y, algunas veces, son bastante temibles. En este grupo figuran los médicos ignorantes que no saben distinguir las más sencillas enfermedades e indicar los remedios más usuales y que cometen vulgares errores de diagnóstico; los ingenieros, jefes de estación etc., culpables de faltas profesionales, y, también, los millares de personas que, habiendo de someterse a ciertas leyes, a ciertos reglamentos impuestos en beneficio de la salud pública, la seguridad social, etc., faltan a su deber.

“La tercera categoría está constituída por aquellos en los cuales ha sido consciente la causa, sin que por esto hayan previsto el efecto. En esta agrupación entran la mayor parte de los individuos que más comúnmente se consideran como delincentes por culpa: el que forcejando en broma con otro le mata; el ciclista o cochero que atropella a un transeúnte; el que imprudentemente tira un fósforo encima de materias inflamables. etc.

“La última está formada por los que han previsto el resultado, y en los cuales, además, fue inconsciente la causa que ha dado origen a aquel efecto. Un ejemplo de esta agrupación lo constituye el hecho del obrero que, fatigado por el trabajo, deja caer una viga que hiere a un transeúnte. En esta categoría la temibilidad es nula. El responsable es el patrono o el empresario codicioso que abusa de sus operarios, y, en último término, la sociedad, que no ha sabido evitar estas desgracias”.

Opuestos al caso fortuito tenemos el dolo, que según nuestro Código se refiere a la acción intencional, sea libre o no. Y el caso fortuito que es aquél que dependiente de la acción del hombre se halla

fuera de los límites de la previsibilidad humana. Los casos tercero y cuarto de Angiolini, pero especialmente el cuarto, lindan con el fortuito y a veces se confunden. Es allí donde resulta excepcionalmente difícil, en la práctica, fijar los límites entre una y otra tesis.

### LA RESPONSABILIDAD SIN CULPA

Modernos penalistas dicen que aunque el que cause el daño no tenga culpa, como es menos inocente que el damnificado, debe sufrir los perjuicios.

De aquí deducen algunos la responsabilidad o el riesgo industrial, en el que no se trata de hallar culpa en el patrono, sino sólo comprobar el accidente y regular la indemnización. Otros, como E. Picard, sostienen que hay riesgo jurídico cuando, en el caso de un siniestro, que cause perjuicios, es imposible descubrir el verdadero culpable, en cuyo caso —dice— es injusto no reparar el perjuicio causado so pretexto de la existencia de dudas en la prueba.

Ello es que la teoría se abre paso, pero que pertenece, digámoslo con claridad, al dominio del derecho civil.

### ABERRATIO DELICTI

Con el fin de ilustrar a conciencia esta bella página de derecho penal que podría ser, en manos doctas, el comentario al artículo 14 del nuevo Código, copiamos en seguida algunos apartes sobre su discusión, tomados de las actas de la comisión, de las cuales poseemos auténticas copias.

“Se puso en discusión el artículo noveno (que quedó, modificado, el artículo 14 del Código), de la anterior comisión que dice:

“Cuando por error o accidente se comete un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción, no se tendrán en cuenta las circunstancias agravantes que se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí las circunstancias que se habrían tenido en cuenta para atenuar la responsabilidad si el delito se hubiera cometido en la persona que se quiso ofender o perjudicar”

“El doctor Lozano observa que este artículo es ilógico y contradictorio, porque ordena que no se tengan en cuenta las circunstancias agravantes que se deriven de la calidad del ofendido, pero que sí se tengan en cuenta las atenuantes si el delito se hubiera cometido en la persona que se quiso ofender, y además es incompleto porque no con-

templa sino uno de los casos que deben quedar previstos en él. Para aclarar la observación pone dos ejemplos:

1o.—El individuo que forma el propósito de dar muerte a su padre y pone los medios para llevarlo a cabo, pero por un error confunde a su padre con un extraño, dispara contra este último y le da muerte.

2o.—El individuo que queriendo dar muerte a un extraño, mata a su propio padre por haberlo confundido con aquél.

“En el primer caso, ese individuo ha cometido, psicológica y socialmente, un parricidio y debe sancionársele como parricida, y además, ha revelado con su acto un grado máximo de peligrosidad, ha causado un daño a la colectividad igual al que hubiera causado si en efecto hubiera realizado su propósito en la persona de su padre y ha originado un escándalo social igual.

Si en el segundo ejemplo es justo que no se castigue como parricida el agente, precisamente porque no tuvo intención de cometer el delito en la persona de su padre, es irritante que cuando teniendo esa intención y poniendo todos los medios para consumar el delito, no se le cargue el agravante.

“Por otra parte, la fórmula del artículo que se discute es incompleta porque se refiere sólo a los delitos contra las personas y deja por fuera otras clases de delitos.

“El doctor Escallón manifiesta que está en un todo de acuerdo con el doctor Lozano y que ideas análogas expresó en la anterior comisión cuando se discutió este artículo. Al efecto lee la constancia que entonces dejó:

“Este artículo se resiente de un criterio de excesiva benevolencia hacia el delincuente, sin tener en cuenta los derechos de la sociedad; porque el artículo en la forma en que está concebido viene a ser ilógico como quiera que un mismo principio debe informar toda materia y dominarla íntegramente, y de acuerdo con el artículo adoptado cuando se trata de excusar las circunstancias agravantes que dependen de la calidad de la persona ofendida o perjudicada, se adopta un principio diverso del que informa luégo el abono de las circunstancias atenuantes que hubieran debido tenerse en cuenta si efectivamente se hubiera dirigido la acción contra la persona que se quiso ofender o perjudicar”.

“Dice también el doctor Escallón que el artículo adoptado por la anterior Comisión se fundó en la sola consideración del delito como ente jurídico abstracto. Hoy en cambio, estamos en una etapa evolutiva del derecho penal en que se tienen en cuenta al mismo tiempo el

delito como fenómeno jurídico y la personalidad del delincuente, asociación de criterios que es aceptada aún por los seguidores de la Escuela Clásica. El criterio que considera el delito como ente jurídico fue inspirado en la benignidad hacia los delincuentes como una reacción contra el despotismo; pero hoy que el criterio de la penalidad ha variado completamente a impulsos de nuevos conceptos positivos o científicos hay necesidad de considerar la personalidad del delincuente. Esto nos lleva a concluir que si el individuo iba a matar a su padre y mata a un particular se le debe considerar como parricida, y a la inversa, si iba a matar a un particular y por error mata a su padre no se le puede cargar el agravante de parricidio porque no era esta su intención.

“En seguida el mismo doctor Escallón compara el artículo 52 del código Zanardelli en el cual se inspiró la Comisión Colombiana, con el artículo 60 del código fascista y hace notar que entre ellos existe diferencia, aunque este último tampoco acoge de manera completa el criterio de la Escuela Positiva.

“El doctor Cárdenas se refiere a las observaciones críticas que acaban de hacer al artículo los doctores Lozano y Escallón y dice que cuando en la anterior Comisión con apoyo del Dr. Montalvo, él aprobó el artículo 9, que se discute, no se refirió al primer ejemplo propuesto por los doctores Lozano y Escallón; en realidad el artículo consta de dos partes y en la constancia dejada por él en la anterior comisión quiso referirse a la primera parte de dicho artículo. Además, sería ir contra la realidad el considerar como parricida a un individuo que cometió el delito de homicidio en la persona de un extraño; en el caso del primer ejemplo considera muy peligroso al agente y que esa circunstancia agravante debe tenerse en cuenta para aplicarle el máximo de la pena del homicidio común pero nunca la de parricidio. Pide el Dr. Cárdenas que quede en el acta la siguiente constancia:

“No tengo en cuenta como criterio para apreciar la responsabilidad y para aplicar las respectivas sanciones el delito o la entidad delictuosa como simple fenómeno jurídico, porque participo y he acogido siempre con entusiasmo la doctrina que tiende de preferencia a estudiar el delincuente antes que el delito, pero no puedo aceptar como único criterio de la penalidad el solo criterio del delincuente sino que lo relaciono con la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y las diversas circunstancias que acompañan al hecho.

“Si únicamente tuviera en cuenta la peligrosidad, lógicamente el Dr. Escallón no podría aceptar la figura jurídica del delito frustrado para imponer menor pena que al delito consumado, ya que en el primer caso se han ejecutado por parte del agente todos los actos necesarios para realizar el delito y si éste no se ha realizado, tal caso no ha dependido de la voluntad del agente, sino de causas extrañas. Con la misma razón hay necesidad de decir, creo yo, que en el caso del hijo que pretendiendo dar muerte a su padre, mata a un extraño, se trata tan sólo de un individuo peligroso”.

“El Dr. Lozano manifiesta que en estas materias su criterio es absolutamente claro e inflexible y que la intención y peligrosidad del delincuente debe tenerse siempre en cuenta en el código para realizar una eficaz defensa social.—Si en el primer ejemplo contemplado no se sanciona al agente como parricida, entonces lógicamente en el caso del delito imposible cuando, verbigracia, un individuo dá de puñaladas a una persona que cree viva con la intención de eliminarla, y en realidad estaba muerta, no debería establecerse ninguna pena para el autor de este delito imposible, porque no puede estimarse como homicida, toda vez que no ha suprimido una vida humana. Además, los miembros de la anterior Comisión sólo se refirieron a la primera parte del artículo que se discute. De todas maneras se cometió un error, puesto que se deja por fuera la hipótesis contemplada en el primer ejemplo propuesto por él y por el Dr. Escallón.

“Se estudiaron las legislaciones del Brasil, Argentina y Méjico y otras para ver los preceptos pertinentes y los sistemas que adoptan esos códigos sobre este punto.

“El doctor Escallón considera que la más explícita y la que contiene la doctrina de mayor aceptación es la peruana, aunque estima poco adecuada la redacción. El art. 84 del código peruano dice así: “El delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o sea distinta la persona a quien se propuso ofender. En este último caso no se tomarán en cuenta las circunstancias agravantes que derivan de la cualidad del ofendido y se consideran al contrario, para los efectos de la represión, las circunstancias subjetivas en las cuales ha deliberado y ejecutado el delito y las cualidades inherentes a la persona contra la cual su acción estaba dirigida”

Más adelante se lee en las actas:

“Volviendo a la discusión del art. 9., del proyecto de la anterior comisión, el doctor Lozano dice que no ha podido comprender bien el pensamiento del doctor Cárdenas porque éste afirma que en el primer

ejemplo contemplado en la sesión anterior el autor debe considerarse como individuo excesivamente peligroso y por tal causa castigársele con gran severidad pero no como parricida. La peligrosidad, continúa el doctor Lozano, no es una cosa abstracta que flota en el aire sino que es necesario concretarla en cabeza de las personas y derivar de ellas los postulados lógicos que se desprenden de aquel concepto. La violación de los sentimientos de la familia encarna una especial peligrosidad que debe graduarse precisamente cuando se trate de aplicar la pena. Lo mismo puede decirse contra el Jefe del Estado, hecho especial que es contemplado aparte por todas las legislaciones. No basta fijar en la penalidad un máximo y un mínimo sino que es preciso atender la labor científica de catalogar las distintas clases de delitos, de formar, si así puede decirse, distintas casillas y fijar dentro de cada una de ellas los diversos grados que puedan presentarse. Así, por ejemplo, en los delitos contra la propiedad, la ley contempla el hurto, el robo, el abuso de confianza, etc.; y dentro de cada uno de estos fenómenos prevé distintas gradaciones y para cobijarlas a todas fija el máximo y el mínimo de la pena, pero la fijación de estados extremos de penalidad no puede permitir ni significar que se estime una configuración jurídica del delito por otra y otras distintas. En los delitos contra el pudor, también hay distintos matices, pues no es lo mismo la exhibición en el público de los órganos genitales que un estupro, que una seducción. Lo propio sucede en los ejemplos que se han discutido de *aberratio delicti* relativos al parricidio, en los cuales el elemento que juega para la clasificación del hecho criminoso y para el estudio de la **peligrosidad del agente** y consecuente individualización de la pena, es el vínculo de parentesco entre el actor y la víctima que pretendió eliminar o que en realidad eliminó. En consecuencia al agente no puede estimarse como un simple homicida, en el primer ejemplo propuesto, sino que debe someterse a una sanción correspondiente a la establecida por el código para los parricidas.

“Continuó la discusión sobre el art. 9 del Proyecto de la anterior Comisión.

El Dr. Lozano insiste en que dicha disposición es inaceptable tal como está redactada porque parece adoptar criterios contradictorios, según se trate de circunstancias agravantes o de circunstancias atenuantes. Por otra parte, no comprende aquellos casos de *aberratio delicti* en que el delito no es propiamente contra las personas sino contra sus intereses y sus propiedades. Si un individuo por medio de una escala penetra a un banco rompiendo los vidrios de las ventanas y vio-

lentando sus puertas y luégo por medio de un soplete perfora las cajas de hierro, con el propósito de sustraerse documentos especiales en que consten obligaciones en contra suya, pero por el afán u otra causa semejante, en vez de tomar el documento que deseaba, se apropia un papel sin importancia o un documento que interesa a otro. El actor de este hecho debe ser penado como si hubiera podido realizar su propósito y el delito debe estimarse como un robo verificado con el escalamiento, fractura de vidrios y violencia de las puertas y cajas fuertes.

El Dr. Cárdenas observa que en este caso del Dr. Lozano, si el agente tan sólo se ha sustraído un papel en blanco debe castigársele por un delito especial pero no considerársele como autor del robo porque en los delitos contra la propiedad debe tenerse como elemento indispensable el daño causado al ofendido, y tanto es así que la ley disminuye la penalidad en el caso de restitución de las cosas hurtadas o robadas.

A esta observación del doctor Cárdenas, replica el Dr. Lozano: que la restitución es síntoma del deseo del agente de reparar el daño y por consiguiente revela en él una menor peligrosidad, un arrepentimiento y un deseo de no causar el daño que quiso procurar, lo que significa que es propiamente un elemento subjetivo que la ley le abona para tratarlo con mayor benignidad. Para el delito de robo en sí mismo no es preciso que el agente se beneficie o utilice el documento que sustrae, lo que sí es indispensable en el delito de falsedad en el cual sí es elemento indispensable servirse del documento falsificado. En los casos de delitos frustrados el agente debe juzgarse de acuerdo con la personalidad y su capacidad delictuosa aplicándole las penas que la ley contempla para el delito especial de que se trata pero no considerándolo jamás como responsable de delito especial; porque no es aceptable que cada vez que se deje de consumir el acto delictuoso por error o por accidente se imagine una nueva configuración del delito, distinta del delito que se intentó cometer. No se puede aceptar y patrocinar la peligrosidad, como criterio para la penalidad, en teoría y luégo en la práctica atender por sobre todo a la materialidad del acto y a la objetividad de sus consecuencias.

El Dr. Cárdenas dice: Repito que no acepto el simple criterio objetivo para medir la cantidad y la calidad de la sanción defensiva, para emplear un término positivo, porque como dice muy bien el gran Profesor Ferri eso es materializar la justicia penal. Tampoco acepto el solo criterio subjetivo o de la intención, bien es cierto que a éste le doy más importancia que al objetivo, pero yo los combino encon-

trando que la parte objetiva es complementaria. En síntesis: la cantidad y la calidad de la sanción defensiva de que he hablado, dependerá de los actos objetivos realizados en relación con el estado de peligro más o menos grave que revele el autor del hecho delictuoso. La sola peligrosidad no puede ser criterio suficiente y no lo ha sido con independencia de los actos objetivos para imponer la sanción y así a un individuo excesivamente peligroso pero que no ha ejecutado ningún hecho criminoso se le aplican y se le deberían aplicar medidas preventivas de seguridad social. Al mismo individuo peligroso que principia ya a ejecutar actos criminosos se le aplican sanciones ya de carácter penal, no en virtud de su sola peligrosidad sino en virtud de los actos de carácter criminoso que ha ejecutado; y a ese mismo individuo que ha ejecutado todos los actos idóneos para realizar un delito que no se ha cometido por causas independientes de su voluntad, se le aplica una sanción diferente, no por la sola peligrosidad que ha manifestado desde un punto de vista estrictamente subjetivo, sino en virtud de los hechos externos por él realizados. Si el solo criterio de la peligrosidad fuera el que debiera tenerse en cuenta para imponer las sanciones, no habría objeto en hacer las anteriores clasificaciones y distinciones que consignan todas las legislaciones y según las cuales se impone distinta sanción en caso de tentativa, en el delito frustrado y en el delito consumado aun cuando la peligrosidad del agente sea exactamente la misma. En el artículo que estudió la anterior Comisión Colombiana sobre la aberratio delicti contempló en su primera parte una circunstancia sobre la cual parece que estamos acordes todos los miembros de la actual Comisión, o sea, que no se pueden tener en cuenta las circunstancias agravantes que se derivan de la calidad del ofendido o perjudicado cuando por error o accidente se comete un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción; lo que sí significa a contrario sensu que cuando no es por error o accidente sí se le cargarán al agente las circunstancias agravantes, es decir, aquellas que sí le fueron conocidas al ejecutar el acto. La segunda parte del artículo la encuentro justificada.

El Dr. Escallón manifiesta que la peligrosidad no puede considerarse fragmentariamente y que al aplicar la sanción es claro que la ley se base en la consideración de los actos criminosos que en sí mismos son síntomas de aquella peligrosidad. Pero no solamente se estudia el acto delictuoso en sí mismo y como manifestación de peligrosidad del agente, sino que se analizan los antecedentes favorables o desfavorables del mismo actor, lo que permite apreciar en todo su con-

junto la personalidad del agente. En esa forma se puede realizar la aspiración científica mejor fundada y más racional de individualizar la pena. De acuerdo con esto no es un error sostener que en algunos casos se puede castigar al autor de un delito frustrado como si ese delito se hubiera consumado, apreciación por otra parte que está consignada en el proyecto de código penal de Ferri. El mismo doctor Escallón propone la siguiente fórmula:

“Cuando por error o accidente se cometa un delito en perjuicio de persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción, no se tendrán en cuenta las circunstancias agravantes que se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí las agravantes o atenuantes que se habrían tenido en cuenta si el delito se hubiera cometido en la persona que se tuvo intención de ofender o perjudicar”.

“El Dr. Cárdenas manifiesta que podría dejarse el artículo de la anterior Comisión tal cual está y agregar como inciso 2o. el siguiente:

“Las circunstancias agravantes que hubieran concurrido si la acción se hubiera realizado en la persona a quien se quiso ofender o perjudicar se tendrán en cuenta para aumentar la penalidad hasta en una tercera parte más del límite señalado por la ley, siempre que fueren conocidas por el agente”.

“El Dr. Lozano propone la siguiente fórmula:

“Cuando el agente hace recaer su acción sobre persona distinta de aquella a la cual quería ofender o sobre cosa diversa de la que naturalmente constituía el objeto de su actividad material, no se tomarán en cuenta las circunstancias agravantes que deriven de la calidad de la persona del ofendido o de la cosa en que representaba el derecho lesionado, pero sí se tomarán en consideración los agravantes o atenuantes que procedan de las circunstancias subjetivas en que el sindicado haya deliberado y ejecutado el delito, y las que procedan de las calidades inherentes a la persona o a la cosa contra la cual su acción estaba dirigida”.

“El Dr. Lozano manifiesta —refiriéndose a la observación del Dr. Cárdenas de que siguiendo el criterio de la peligrosidad no habría lógica en castigar con menor pena la tentativa y el delito frustrado— que tal escuela asigna menor penalidad a esas configuraciones de delito imperfecto porque en ellas se descubre que el agente dejó trunca su acción por una u otra causa y eso mismo significa que es menor su peligrosidad. La escuela positiva no admite que se pueda tiranizar la justicia penal con los principios rígidos de la escuela clásica y esta-

blece con fundamento que la distinción entre tentativa y delito frustrado en muchas ocasiones es una ficción.

“Dentro de la escuela clásica hay diversas corrientes pero sobre esta materia en el fondo sostiene que la esencia de la tentativa está doctrinariamente en que ella representa una acción subjetiva imperfecta o incompleta. Dentro de ese concepto incrustan los clásicos los medios idóneos y los inidóneos y cuando el agente emplea estos últimos se les abona esa inadecuada escogencia para aplicarle menor pena. En cambio la esencia del delito frustrado está en que la acción del agente es perfecta desde el punto de vista subjetivo.

“En relación con la observación hecha en la anterior sesión por el doctor Lozano, manifiesta el doctor Escallón que, meditando sobre los distintos casos de *aberratio delicti*, ha llegado a la conclusión de que en realidad no puede existir *aberratio* sino en lo que se refiere a las personas porque en cuanto a las cosas, que es el caso observado por el doctor Lozano, a lo sumo habrá un error esencial de hecho.

“El doctor Cárdenas dice que ya había hecho igual consideración, pues en los delitos contra la propiedad el hecho es independiente de la persona. El hurto, por ejemplo, se comete sin tener en cuenta que la cosa se sustraiga a tal o cual persona. Para adoptar un criterio uniforme sobre el caso de *aberratio delicti*, que evite interpretaciones encontradas sobre el alcance de los términos AGRAVANTES Y ATENUANTES, lo más práctico es hablar en general de las circunstancias que modifiquen o puedan modificar el propósito del agente para ejecutar el acto criminoso. En consecuencia, propone la siguiente fórmula que fue aprobada y que sustituye al Art. 9., de la anterior Comisión:

“Art.—Cuando por error o accidente se comete un delito en persona distinta de aquella contra la cual se dirigía la acción, no se apreciarán las circunstancias que se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, pero sí las que se habrían tenido en cuenta si el delito se hubiera cometido en la persona contra quien se dirigía la acción”.

Las anteriores explicaciones demuestran que el viejo Código Penal, ha sido cambiado. En éste no encontramos sino los arts. 17 y 597, en virtud de los cuales el hecho cometido en persona diversa de aquella contra quien se dirigía la acción, no eximía de responsabilidad a su autor.

Ahora, se trata de la comunicabilidad de las circunstancias. En el fondo, no sólo se consagra la responsabilidad por el hecho cometido en persona diversa, sino que se dice: las condiciones del ofendido, como el ser el padre o la madre del matador, no se tienen en cuen-

ta si la acción se dirige contra un particular, porque la peligrosidad del agente se mide, en ese caso, en relación, no con el resultado material, sino con el ánimo más o menos peligroso. Por esa misma razón, si el matador deseó acabar con su padre o madre, y mató a un extraño, se tiene en cuenta esa circunstancia de consanguinidad para penar el hecho.

Y procedió muy bien la comisión al quitar las “circunstancias atenuantes” que se hubieran tenido en cuenta si el delito se comete en la persona que se quiso ofender o perjudicar, porque entonces “las agravantes” no se hubieran tenido en cuenta y el caso de parricidio hubiera quedado impune, por ejemplo.

En segundo lugar, hizo muy bien en quitar “las agravantes” que no se tendrán en cuenta cuando se deriven de la calidad del ofendido o perjudicado, porque las de éste no se tienen en cuenta sean agravantes o atenuantes.

Al generalizar la fórmula, quiere decir la comisión que las circunstancias que se tienen en cuenta, de una u otra índole, son las que se refieren a la víctima deseada, no a la realizada. Así, si se dirige contra el padre o contra un enfermo incurable, y se mata a otro, se considera el haber matado al padre, o el haber matado por piedad.

Surge un problema:

Si una circunstancia que llamaremos agravante, o atenuante, a pesar de que esa vieja denominación debe abolirse, pero en todo caso, una de las que aumentan o disminuyen la penalidad por revelación de mayor o menor temibilidad, es de aquellas que, dentro de una denominación genérica, convierten el hecho en una especie determinada, la circunstancia se tendrá en cuenta como tal, o no? Es decir, al penar el hecho se tendrá en cuenta la nueva forma delictual, o la antigua, como una circunstancia que aumente o disminuya la penalidad?

Para responder, veamos dos casos:

Un hombre dispara pretendiendo matar a su padre, y mata a un particular.

Un médico aplica un veneno activo a un enfermo curable que ha sido cambiado intempestivamente con uno que no tenía remedio, a quien realmente pretendía matar.

En el primer caso, se pregunta: se castiga el hecho como asesinato definido por el ord. 1o. del art. 363, llamado parricidio, o como un homicidio agravado por esa circunstancia?; y, en el segundo, no es homicidio común de penalidad disminuída por la piedad sino un verdadero homicidio por piedad?

Nosotros, distanciándonos de eminentes profesores y hasta de algún miembro de la comisión que elaboró el Código, decimos que sí, pues ir a homicidios comunes sería violar el artículo, ya que ello sería apreciar las circunstancias que se deriven de la calidad del ofendido, realizado, lo que está rotundamente prohibido.

Además, si se tienen en cuenta las circunstancias que se derivan de la calidad de la persona a quien se dirigía la acción, es evidente que esas circunstancias indican: el ser padre, y el ser enfermo sin esperanza. Y el ser padre o enfermo sin esperanza hacen un homicidio por piedad, del último, y del primero un parricidio.

Pero hay otro argumento: en los casos de agravación, esa circunstancia no podría tenerse como fuente de mayor penalidad si no está definida entre las causas de mayor peligrosidad, pues en éstas no hay analogía.

Claro que el parentesco lo está, pero por una excepción en concreto no falla el argumento en abstracto.

En fin, para nuestro criterio general, la peligrosidad ya está revelada en mayor o menor grado: si quiso matar al padre, es peligroso como parricida y así debe punirse, y si quiso un homicidio por piedad, es peligroso apenas como quien directamente realiza este hecho.

Ahora, que en el caso de parricidio, por razón de que el artículo 36 habla de las modalidades del hecho, se puede disminuir la pena, posiblemente hasta el *mínimum*, si concurren, además, circunstancias de menor peligrosidad.

Y en el otro, por la culpa que implica el descuido se puede subir un poco la pena, naturalmente.

## EL HOMICIDIO POR ERROR EN LA PERSONA O EN EL GOLPE

El Profesor Mexicano, Francisco González de la Vega, en su obra "Derecho Penal Mejicano" trata así la cuestión que nos ocupa y que copiamos por su carácter práctico, especialmente en lo que se relaciona con la diferencia entre el error sobre la persona y el error en el golpe y con las atenuaciones que deben tenerse en cuenta para la disminución de la penalidad.

"Cuando el sujeto activo, proponiéndose causar homicidio en una persona cierta y determinada, en el momento de la ejecución la confunde con otra y priva a ésta de la vida, nace la figura del homicidio por error en la persona, *error in persona*. Cuando el agente de la infracción, sin confundir la persona a quien desea ofender, dirige con-

tra ella el acto criminal, pero, sea por torpeza de ejecución, sea por equivocación con el manejo del arma, sea por la intervención de otras circunstancias, mata a una tercera persona, se dice que el homicidio fue cometido por error en el golpe, *aberratio ictus*. En estas dos formas del delito, resulta víctima una persona a la que el homicida no se proponía matar: el artículo 9 del C. P. previene que la presunción de intencionalidad no se destruirá aunque se pruebe que el acusado erró sobre la persona en que quiso cometer el delito o que no se propuso ofender a determinada persona, si tuvo en general la intención de causar daño que resultó si éste fue consecuencia necesaria, o prevista o previsible (fracs. I, II y V del citado artículo). De todas maneras, independientemente de las anteriores reglas legales, las muertes causadas por equivocaciones en las personas o en el golpe, son delitos de homicidio por reunir sus constitutivas, a saber: supresión de una vida como resultado de intencionalidad delictuosa: poco importa que el agente del delito lo haya consumado en un extraño, distinto a la presunta víctima, porque causó el mismo resultado dañoso. En cuanto a la aplicación de la penalidad, surge el conflicto cuando el daño de muerte causado por el equivocado ofensor, está provisto objetivamente de mayor penalidad; por ejemplo: el agente, creyendo matar a otro individuo, causa la muerte de su propio padre: en esta situación no deberán aplicarse las penas del parricidio, sino las del homicidio, por encontrarse ausente el elemento subjetivo de aquella infracción, la conciencia de inferir daño a un ascendiente. Puede también acontecer que la muerte realmente querida, de haberse consumado, mereciera una atenuación de sanción, por ejemplo: dentro de la riña, uno de los contendientes, pretendiendo matar a su adversario, dispara su pistola y por equivocación en la puntería priva de la vida a un extraño: la disminución de penalidad prevista para las lesiones o el homicidio en riña, deberá aplicarse aún en los casos de error en el golpe, porque la acción fue ejecutada dentro de la contienda de obra. Por último, si el error coincide con un acto de defensa, como cuando una persona, al repeler una agresión contra su vida, actual, violenta, sin derecho, y de inminente peligro, dispara contra su injusto agresor y mata equivocadamente a un espectador ajeno a los hechos, deberá estimarse válida la legítima defensa por reunirse los elementos materiales y putativos de esta excluyente de responsabilidad, sin perjuicio de sancionar el caso como delito de imprudencia cuando la equivocación reúna sus constitutivas.”

## ARTS. 15, 16, 17 y 18 DEL CODIGO PENAL

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

La intención de esta disposición se basa en que no debe dejarse de consagrar en la ley el principio de que los actos ejecutados en orden a la consumación de un delito son punibles si constituyen por sí mismos delito o contravención, pero que no se castigan en orden al delito pretendido, porque el desistimiento voluntario marca la desaparición de la peligrosidad, o mejor, dentro de la posible evolución de ésta en el ánimo del sujeto, marca el desistimiento un momento en que la peligrosidad se desintegra, indicando que los factores inhibitorios obran tan fuertemente sobre el sujeto que lo llevan a desistir de su acción antes de realizarla, verdadero caso que es superior al eficaz remordimiento en cuanto no produce los efectos del acto consumado.

El artículo 16 define la tentativa, o sea, cuando “el que con el fin de cometer un delito diere principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas de su voluntad, incurrirá en una sanción no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado”.

Algunos exigían en el artículo que el individuo hubiera dado principio a la ejecución del hecho empleando “medios idóneos” para realizarlo. Pero esa exigencia se descartó, porque, en nuestro concepto, al estudiar si el principio de ejecución si refería su intención a determinado delito, deben estudiarse los medios.

En la tentativa de un hecho puede haber lugar a confusiones si no tienen principios bien sentados sobre esta materia. Los autores señalan como medios para descubrir su existencia, el estudio de las condiciones anteriores, concomitantes y subsiguientes al hecho. Las palabras pronunciadas, las armas o medios materiales empleados, las manifestaciones posteriores del realizador de un suceso que se analiza, etc., pueden dar la base para conocer de manera “inequívoca” la intención.

Pero debe tenerse cuidado de las confusiones, muy comunes y lamentables. Hay quien pronuncie la frase de que va a matar a otro y en realidad de verdad lo hiere y, sin embargo, esa herida, puede no revelar una tentativa de homicidio, pues las palabras no fueron suficientes. Pero esas palabras, acompañadas de un disparo de escopeta poderosa, hecho desde la sombra, con previa asechanza y premeditación,

que infiere al ofendido lesiones muy graves, en parte delicada, tan graves que traen un primer pronóstico reservado, si prueban una tentativa de homicidio y no el simple delito de heridas, porque las palabras, las circunstancias antecedentes dichas, la calidad del arma empleada, la magnitud de las heridas, su cercanía a ser mortales, etc., etc., permiten conocer de manera inequívoca la intención del agente.

Además de esta forma de delito imperfecto, hay la del delito frustrado, definida en el art. 17 que dice que "Cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito, éste no se realizare por circunstancias independientes de la voluntad del agente, podrá disminuirse hasta en una tercera parte la sanción señalada para el delito consumado".

Delito perfecto o consumado es aquel en que el hecho ha alcanzado su objetividad jurídica, es decir, cuando se ha violado el derecho protegido por la ley penal.

Y es imperfecto cuando el hecho no ha producido la violación del derecho que se pretendía violar, y sólo lo ha agredido o puesto en peligro, o ha agredido uno diferente. Cuando lo ha puesto en peligro hay tentativa, y cuando lo ha agredido hay delito frustrado; pero en ambos casos puede haber realizado otro hecho, como unas heridas, etc.

Y hay, en fin, delito perfecto agotado o simplemente perfecto. Un falso testimonio es perfecto simplemente con darlo ante la justicia, y perfecto agotado si llega a servir de prueba de un hecho falso.

El delito es, pues, frustrado cuando por inconvenientes que no dependen del agente deja de realizarse.

Parece que si el Código estimara que solamente debe castigarse un hecho por la peligrosidad que revele su agente, debería castigarse el delito consumado igual que el frustrado. Pero si no impone a éste la misma pena, entendemos que el Código lo hace porque él no desecha las modalidades del hecho delictuoso (art. 36) y por razones de política criminal, pues habría notorio escándalo social al castigar, en igualdad de circunstancias, con mayor sanción a un realizador de un homicidio que a uno que no pudo realizarlo por elementos ajenos a su actuación, siempre que los individuos sean socialmente de semejante o igual peligrosidad. Habría un justo reclamo en favor de quien no realizó los perjuicios que realizó el efectivo homicida.

Pero porque el Código no desecha los elementos de peligrosidad; porque los acoje, castiga la realización del delito imposible (art. 18) aunque disminuyendo la pena que tiene señalada para el mismo deli-

to posible y dando al Juez un poder discrecional absoluto (nótese esta novedad) para prescindir de la sanción teniendo en cuenta el art. 36.

Es decir, que el Juez debe estudiar las modalidades del hecho delictuoso que se pretendía; los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad y la personalidad del agente, hecho lo cual, a discreción, tomará las medidas del caso. Pero creemos que lo fundamental debe ser la peligrosidad del agente, porque el hecho en sí —no el hecho querido— no tiene una realidad objetiva.

#### BREVE AMPLIACION DEL ARTICULO 23.

“NO hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete:

1o.—Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo”.

Para explicar este numeral, lo descompondremos así: La coacción; la sugestión hipnótica o patológica, y el consentimiento previo del sugestionado.

Al hablar de las causas que hacen el hecho excusable, es decir, al mencionar las causas de no responsabilidad —diversas de las causas de justificación en que hay imputabilidad pero no puede haber penalidad—, el Código enumera la insuperable coacción ajena en primer término, porque nadie podría negar que quien sea un simple instrumento material violentado para la ejecución de un hecho no puede ser responsable por lo que respecta a ese hecho, siempre que esa violencia, que puede ser física o moral en nuestro concepto, tenga la calidad de insuperable, por si podía hacerse a un lado, desecharse, superarse —digamos—, el acto le corresponde lógicamente al autor material sin perjuicio, lógicamente, de la participación intelectual que le corresponda al violentador que ejerce una violencia no lo suficientemente capaz por sí sola de determinar al agente material a la realización del hecho.

Cuando la coacción insuperable es de carácter físico, no existe mayor problema. Distinguirlo, apreciarlo en relación con las circunstancias, es tarea relativamente fácil.

Si lo hay en relación con la violencia moral que determina al hombre a obrar sin libertad de conocimiento y voluntad, según los clásicos; y que para los positivistas tendría que ser una acción en que ya si no hay ni siquiera posibilidad de afirmar la libertad, tanto más cuanto que esa escuela la niega y en que la peligrosidad del hombre no existe porque el agente peligroso es el violentador, pero no el violentado.

tado. La violencia moral existe cuando un grave mal inminente ejerce influencia sobre el alma del hombre, violentando sus determinaciones.

Pero debemos observar lo siguiente, tomado al pie de su sentido de una nota al “PROGRAMA DEL CURSO DE DERECHO CRIMINAL” de Carrara: “Por tanto, en casos concretos, puede encontrarse en el agente, aunque se halle violentado, incluso la intención directa y el dolo determinado. Con esta afirmación no se niega la violencia, de un modo absoluto, ni se perjudica siempre la posibilidad de su concurso. Una cosa es la intención *imperfecta*, y otra la intención *indirecta*. Se puede delinquir con intención *directa* y hallarse en un estado de intención *imperfecta* con respecto a la libertad.... Incluso en ciertas condiciones la voluntad puede ser hasta deliberada y premeditada, como en el caso del viajero que cae en manos de bandoleros y que se aprovecha del sueño de éstos para degollarles y sustraerse a las mutilaciones y a su propia muerte, que no puede evitar por otros medios.

Refiriéndonos a la sugestión hipnótica y patológica, que las antiguas legislaciones no consagraban como causa de excusa, es evidente que los datos modernos de la ciencia han llegado a esa conclusión, porque el sujeto no es agente. Solamente si consiente previamente en la realización del acto, se echa de ver que la sugestión no es sino un medio querido por el realizador del hecho para la realización menos escrupulosa de él y aún para precaverse previamente preparando una falsa defensa en la esperanza de que su consentimiento previo no sea conocido. Por eso la advertencia final del primer numeral del artículo estudiado.

---

“2o.—Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia”.

Estudiemos este artículo que comprende: a) la ignorancia, o sea, la falta de conocimiento, y el error, o sea, el extraviado conocimiento. Ambos deben ser no provenientes de negligencia.

Siempre se ha creído, anotó la Comisión revisora del Código Concha, que es injusto atribuirle a una persona, como delictuoso, un hecho que ejecutó en creencia de que se trataba de un acto lícito, cuando en realidad de verdad era ilícito. Pero la buena fe debe ser plena, es decir, que no quepa duda sobre la rectitud de la intención con que el agente ha procedido. Y debe ser ignorancia invencible para eliminar el peligro de que por una ignorancia simplemente vencible y aún

afectada se pretenda colocar ante la justicia, como excusable, un verdadero delincuente.

Parece, por lo que dice el artículo mismo en su numeral 3o., que no se trata de la ignorancia de que el hecho esté prohibido por la ley, pues ésta no puede alegarse —agrega el artículo en su numeral 3o.— sólo puede alegarse en las contravenciones, pues sigue siendo para nuestro Código una razón política la presunción de que la ley penal se conoce por todos.

Más bien sería la ignorancia de elementos de hecho que entran en el delito, como la calidad de padre de quien no ha conocido el suyo y lo mata creyéndolo un extraño; ignorancia sobre consecuencias o circunstancias de hecho como quien ignora la calidad explosiva de una sustancia.

Aunque es bien cierto que estos hechos pueden confundirse con el error.

El error puede ser de hecho o de derecho. El primero consiste en equivocación sobre un hecho; el segundo en *ignorar* las cualidades jurídicas de una persona, de una cosa o de un hecho.

Hay error de hecho cuando, por ejemplo, alguien interpreta el movimiento del brazo del otro como un ataque (Pedro Ortiz Muñoz, página 66 de *Nociones Generales de Derecho Penal*) porque equivoca el significado del hecho.

El error de derecho, en nuestro concepto, se confunde con la ignorancia, no de la ley, sino de las cualidades jurídicas de una persona, de una cosa o de un hecho. Pero vale decir que todo error de derecho presume ignorancia de esas cualidades, pero no toda ignorancia es error de derecho, porque puede haber ignorancia invencible de cualidades que no son jurídicas, y porque, de otro lado, el error de derecho que versa sobre la ignorancia de cualidades jurídicas, puede ser venible, venciendo esta ignorancia.

Por ejemplo: Son errores de derecho los siguientes:

a) El que resiste a una autoridad no uniformada porque desconoce esa cualidad jurídica de autoridad.

b) El que falsifica un documento ignorando que es un documento público y que no comete el delito de falsedad en documentos públicos.

c) El que no sabe que presta testimonio ante una autoridad.

Pues bien: en los tres casos el error de derecho, o sea sobre las cualidades jurídicas de la persona a quien resiste, de la cosa (docu-

mento) que falsifica, o del hecho (declarar) que realiza, lo hace por ignorancia.

Pero quien equivoca una sustancia porque ignora invenciblemente sus cualidades explosivas —debido a las circunstancias—, tiene una ignorancia que no se torna error de derecho.

Los errores de derecho, en los casos dichos, proceden de ignorancia vencible. Los de hecho deben proceder de una ignorancia invencible.

Por eso el artículo exige la cualidad de invencible para la ignorancia, pero no para los errores de hecho o de derecho, aunque éstos últimos procedan de ignorancia.

Y si exige para ambos casos que no haya negligencia, es porque si los errores son culposos, por falta de previsión pudiendo prever o por haber previsto y confiado imprudentemente evitar el daño, entonces ya hay responsabilidad aunque no dolosa sino por culpa.

El ordinal 3o. ya nos queda explicado, quedándonos por agregar que si es justo que la ignorancia de la ley en materia de contravenciones pueda alegarse, lo es porque quien, por ejemplo, durante una ausencia, o en un país extranjero a donde acaba de llegar, encuentra normas que no son de derecho natural y que varían de un país a otro, no sufra pena, caso de que no existe voluntad ni malicia de violar el orden establecido —tesis clásica— ni está revelando peligrosidad alguna.

#### ARTICULOS 24 y 25

“Tampoco hay lugar a responsabilidad penal en los casos de justificación del hecho” (art. 24) Y “el hecho se justifica cuando se comete: 1o. Por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente....”

La disposición legal naturalmente exime de responsabilidad porque se presume que toda ley es justa, porque su obediencia no puede estar sometida al criterio de los hombres y porque así lo requiere la misma salud pública.

En cuanto a la orden obligatoria de autoridad competente, debe tenerse en cuenta, primero, que para los militares, no deliberantes, existe siempre una excusa porque la orden es obligatoria y la autoridad es siempre competente; para la policía, las órdenes son también obligatorias pero el agente no puede proceder a sabiendas de que abusa, de que comete su superior un delito manifiestamente conocido y sabido por el agente. Por esta razón nuestros principios legislativos

dicen, también, que no exime de responsabilidad la orden superior. Y así debe entenderse en armonía con este precepto.

---

“2o.—Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.—Se presume que se encuentra en el caso previsto en este numeral, el que durante la noche rechaza al que escala o fractura cercas, paredes, puertas o ventanas de su casa de habitación o de sus dependencias, cualquiera que sea el daño ocasionado al agresor, o el que encuentra un extraño dentro de su hogar, siempre que en este último caso no se justifique su presencia allí y que el extraño oponga resistencia”.

---

Haremos un seguimiento de las líneas generales del Código, y luego expondremos un resumen de las doctrinas más generalizadas en la ciencia sobre esta materia.

Para mejor comprender el artículo, vamos descomponiendo sus elementos: “La necesidad de defenderse de una violencia actual” sería el primero. Nada más concreto y al parecer claro que este principio. Un sujeto, avocado a la necesidad de defenderse de una realidad concreta, visible, objetiva, debe y puede hacerlo. Quien es amenazado por un hombre armado que atenta, así, contra su vida o su integridad física, puede proceder a defenderse. El problema surge si en lugar de ser objetivo, real, tangible, el peligro, tiene carácter puramente subjetivo como ocurriría en el caso de quien amenazado por individuo peligroso y ágil en el manejo de arma, dispara cuando su amenazante va a llevarse la mano a un bolsillo donde se acostumbra llevar arma.

Algunos piensan que en este caso hay un simple error de hecho por equivocación en la interpretación de ese movimiento. Pero si se tiene en cuenta que ese solo movimiento no determinó a obrar al sujeto, sino los antecedentes y las palabras y el conocimiento del presunto agresor, por un lado, y por otro que bien puede ser esa la intención y no simplemente la de sacar un pañuelo u otro objeto, se llega a pensar que esa tesis del error de hecho no puede generalizarse aunque en casos especiales pueda tener aplicación.

Ocurre, a nuestro entender, que la violencia se actualiza para el sujeto activo que se defiende.

Claro que para quienes crean que la defensa debe corresponder a un hecho objetivo, es decir, para quienes crean que la actualidad de la violencia consiste en algo tangible, real, independiente del sujeto,

no habrá defensa. Pero lo curioso es que un discípulo nuestro, sosteniendo esa tesis, confesaba, sin embargo, que en ese individuo no sólo no había mínima peligrosidad sino ninguna y que “procedía con la única y exclusiva intención de defenderse”. Si esto es así, cómo haríamos punible a sujeto que no tiene sino tan sana intención?

Lo que es difícil en estos casos es la prueba. No debe bastar una simple suposición de defensa subjetiva para afirmarla. Como elemento justificativo que es, debe estar plenamente comprobada.

---

Exige también la disposición que la violencia sea injusta, es decir, que el provocante de ella, por medios objetivos o por medios que refluyan subjetivamente en la forma dicha en quien se defiende, no tenga justicia ni razón en provocarla. No podría haber legítima defensa contra el verdugo, ni la habría contra quien obedezca a una orden superior legítima.

En este caso de la justicia se presenta una duda. Hay quienes han sostenido que el individuo pierde el derecho a defenderse por haber provocado el lance. Pero en ese caso conviene distinguir: si la provocación del lance es suficiente para justificar el hecho, entonces el provocador no puede defenderse. Si no es suficiente, sí puede defenderse.

Por ejemplo, quien provoca a otro a matarlo entrándose a su casa a robarle, no puede defenderse.

Quien le irroga un insulto a un ciudadano, si éste reacciona a darle muerte violenta, puede defenderse, por la razón de que su provocación es algo menor de la amenaza que se le viene encima, y porque el hecho simple de un insulto, si bien puede atenuar la penalidad del agredido en caso de que mate al insultador, no lo eximiría de responsabilidad, lo que prueba que su acto no es justo y que, por tanto, sí puede el otro defenderse de un acto que si explicable no es justificable.

Este caso es de mucha ocurrencia práctica, y a propósito de él el Dr. José Vicente Concha en su Tratado de Derecho Penal dice:

“Se puede reputar en estado de legítima defensa, dice, al individuo que después de haber provocado o atacado a otro, se defiende a su turno de las violencias del agredido contra él, y comete un homicidio porque ellas ponen en peligro su vida? En otros términos, es injusta la agresión cuando ha sido provocada por otra anterior? Para

resolver este punto se debe distinguir: si la primera agresión puso a la persona atacada en estado de legítima defensa, el agresor no se podría defender legítimamente por medio de nuevas violencias, y si continúa en la lucha, el homicidio o las heridas que provengan de él, no se justifican, porque vendrían a ser consecuencia directa de la agresión de que es autor. Pero si la agresión no puso a la persona atacada en estado de legítima defensa, si sólo hubo una provocación, y el primitivo agresor ve en peligro su vida por obra de la persona provocada, tiene derecho de resistir aún con la fuerza”.

El otro elemento es que haya proporción entre el ataque y la defensa. Es decir, que haya armonía entre la defensa y el ataque, o sea, que la agresión exista en la forma que hemos dicho y que no haya desproporción entre la acción y la reacción.

Naturalmente que para nosotros este elemento, como el de la violencia actual, tiene sus características. Puede suceder que el ataque no sea tan grave para una persona como para otra, ni para unas circunstancias que para otras. Así, verbi gracia, quien escupe en la cara a un militar porque no rectifica un informe justo que ha dado, no hace que el militar reaccione por simple ira o intenso dolor, sino en legítima defensa de su honor (que es, también, un caso de defensa), y en este caso hay perfecta proporción circunstancial y subjetiva entre la acción y la reacción, cuando ese mismo caso entre otras personas pudiera no tener las mismas características.

La defensa del honor la incluye el Código. Metafísicamente quien mata porque le han violado una hija, por ejemplo, aunque lo haga acabando de saberlo, no defiende el honor. Lo haría si matara en el momento en que vá a ser violada, para evitarlo. Pero dentro de nuestras ideas generales y nuestras convicciones morales, es lógico que se procede por salvar ese concepto sui-generis del honor que nos hemos formado, que es nuestro, que forma patrimonio moral en el país, etc., etc

La defensa también puede ejercerse por otro. Pues la solidaridad social permite hacer en favor de otro lo que uno pudiera hacer en su favor, pero en ese caso quizá la interpretación que damos del honor no baste, porque en ese caso especial es el ofendido en su honor a quien toca defenderlo en la forma susodicha.

Y para completar este artículo, los autores del Código traen un apéndice para decir que estos casos especiales quedan justificados aunque se reúnan ciertas condiciones —como el exceso— y siempre que se reúnan otras. Es una norma defensiva contra los asaltantes y atacadores, fundada en sus latos términos en la no posibilidad de discri-

minar el daño que pueda hacer quien después de escalar o asaltar una propiedad ya puede hacer no sabemos qué.....

Y ahora, para completar este estudio, veamos el numeral 3o.

### EL ESTADO DE NECESIDAD

Dice el artículo 25: "El hecho se justifica cuando se comete:.....  
3o. Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional".

Existen tres grupos de causas que excluyen la responsabilidad, a saber:

1o.—Causas de inimputabilidad, o sea aquellas en las que el hecho es contrario al derecho aunque no se encuentre sujeto al cual pueda atribuírsele por falta de conciencia (no ya de salud mental), de espontaneidad; tales son: la coacción ajena, la sugestión hipnótica, la buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho no proveniente de negligencia, y la ignorancia de la prohibición dependiente de fuerza mayor cuando de contravenciones se trata.

2o.—Causas de justificación, o sea aquéllas que hacen jurídico un acto determinado como delito por la ley y en que se encuentra sujeto que realiza el acto a conciencia, como cuando el hecho se comete por disposición de la ley u orden de autoridad legítima; por la necesidad de la defensa y EN ESTADO DE NECESIDAD.

3o.—Causas o excusas absolutorias en que hay hecho antijurídico y sujeto imputable, pero no hay pena, como cuando se perdona judicialmente a quien mate al que esté yaciendo con su cónyuge, o en caso fortuito.

Como se ve, nuestro nuevo Código agrupa entre las causas de justificación, el estado de necesidad.

---

Interesante, como ninguna, esta forma jurídica, queremos hacer un breve análisis teórico, una manera de entender el artículo.

El estado de necesidad se caracteriza por dos elementos: un interés legítimo o jurídicamente protegido frente a otro interés también protegido por el derecho, y una tal situación de lucha entre esos dos intereses, que el poseedor del uno, y hasta un tercero, deba violar el interés de otro.

Ejemplos: destruir la casa del vecino, cuando hay incendio, para salvar la propia o ajena; tomar lo ajeno para no perecer de hambre; apacentar la cabalgadura fatigada en viaje de urgencia, en predio ajeno; ahogar al compañero de naufragio para evitar ahogarse; matar por orden del tirano para no ser muerto por éste, etc., etc.

Como resulta de estos mismos ejemplos, si recordamos nuestro viejo código, se verá que el estado de necesidad apenas se reconoce en él de manera embrionaria. Adelante veremos cómo lo reconoce el nuevo estatuto, lo cual ciertamente no es una modernidad: ya Carrara, en su Programa, había hablado con bellísima precisión del estado necesario, y sus notas, puestas diez y seis años después, no hicieron sino demostrar la armonía de su doctrina sobre la violencia, con el llamado "estado de necesidad".

La legítima defensa suele confundirse con el estado de necesidad. Pero ya Carrara estableció la que nosotros juzgamos verdadera distinción, como lo comenta Jiménez de Asúa. Aunque para nosotros son más elocuentes las notas que las citas hechas por el gran maestro español.

En efecto, la distinción sustancial consiste en que la defensa es REACCION mientras el estado de necesidad implica ACCION.

Dice así Carrara: "Los más modernos criminalistas alemanes distinguen, por medio de fórmulas distintas, la violencia que yo digo que produce la acción, y la violencia que yo digo que produce la reacción. Llamam a la primera excusa derivada del estado de necesidad y a la segunda excusa procedente de la defensa necesaria. Cuando penetro en el jardín de mi vecino para tomar una escalera, agua o alguna otra cosa a fin de utilizarla para apagar el incendio que devora mi casa, no procedo (según nuestro lenguaje) a una REACCION obligada, sino a una obligada ACCION. A su vez, los alemanes dicen (y dicen bien) que ésta no es la excusa de la legítima defensa, porque al apoderarme de la escalera no repelo el fuego que amenaza, sino que es estado de necesidad.

Además, en la defensa no hay interés legítimo del agresor, mientras la legitimidad no falta en el estado de necesidad.

Es común a ambos estados, la actualidad o inminencia del peligro grave, y no debe decirse que la defensa la provocan las personas y el estado de necesidad, la naturaleza, porque quien mata a otro para evitar la muerte que le daría un tirano que le ha transmitido esa orden injusta, no obra por defensa sino por necesidad, no reacciona ante

el occiso sino que acciona ante él. Y tan legítimo es su interés como el del muerto, aunque ambos estén en conflicto.

Tampoco debe confundirse el estado de necesidad con la fuerza irresistible, porque en el estado de necesidad no hay coacción absoluta.

Si bien debemos observar que entre nosotros ha habido casos de necesidad que se han equiparado a la violencia moral irresistible para ponerlos al amparo de una exculpación (art. 29 del C. P. a).

Volviendo a la letra del artículo comentado —ordinal 3o.—, diremos que él comprende el estado de necesidad cuando el conflicto es entre dos existencias humanas, siempre que el peligro sea grave o inminente, como cuando en el incendio de una casa, de un avión o de un barco; en un naufragio, accidente aéreo o automovilario, hay que herir o matar a las personas que estorban la huída del peligro.

Es muy clásico el ejemplo de quien, perseguido por una fiera o por un loco, al pasar un puente, único medio fatal de escape, arroja al agua a un niño que estorba el paso por el puente. Y también la disputa, por náufragos, de la única tabla de salvación. Se relatan hechos históricos de excepcional interés jurídico.

Naturalmente, si el causante del incendio, naufragio, accidente, etc., mata para salvarse, no es justificable su acto, pues él mismo creó el peligro, hizo su necesidad y resulta causante del hecho que se ocasiona, no por ajena acción, sino por haber querido un hecho que produce, en último término, las muertes o lesiones.

Por esto dice el código: “que no se haya causado por obra propia”.

Exige, además, que el peligro sea tal “que no deba afrontarse por obligación profesional”.

Esta sabia disposición excluye del estado de necesidad al capitán del barco que mata a un hombre para no naufragar, al bombero que para salvarse de un incendio en que debe trabajar, atropellase a una persona, cuya vida, precisamente por obligación profesional está en obligación de salvar afrontando el incendio, con sus consecuencias, hasta el final, como el capitán del barco debe afrontar el naufragio hasta el final del salvamento de los pasajeros todos.

Y la razón es obvia: la obligación profesional implica la necesidad de afrontar el peligro; huyendo de él, se realizan acciones procedentes de falta grave, que no pueden exculparse. Mejor: quien tiene determinadas obligaciones profesionales, al adquirirlas voluntariamente, renuncia al derecho de salvarse a costa de otros, del peligro que esas obligaciones le implican en determinado momento, y no puede

adquirir de nuevo ese derecho, porque la seguridad de los intereses a él confiados así lo exige.

El artículo 430 del C. P. n. consagra el caso de necesidad en los hechos contra la propiedad ejecutados para no perecer de hambre.

La comisión nada dijo sobre este problema en las actas. Por eso, ignoramos la razón para no haber sentado una regla que abarcara otros estados de necesidad ya enumerados en ejemplos. Tales serían, la destrucción de la casa del vecino para evitar la ruina de la propia, por incendio; el uso de bienes ajenos para fines necesarios, como el de una cabalgadura ajena para continuar el viaje a salvar un enfermo, etc., etc.

---

Las causas de justificación del hecho realizado en estado de necesidad, son varias en nuestro sentir: inexistencia absoluta de peligro social; falta de motivos innobles y bajos y persecución, al contrario, de un fin que está acorde con las tendencias del hombre como ser vivo dotado de instinto de conservación.

---

Escribimos hace alguna decena de años sobre la violencia moral irresistible. Ese estudio, que pretendía entonces ampliar la estrecha jurisprudencia sobre el artículo 29 del C. P. a, contiene algunas apreciaciones en que se confunde el estado de necesidad con la violencia dicha; pero, rectificadas nuestras ideas, no adherimos a esa similitud, buscada antes sólo en razón de acomodar esos casos a algo legal. Y porque si antes, en ese orden de ideas, nosotros admitimos casos de necesidad como hechos no imputables, hoy tenemos esos hechos, en teoría y en la realidad jurídica del nuevo estatuto punitivo, como hechos justificables.

---

Tanto el artículo 27 del nuevo Código, como el 430 sancionan el exceso.

Sobre este tema cedemos la palabra a un gran autor, Jiménez de Asúa, cuyo libro sobre "El Estado de Necesidad en materia penal" hemos seguido con mucho entusiasmo en gran parte de este estudio que, por lo demás, no pretende traer descubrimientos.

Sobre el exceso, dice:

"El problema de la elección del medio y el de proporcionalidad, nos llevan a tratar el exceso en el acto necesario. Para que haya exceso es preciso, ante todo, que concurren las demás circunstancias, es decir, se necesita que exista peligro inminente, y que no se haya cau-

sado éste dolosamente por quien realiza el acto. En suma, que se precisa la legitimidad inicial de la acción, para que surja la figura del exceso en el delito necesario, y que se hayan traspasado los límites de la necesidad, con efecto atenuante en la pena y hasta eximente, en casos de perturbación del ánimo.

“Los autores se han ocupado principalmente en el problema del exceso, al tratar de la legítima defensa. La opinión más general —Carrara, Alimena, Manzini, Florian— ve en el exceso un elemento culposo, es decir, que se supone la existencia de un error de cálculo por parte del agente, y una desproporción entre el fin propuesto, y el medio para alcanzarlo. Impallomeni combate esta teoría, afirmando, por lo que toca al exceso en la defensa, que el hecho no es doloso ni imputable si existe perturbación del ánimo del que obra. Nosotros, que al pensar en el exceso de defensa no podemos sustraernos al fuerte atractivo de la doctrina de Impallomeni, cuyo origen puede hallarse en Pessina y que en la actualidad se acepta por F. de Luca, no nos atrevemos a suscribir incondicionalmente su teoría cuando hacemos referencia al estado de necesidad, en cuyo exceso puede darse, incluso con frecuencia, ese error de cálculo que entraña la culpa.

Lo que importa más, en nuestro sentir, es subrayar el elemento subjetivo en estos casos: el exceso ha de apreciarse no sólo de acuerdo con el hecho, sino en atención a las condiciones del ánimo del agente. Por esto cuando tal exceso se debe a temor, al terror, a la perturbación producida por el que obra, por el peligro que lo amenaza, no podrá imputarse el exceso a título de dolo ni aún en nombre de la culpa.

“En este último caso nos hallamos frente a una verdadera eximente. Mas, a nuestro juicio, aquí no puede hablarse de causa de justificación: si se exime de pena al agente no es por un motivo que volatiliza la antijuricidad del acto sino por una causa que priva al sujeto de imputabilidad; por una causa de inimputabilidad, y aquí es donde puede invocarse rectamente la “perturbación del ánimo”, de que habla Pudendorf.

“Todo lo dicho hasta aquí sobre el exceso, es importado de la defensa excesiva, pero nos cumple advertir que al aplicarlo al exceso en el acto necesario es preciso aquilatarlo más, pues no debe olvidarse que en estado de necesidad los dos intereses contrapuestos son legítimos, en tanto que en la defensa legítima es injusto el ataque al agresor”.

Queda así explicado el art. 27 que trata de los excesos.

## ARTICULO 28

“Cuando se cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción”.

Después de que el Código señala los casos de irresponsabilidad y los de justificación, empieza a señalar los de atenuación de la penalidad. Ya hemos visto los referentes al exceso. El artículo en estudio se refiere a las provocaciones que causan en el ánimo un estado de ira o de intenso dolor.

Inútil decir que todos los autores consideran estos casos como merecedores de una penalidad atenuada. La provocación determina al sujeto a obrar por móviles que, en todo caso, si es injusta y grave como lo exige el Código, no son fútiles ni, en general, innobles. Determina reacciones pasionales tan fuertes y bruscas que para los partidarios de la imputabilidad moral acaso lleguen a destruirla. Es decir, que mirados esos casos por cualquier aspecto que se les mire, no presentan los caracteres que presentarían cuando se suscita con frialdad de ánimo, ausencia de ira o de dolor intenso.

Urge saber —aunque esto se estudiará mejor en el análisis de la premeditación— que los estados de ira y de intenso dolor no son incompatibles con el transcurso del tiempo entre la ofensa que los determina y la acción criminosa. Pero durante este plazo puede faltar la frialdad de ánimo, o puede haber integraciones o desintegraciones sucesivas de ese estado, acusadoras, en la mayoría de los hechos humanos, de una menor peligrosidad, de una verdadera lucha entre la tendencia al delito y los factores inhibitorios de acusado relieve moral.

No hay, pues, incompatibilidad con la vieja premeditación que consistía en el solo transcurso del tiempo y la preparación de los medios. Sólo la habría con el criterio moderno de la premeditación jurídica que no puede darse cuando hay estados de ira o de pasión, aunque esos estados tengan sus evoluciones circulares.

Sobre los arts. 29 y 30, volveremos más adelante. Por ahora bástenos decir que el Código considera responsables —en armonía con el art. 11— a quienes obran en estado de enajenación mental, de intoxicación crónica producida por el alcohol o por otra sustancia o padecen grave anomalía psíquica. Sólo que considera que el peligro que esos seres representan para la sociedad depende de su estado especial. Por tan-

to, busca, no la aplicación de sanciones, sino de medidas de seguridad que, como veremos, tienden a devolver al individuo a su estado normal, a aquél en que no representa peligro para la sociedad. La doctrina de la defensa social alcanza en esta parte del Código una altura filosófica muy digna de notarse cuando muchos penalistas no han podido o no han querido llevar a los Códigos las ideas que en teoría dicen profesar.

En cuanto a los menores, el Código señala para los menores de diez y ocho años que delincan las medidas de seguridad. No adopta el criterio del discernimiento porque, dado que el niño tiene su edad física y su edad mental, eso sería caprichoso, y porque las ideas de lo lícito y lo ilícito son, esencialmente cuando se trata de delitos llamados naturales, muy accesibles aún a niños cuyo equipo, digamos así, de ideas morales pueda ser muy reducido.

Fija solamente un límite por absoluta necesidad de hacerlo, no por consideraciones de orden metafísico.

Y es lógico que el menor, readaptable a la vida social, delincuente por abandono, por mala educación, por vagancia, se trate con medidas de seguridad en lugar de imponerle sanciones, porque siempre hay esperanza de hacerlo bueno, ya que no puede hablarse de una perversión. Otra cosa resulta si el menor fuere criminal incorregible, en cuyo caso eso se demostrará por la reincidencia cuando ya tenga la edad penal.

Al estudiar las medidas de seguridad estos artículos quedarán mejor entendidos por mis discípulos.

#### CONCURSO DE DELITOS (REINCIDENCIA)

Con un solo acto pueden violarse varias disposiciones penales como ocurre cuando se dé un veneno a una mujer en embarazo, que no muere casualmente pero que aborta. Hay violación de precepto sobre envenenamiento (tentativa) y el sobre aborto. Este sería el llamado concurso ideal o formal de delitos. Dependen los hechos de una sola acción pero que produce un doble resultado. La circunstancia de haber un solo acto implica que los delitos concurren en su forma, de una manera ideal, pero no material. El concurso material se verifica, en cambio, cuando con dos actos, ligados entre sí, se violan dos disposiciones diferentes. Por ejemplo, quien para robar tiene que matar, realiza dos hechos concurrentes desde el punto de vista material, porque

ejercita dos actos: el robo y el homicidio, bien que ligados por la causalidad. Como también pueden estar ligados por una relación de tiempo: tal sucedería, por ejemplo, si se matara al salir del robo con finalidad distinta a ese delito.

Cuando con dos actos se violan dos disposiciones diferentes, pero no hay ninguna relación, existe también el concurso material, dicen algunos autores. Nosotros encontramos que siempre debe haber alguna relación siquiera sea de tiempo, pues se verifican en momentos absolutamente independientes y lejanos, ya que no existe conexión entre los dos. Por ejemplo, quien ahora mata un individuo y mañana roba, no ha realizado dos hechos concurrentes sino dos delitos diferentes sin nexo alguno. Otra cosa sería que hubiese matado para facilitar el robo, que hubiese matado para destruir un testigo a quien había propuesto y dado a conocer el plan, etc.

Con un mismo hecho se puede violar dos veces una misma disposición. Por ejemplo, quien mata de un tiro a dos personas, si bien hay autores que sostienen que en este caso no hay violación sino de una disposición una vez.

De suerte que para el concurso se requiere que una persona cometa por lo menos dos delitos; que éstos tengan alguna relación de causa, fin, tiempo, lugar, u otra semejante, y, finalmente, que el delincuente no haya sido condenado por sentencia definitiva, pues en ese caso, habrá reincidencia y no concurso de delitos.

Cuando ocurre el caso de que un mismo individuo verifica varios hechos sucesivos que violen la misma disposición penal, pero que indiquen la ejecución de un mismo designio, se presenta el caso de delito continuado, como quien noche tras noche sustrae pequeñas cantidades de un artículo, o día a día pequeñas sumas de dinero.

Hay dos sistemas de castigar los delitos concurrentes: acumular la pena para un acto criminoso con la del otro u otros, o imponer la pena más severa. Pero entre dos sistemas opuestos, el uno excesivamente riguroso y el otro muy débil, se ha adoptado un sistema intermedio que consiste en aplicar la pena del delito más grave aumentada hasta en otro tanto, para los casos del artículo 33 y hasta en una tercera parte para los del art. 31.

Es decir, que nuestro Código moderno suprimió el sistema del cúmulo material, pero consagró un aumento.

Hay ya una jurisprudencia de la Corte que entraña varias conclusiones:

Que el aumento no puede llegar a ser mayor que el máximo correspondiente al otro hecho porque se caería en notable injusticia.

Como dicha sentencia contiene, además, otras consideraciones útiles que se extractan bajo los números 1o. a 5o. y que corresponden a nuestros estudios, no vacilamos en copiarla en seguida, íntegramente, advirtiéndoles a mis discípulos que es notorio el párrafo en que la Corte dice que no es del caso afirmar la dificultosa cuestión de que si en caso de reincidencia o de concurso formal o real de delitos o de un delito continuado se puede exceder del límite máximo señalado en el art. 45 del C. P.

La sentencia dice así:

#### ALGUNAS NORMAS PARA LA APLICACION DEL NUEVO CODIGO PENAL

1o.—Cuando hay concurso de delitos, sea formal o sea real, no se pueden sumar las penas de cada hecho, pues el sistema del *cúmulo material* que consagraba el Código de 1890, fue sustituido por el del *cúmulo jurídico* o *acumulación intensiva* en la nueva legislación;

2o.—No son “circunstancias agravantes” las de los nueve ordinales del artículo 363 del Código Penal de 1936. Cualquier caso de esos es un *elemento constitutivo* de asesinato. Intensificación del *animus necandi*;

3o.—La frase “hasta en otro tanto” del artículo 33 del Código Penal nuevo (lo mismo que la expresión “hasta en una tercera parte” del artículo 31), indica un máximo imponible sólo en ocasiones extraordinarias. Y si se presentare la necesidad de doblar la pena del delito más grave, o de elevarla en la tercera parte, débese tener el cuidado de que el aumento no sea mayor que el máximo correspondiente al otro hecho, cuando el concurso es de dos delitos.

4o.—La fractura de un mueble para robar el contenido será un modo general de violencia a las cosas, conforme al artículo 402 del Código de 1936, pero no es la específica perforación o fractura del robo más agravado a que se refiere el artículo 404 *ibidem* (caso 3o.); y

5o.—La índole del Código de 1936 va a modificar, reduciéndolo, el poder que el superior tenía en apelación, consulta o casación, para variar la pena principal que el inferior deducía del Código de 1890, puesto que suprimidos los tres grados de todo delito y la mecánica regla del artículo 124 de ese Código antiguo, y fijándose hoy la sanción

al delincuente por la ponderación de los principios que entrañan los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 del Código nuevo, de muy rara ocurrencia será la equivocación *palmaria* en la *cantidad* de pena impuesta. La subjetividad casi incontrovertible de que disfruta el impartidor de la justicia penal para mover su entendimiento entre los bajos *mínimos* y los altos *máximos* de la sanción en la mayor parte de los delitos, es un arbitrio respetable que únicamente en casos excepcionales dejará decir que hubo yerro en la pena por exceso o por defecto, siempre que el juzgador de instancia haya tenido en cuenta aquella ponderación. Y es que, medidas la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, y apreciados los motivos determinantes y la personalidad del agente, difícil ha de ser para el superior concluir que el inferior, al sancionar, v. gr., el homicidio que contempla el artículo 362, con diez años de presidio, debió reprimirlo más bien con nueve o con doce años.

---

En recurso de casación vino a esta Sala lo que toca con José Isaac Casas Guerrero, y ya terminados aquí los trámites entra la Corte a decidir aquel recurso.

Dice el señor Procurador:

“Casas Guerrero y su defensor interpusieron el recurso de casación, pero ante la Corte tan sólo se han presentado algunos escritos del primero, en que sostiene que no se le dieron suficientes garantías para su defensa y que se apreciaron mal algunas pruebas. Esta argumentación miraría a la causal sobre injusticia en el veredicto, cuestión que no fue debatida en las instancias. Por este aspecto, sería infundado el recurso, tanto más cuanto que los veredictos no pecan contra la evidencia. Por el contrario, hay probanza suficiente sobre la responsabilidad del recurrente en la comisión de los delitos que le fueron imputados.

“Estudiado el expediente por este Despacho encuentra un reparo al fallo recurrido sobre la aplicación de la ley penal. Así, pues, invoca la causal 1a. del artículo 3o. de la Ley 118 de 1931.

#### “CAUSAL PRIMERA”

“Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma”.

“José Isaac Casas Guerrero fue llamado a responder en juicio criminal por estos delitos: homicidio premeditado con circunstancias

de asesinato en la persona de Laura Rosa Arcila de Castaño, y robo por la cantidad de \$ 283,25. Los cuestionarios referentes a este procesado, son unánime y simplemente afirmativos y no están en evidente contradicción con las probanzas.

“El Juez de primera instancia, en desarrollo de las respuestas del Jurado, estimó como más favorable para el reo el nuevo Código Penal, y razona así:

“Se trata, ante todo, de un asesinato, que en la nueva ley penal tiene una base mínima de 15 años de presidio (artículo 363); y como concurren las circunstancias de mayor peligrosidad enumeradas en los puntos 6 y 9, hay lugar a hacer un aumento de dos años de presidio, pues apenas concurre la circunstancia de menor peligrosidad (numeral 11, art. 38), por la ignorancia del reo, aun cuando sabe leer y escribir.

“El delito de robo aparece sancionado en la nueva ley penal con la pena de 3 a 14 años de presidio (Artículo 404), *por haberse verificado mediante la fractura de los baúles* (subraya la Corte) en que tenían guardado el dinero los esposos Castaño-Arcila; y como concurren respecto de este hecho las propias circunstancias de mayor peligrosidad anotadas en el homicidio, hay también lugar a hacer un aumento de dos años de presidio.

“Así resulta el homicidio sancionado con la pena corporal de diez y siete (17) años de presidio; y el robo, con la de cinco (5) años de la misma pena. Y sumadas ambas, le resulta al reo la pena total de veintidós (22) años de presidio.

“Por su parte, el Tribunal consideró que el Código de 1890 era el más favorable para el acusado Casas y expresó esta apreciación en estos términos:

“Dadas las *circunstancias agravantes* (subraya la Corte) que concurren en la ejecución del homicidio, por lo cual se le denomina asesinato, o sean las especificadas en los numerales 2o., 3o., 5o. y 7o. del artículo 363 del nuevo Código Penal, la cuantía de la pena para Casas Guerrero debería ser de acuerdo con dicho Código, la de 19 años, que por la circunstancia prevista en el artículo 33 de la misma obra en relación con el 404 del C. P. habría que aplicar la sanción establecida para el más grave (la del asesinato) aumentada hasta en otro tanto, *lo que daría lugar a una pena total de 38 años de presidio* (subrayó la Sala) con las accesorias consiguientes.

Las respectivas penas señaladas en el antiguo Código Penal son la fija de 20 años de presidio (artículo 3o. y B del Acto Legislativo Número 10 (sic)) para el homicidio, y la de tres a cinco años de presi-

dio aumentada en uno o dos meses por cada veincincos pesos del valor de lo robado (artículos 778 y 785 del C. P.), lo que daría un total fluctuante entre 23 años 11 meses y 24 años 10 meses de presidio.

“De modo que aplicando la pena más benigna al reo Casas Guerrero, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes habidas, el mínimo de la pena que se le debe imponer a él, es de 24 años 10 meses de presidio y además las accesorias correspondientes”.

“El concepto sobre favorabilidad de la ley penal en muchas ocasiones es claro y no da lugar a discusiones; pero otras veces, como la presente, resulta demasiado subjetivo y, por ende, sujeto a controversias.

“Los delitos cometidos por Casas son de palmaria gravedad y si no se hubiera operado el cambio de legislación la *pena imponible sería la señalada en la sentencia del Tribunal*, (subraya la Corte) de acuerdo con los artículos 3 y B del Acto Legislativo No. 10 (sic) y 598, 778, 785 y 71 del Código de 1890. Pero como según el artículo 45 del nuevo Código Penal, la pena de presidio no puede pasar de 24 años, entonces resulta más favorable la nueva ley, la cual debe ser aplicada en toda su integridad.

“Confrontadas, pues, las dos penas máximas, la del Código anterior y la del Código nuevo, es más baja la señalada por este último.

“Ahora bien: el asesinato está reprimido por la ley nueva con la pena de presidio de quince a veinticinco años (artículo 363) y el Tribunal estimó que en este caso el reo merecería una pena de diez y nueve años de presidio, apreciación que debe respetarse, por no existir motivo para impugnarla. El robo está reprimido con presidio de tres a catorce años (artículo 404) y el artículo 33 que contempla el concurso material de delitos preceptúa que al delincuente se aplicará la sanción establecida para el delito más grave, aumentada hasta en otro tanto.

“Hay fundamento suficiente para juzgar que la peligrosidad delictuosa de Casas es notable y que los delitos de indudable gravedad los perpetró por motivos innobles, luego debe ser sometido a la máxima sanción permitida por el Código, así: diez y nueve años por el asesinato y cinco años por el robo.

“Por lo expuesto, este Despacho pide atentamente a la H. Corte que case la sentencia ameritada y en su lugar condene a José Isaac Casas Guerrero además de las sanciones accesorias, a la pena de diez y nueve años de presidio por el asesinato perpetrado en la persona de Laura Rosa Arcila de Castaño y a la pena de cinco años de presidio

por el robo de la cantidad de \$ 283,25 consumado en la casa de la misma víctima del homicidio”.

Antes de ir al fondo de la cuestión la Corte se detiene en estos reparos accidentales:

a). Alega el señor Procurador que “si no se hubiera operado el cambio de legislación la pena imponible sería la señalada en la sentencia del Tribunal”, para Casas Guerrero. Quizá no lo sería. En primer lugar, con las cuentas que hizo el Tribunal ascendería el total de la pena a veinticuatro años y once meses y no a veinticuatro años y diez meses. Y en segundo lugar, el cómputo fue equivocado para el robo que se calificó acertadamente en la escala media del mínimo y máximo del artículo 778 del C. P. de 1890: cuatro años de presidio (artículo 124). Pero esa calificación del segundo grado se olvidó en el artículo 785, del cual no se tomó sino el mínimo. El grado segundo da un aumento de un año, cuatro meses y quince días.

b). Llama el Tribunal “circunstancias agravantes” las de los ordinales 2o., 3o., 5o. y 7o. del artículo 363 del C. P. de 1936. Y propiamente no son esas y las demás de dicho artículo circunstancias agravantes sino elementos constitutivos del asesinato, que intensifican el animus *necandi* u *occidendi*;.....

c). Argumenta el Tribunal que con el Código nuevo tendría Casas Guerrero diez y nueve años por el asesinato, y “que por la circunstancia prevista en el artículo 33 de la misma obra en relación con el 404 del C. P., habría que aplicar la sanción establecida para el más grave (la del asesinato) aumentada hasta en otro tanto, lo que daría lugar a una pena total de treinta y ocho años de presidio...” Nó. La frase “hasta en otro tanto” del artículo 33 indica un máximo imponible en ocasiones extraordinarias, máximo que estaría tanto más lejos de poderse cargar al reo Casas Guerrero, para doblar por el robo los diez y nueve años del asesinato, si se medita en un innegable absurdo resultante: que el aumento sería mayor que el máximo de catorce años del artículo 404;

d). También el Tribunal, en lo concerniente a Ramos Ovalle, trocó por reclusión el presidio del artículo 600 del C. P. de 1890; y

e). Para el juzgador de la primera instancia el robo de los \$ 283,25, que cae bajo el precepto del artículo 404 del C. P. de 1936, se cumplió “por haberse verificado mediante la fractura de los baúles...”. Y la perforación o fractura del caso 3o. del artículo 404 es taxativa para pared, techo, pavimento, puerta o ventana. No se extiende a muebles.

La fractura del baúl es un modo general de violencia a las cosas, y otros serán los distintivos especiales del robo que se estudia, para que quepa en el artículo 404.

---

No es la ocasión de que la Corte dilucide hoy el interesante problema que surge del artículo 45 del C. P. de 1936, en relación con los mandatos de los artículos 31, 32, 33 y 34 *ibidem*. Los máximos del artículo 45 son para un solo delito, sin reincidencia? En los casos de un solo delito con reincidencia o de un concurso formal o real de delitos o de un delito continuado, podrá excederse del límite máximo del artículo 45?

Y no es aquella ocasión por no necesitarse ahora la dificultosa tarea de responder a las preguntas formuladas que comprenden una seria duda, puesto que sin afirmar que se puede o no se puede pasar de esos máximos en concurso de delitos o en aumento por reincidencia, lo cierto es que la penalidad de Casas Guerrero debe no exceder de veinticuatro años de presidio.

---

La Corte, como el señor Procurador, también halla justificada la causal 1a. del artículo 3o., Ley 118 de 1931, por el aspecto de indebida aplicación de la ley penal en la sentencia, en atención a que perjudica menos a José Isaac Casas Guerrero el Código de 1936 que el de 1890.

En efecto. A los veinte años de pena fija de presidio por el asesinato, sustitutiva de la de muerte, habría que agregar, en acumulación material, no los cuatro años y diez meses que el Tribunal impuso por el robo (eran, se repite, 4 años y 11 meses), sino cinco años, cuatro meses y quince días de presidio. Pero *no más de veinticinco años* de tal sanción, conforme a la regla del artículo 71 del Código antiguo, regla cuya interpretación recta hizo recientemente esta Sala, a saber: que cuando se trata de *un delito único* que merezca más de veinte años de presidio, se aplican veinte de dicha pena y el resto se sufrirá en reclusión; pero que cuando se trata de varios delitos que en conjunto tengan más de veinticinco años de presidio, la represión habrá de reducirse a veinticinco años de la misma pena.

Y en cambio, frente al Código de 1936 el asesinato que perpetró Casas Guerrero debe sancionarse con diez y nueve años de presidio; y el aumento por el concurso real del robo, que no es jurídico que sea "hasta en otro tanto", se ajusta a la equidad y a la proporción legal estimándolo en cinco años. Al mínimo de quince años del artículo 363

se le añaden cuatro años, y el mínimo de tres del artículo 404 se sube a cinco.

Y por qué se le asignan diez y nueve años de presidio al asesinato en la persona de Laura Rosa Arcila de Castaño? No es una caprichosa fijación? No lo es. El Tribunal Superior de Ibagué, en la comparación de la penalidad principal de ambos Códigos, escribió que “la cuantía de la pena para Casas Guerrero debería ser de acuerdo con dicho Código (el de 1936, aclara la Corte), la de 19 años....”. Y el señor Procurador dice, con razón, que es una “apreciación que debe respetarse, por no existir motivo para impugnarlo”.

Es que la aplicación del Código de 1936 va a modificar, por fuerza de su índole, la facultad o el frecuente poder que el superior tenía, en apelaciones, consulta o casación, para variar las penas que el inferior deducía del Código de 1890.

Suprimidos los tres grados de todo delito y la fácil mecánica del artículo 124 de ese Código antiguo, y aplicándose hoy la sanción al delincuente por las determinaciones de los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 del Código nuevo, no será de muy rara ocurrencia la *palmaria* equivocación en la *cantidad* de pena que se imponga? Y por ser “demasiado subjetivo” el arbitrio del fallador para mover su entendimiento entre los pequeños mínimos y los grandes máximos de la mayor parte de los delitos, subjetividad casi incontrovertible, sólo en casos excepcionales se le podrá decir al juzgador, si observó aquellas determinaciones, que hubo yerro en la pena por exceso o por defecto.

Cuánta gravedad del hecho delictuoso, cuántas y cuáles modalidades de él, cuáles y cuántos motivos determinantes, cuántas circunstancias de mayor y menor peligrosidad y qué grado de personalidad peligrosa del agente, autorizarán al superior para concluir que el inferior, al sancionar, v. gr., el homicidio que contempla el artículo 362, con diez años de presidio, ha debido imponer al homicida más bien nueve o doce años?

El homicidio que ejecutó Casas Guerrero antes de entrar a regir el Código Penal de 1936 fue asesinato por la premeditación para cometerlo y por la concurrencia de las circunstancias 3a., 6a., y 7a., del artículo 586 del Código de 1890.

Y asesinato es también en el Código nuevo por distintas fases: porque hubo premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; porque fue para facilitar la consumación de un robo; porque se usó

la alevosía y sevicia y porque el matador se valió de la actividad de un menor (artículo 363, números 2o., 3o., 5o., 6o. y 7o.)

---

El robo de los doscientos ochenta y tres pesos y veinticinco centavos se caracterizó por la violencia general a las cosas y a la persona de la asesinada, en armonía con los principios de uno y otro Código.

Y como modificadores del robo simple, que tornan a éste en el más grave de los robos del Código de 1936, resultan los elementos que siguen: que se cometió en despoblado y con arma y que la violencia ejercitada sobre la Arcila de Castaño puso a esa mujer en absoluta imposibilidad de obrar (números 1o. y 4o. del artículo 404).

---

Revela José Isaac Casas Guerrero una acusada personalidad peligrosa. Consumó dos hechos de gravedad indudable y de modalidades y motivación poco comunes. Y los consumó con estas circunstancias de mayor peligrosidad (descartando las previstas como constitutivas o modificadoras de los delitos): para ambas infracciones el modo de su ejecución que demuestra una mayor insensibilidad moral del delincuente; el haber abusado de las condiciones de inferioridad personal de la víctima y la co-actividad del menor Ramos Ovalle; y para el robo, los motivos innobles y su preparación ponderada (3a., 5a., 6a., 7a. y 8a., artículo 37). Una sola circunstancia de menor peligrosidad existe: la pobreza y la falta de ilustración del reo, (11 del artículo 38), no porque hubiesen influido en la ejecución del asesinato y el robo, sino por la analogía a que obliga el artículo 40.

---

Equidad y proporción hay en los veinticuatro años de presidio para Casas Guerrero por los dos delitos.

Y justificada la causal que invocó el señor Procurador, con la reserva de la Sala sobre el alcance del art. 45 del Código Penal de 1936, la Corte debe proceder de la manera que ordena el inciso primero del artículo 4o., Ley 118 de 1931.

---

El artículo 33 dice que quien después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a éste corresponda, aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. La multa deberá aplicarse en medida no inferior al doble.

El Código anterior, en su artículo 140, reputaba reincidentes a quienes en calidad de cómplices, encubridores, auxiliares o autores resultaren responsables de uno o más delitos después de haber sido condenados por sentencia ejecutoriada por otros delitos, culpas o tentativas.

Hasta aquí, fuera del error técnico de hablar de delitos, culpas o tentativas —que todos son delitos— no hay diferencia apreciable.

Tampoco la hay en cuanto sólo debían tenerse en cuenta según el art. 141 de ese abolido estatuto, sino los delitos cometidos en los diez años anteriores a la comisión del nuevo delito contados hasta la ejecutoria de la sentencia.

La diferencia está en el sistema.

Para el nuevo Código, la primera reincidencia se castiga con un aumento de una tercera parte de la pena. Para el antiguo, se computa de la manera siguiente: “se suma la pena que corresponda al nuevo delito, culpa o tentativa, con las que se impusieron en sentencias ejecutoriadas de que habla el artículo anterior, excluyendo los aumentos por reincidencias. Esa suma se divide por el número de delitos, y el cociente se multiplica por el número de la reincidencia. El producto representa el aumento que se impone a la pena que corresponde al delito cometido”.

De suerte que la primera reincidencia en el viejo Código, doblaba la pena. En el nuevo apenas la aumenta en una tercera parte, de donde resulta que es más favorable. Lo que debe tenerse en cuenta para delitos cometidos bajo la vigencia del antiguo Código, que vayan a penarse bajo la vigencia del nuevo. Para la segunda y tercera reincidencia, el moderno estatuto señala un aumento de la mitad de la pena. Y así para las demás. Parece, en términos generales, que siempre resulta más benigno que el antiguo sistema.

---

Para terminar este capítulo surge el problema de si pueden imponerse penas que pasen del máximo señalado por el artículo 45 para cada una de ellas.

Aunque los términos del artículo 45 son vagos porque dice “La duración de las penas es la siguiente ;.....”, lo que nos parece no dejar claro si trata de duración de penas para un solo delito o para los casos de concurso material o formal, delito continuado, delitos conexos en general, y para la reincidencia, nosotros entendemos que no puede pasarse de ese máximo.

En el antiguo podían aplicarse, por dos delitos o más, veinte años de presidio y cinco de reclusión (máximo de estas penas) porque había cúmulo material; pero como ahora hay un cúmulo intensivo, la pena siempre debe ser de la misma calidad. Y si aparece que se aplican, por ejemplo, más de veinticuatro años de presidio, quizá quede violado el art. 45 que no permite el caso de una pena mayor.

De otro lado, suponiendo que un reo de doble asesinato, en quien concurren las circunstancias de mayor peligrosidad, va a ser juzgado, no sólo por esos dos asesinatos sino por una violencia a las personas y otros delitos acumulados. En ese caso, si no hay una circunstancia de menor peligrosidad, se le debería aplicar: veinticuatro por un asesinato; veinticuatro “por hasta otro tanto” ya que habría qué copar el máximo de este tanto por las mismas razones y como hay cuatro delitos acumulados, se aplicaría una relegación en Colonia penal que puede ser hasta de diez años y que debe ser de diez en el caso teórico dadas las condiciones del sujeto, etc.

Preguntamos: no es absurdo aplicar una pena de 58 años de duración a un colombiano?— Lo parece. Y si es absurdo aplicar los 58, lo mismo es aplicar 24 y un mes. Porque el absurdo viene de pasar el límite de la pena mayor del Código.

Nótese, por ejemplo, que el Código viejo era más severo en las reincidencias. Pues bien; en ese sistema no podía pasarse de 25 años, veinte de presidio y cinco de reclusión. Podría, en el nuevo, aplicarse una pena de 24 por un asesinato y doce más por un aumento de la segunda reincidencia?— No creemos que un sistema más benigno vaya a convertirse, por obra de una interpretación absurda, en uno más grave. Es decir, que de una tesis más favorable se vaya a pasar, por virtud de una práctica, a una realidad más que fuerte.

Esperamos alguna resolución de nuestros tribunales sobre este tema, que no la ha habido aún, por lo menos en lo que conocemos y con la autoridad de la Suprema Corte, para volver sobre estos argumentos.

Y advertimos que la Comisión preparatoria del Código no dejó nada escrito sobre este punto.

Solamente, y para terminar, creemos oportuno allegar a la discusión el siguiente argumento suministrado por uno de nuestros discípulos y que después de analizado presentamos así:

Suprímase idealmente el art. 45. A pesar de su no existencia, ya sabemos que la pena máxima de presidio es de veinticuatro años, la de arresto cinco, la de prisión ocho, y así de las demás, porque las disposiciones específicas del Código, para cada caso, no señalan otras.

Con efecto: nuestro estatuto penal dice que hay penas y que fija un máximo y un mínimo. Y para cada caso lo hace. Por eso, aunque no existiera el art. 45, sabríamos que la pena máxima de presidio, para un solo delito de asesinato, cuando se reúnan todas las condiciones de mayor peligrosidad y ninguna de menor, sería de veinticuatro años.

Lo que quiere decir, en buen romance, que para fijar la pena máxima para cada delito no se necesitaba el artículo 45. Luego si el legislador lo escribió, como no debe presumirse esta repetición innecesaria, es claro que lo hizo con algún fin. Ese no podía ser otro sino el aparte que dice: "La duración de las penas es la siguiente", se entendiera que se trata, en cuanto al máximo, de la duración para concurso, delito continuado y reincidencia, no para un solo delito puesto que ésta se fija en cada caso específico, sin lugar a duda.

Argumentos éstos que presentan para nosotros la máxima fuerza y que nos inducen a inclinar fuertemente nuestro pensamiento en favor de la tesis de la limitación de las penas.

El artículo 35 excluye varios delitos de aquellos que deben tenerse en cuenta para la reincidencia. Porque las contravenciones, los delitos culposos, los delitos políticos cometidos sin muertes, robos, incendios o saqueos, el homicidio y las lesiones (aquí usa mal el término heridas) cometidos mediante provocación o en estado de exceso de defensa o de exceso en el estado de necesidad y los delitos cometidos por menores de diez y ocho años, no implican una especial peligrosidad que justifica una agravación tan sui-géneris como la de la reincidencia, si bien puede darse el caso de que el sujeto revele ciertos caracteres personales que en ese caso lo que indican es que la penalidad debe surbirse entre el mínimo y el máximo.

Surgen dos problemas: Los delitos cometidos por personas en estado de enajenación mental, de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia o por los que padecen grave anomalía psíquica, se computan para la reincidencia?— Y los cometidos en estado de ira o de intenso dolor causados por grave e injusta provocación —como reza el artículo 28—, también quedan excluidos para computar la reincidencia?—

Para resolver el primer problema en sentido afirmativo, creo que basta tener en cuenta que, aunque el artículo 35 no los enumera claramente, los delitos cometidos por personas enfermas de la mente o intoxicadas —en los términos del art. 29— no son computables, porque a esos se aplican medidas de seguridad y éstas no se tienen en cuenta para la reincidencia por varias razones: porque si se tratara de acu-

mulación material —sistema del viejo Código— no son acumulables las medidas de seguridad con las sanciones de otra índole; porque aun tratándose del cúmulo intensivo, si el segundo delito es objeto de estas medidas de seguridad, no se comprende la razón para aumentarlas especialmente por la repetición del hecho, y si se tratara del primera, ya la peligrosidad acusada en el caso de anormalidad o intoxicación, nada tiene qué ver con la revelada en la comisión de un hecho nuevo bajo circunstancias de perfecta normalidad.

Por estas mismas razones se excluyó a los menores, y si se les nombró especialmente, es porque en estos sí hay lugar, en casos como el definido por el art. 73.

En cuanto al segundo problema, que nuestros falladores no han querido entender, debemos especificarlo así:

El art. 35 dice que para computar reincidencias no se tendrán en cuenta.... “el homicidio y las heridas (lesiones hoy) *cuando haya mediado provocación*”.

Ahora bien: los estados de ira o de intenso dolor provienen de provocación, luego los homicidios cometidos en esos estados, lo mismo que las lesiones, son cometidos mediante provocación. Por tanto, los homicidios y lesiones que provienen de ira o de injusto dolor causados por grave e injusta provocación, no son computables para la reincidencia.

En otras palabras: si un homicidio y unas lesiones no se tienen en cuenta para las aplicaciones de reincidencias cuando ha mediado provocación, los cometidos en estado de ira o de intenso dolor, tampoco se tienen en cuenta porque precisamente esa ira y ese intenso dolor deben venir de la provocación.

Y lo que es más notorio todavía es lo siguiente: que para no computar los homicidios y las lesiones como causas de reincidencia jurídica, basta que se hayan producido mediante provocación. Mientras que los homicidios y las lesiones en estado de ira y de intenso dolor, proceden de *grave e injusta* provocación.

De tal suerte que la disposición del art. 35 comprende aún ciertos homicidios y heridas que, precedidos de provocación, son realizados fuera del estado de ira o intenso dolor.

En suma: comprende todos los homicidios y lesiones provenientes de provocación. Con mayor razón esos delitos cuando vienen de estados de ira o de intenso dolor, puesto caso que éstos son efectos de una provocación, y no de cualquiera provocación, sino de una grave e injusta.

## INDIVIDUALIZACION — Arts. 36, 37, 39 y 40.

En el código penal antiguo, salvo varias excepciones como el infanticidio para salvar el honor de la madre y otros casos, la inspiración de la escuela clásica es un hecho tan protuberante que en la fijación de la pena se tiene como base la proporción al delito en la calidad y en la cantidad. Es decir, el punto de partida es el delito mismo como ente abstracto. A tal delito, corresponde tal clase de pena y tanta cantidad.

Se fijan dentro de ese máximo y ese mínimo, tres grados. No conocemos sentencia alguna que haya llegado al máximo. Y hay delitos con pena fija como el asesinato.

Dentro de esos grados, la influencia de la persona del delincuente es muy ínfima, porque apenas juegan las circunstancias agravantes o atenuantes, en su gran mayoría impersonales.

Ni siquiera enmienda esto la facultad que da al Juez el art. 124

Además, como lo vimos, los codelincuentes o partícipes son castigados en relación a la pena que tiene el autor principal, no en relación al delito, como en el nuevo orden de cosas implantado en el país.

A este propósito, cabe a nuestro Código Penal lo que dice un gran autor sobre esta materia:

“Todo el mecanismo del sistema clásico de la penalidad consiste en formar una escala de gravedad de penas, para ir adaptándolas, paralelamente, a la lista o catálogo de los delitos que componen el Código. Con ello, cada delito tiene asignada en la ley una pena. La proporcionalidad cuantitativa se consigue, o se pretende conseguir, tomando mayor o menor cantidad de pena, desde el punto de partida de la asignada por la ley al delito de que se trata, según los siguientes elementos del delito: grado de ejecución del hecho punible (consumación, frustración tentativa); mayor o menor participación en él de los correos (participación principal o secundaria); circunstancias de ejecución del delito (atenuantes o agravantes). Esta mayor o menor cantidad de pena más o menos grave con respecto a la consignada por la ley al delito de que se trata; y por medio del grado mayor o menor dentro de los límites de la pena concreta que el precepto legal ha adscrito al delito concreto”.

Pero bien: nuestro código —que adelanta sobre el antiguo— en el delito no consumado por causas ajenas al agente mismo, en el delito imposible, en la tentativa, en la penalidad de los copartícipes se aparta fundamentalmente, aunque no del todo, de aquellos principios. Porque si es cierto que castiga el hecho no consumado por causas ajenas

a la voluntad del agente, también lo es que rebaja la pena en relación con el delito consumado, y que en el delito imposible esa rebaja existe como facultad discrecional.

Pero en estos casos, hay penas independientes del hecho.

Es que nuestro código admite los dos factores combinados.

Y por eso el artículo 36, dice:

“Dentro de los límites señalados por la ley, se aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente”.

De suerte que la pena se acomoda a la índole del sujeto activo del delito no sólo porque al hacer consideración de la mayor o menor peligrosidad y de los motivos determinantes, se consideran también múltiples factores personales, ya que la motivación de los hechos fluye, en gran parte, de la personalidad misma, y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad muchas son personales o resultantes, si materiales, de la forma como el agente concibe o realiza el hecho.

Para nosotros el ideal sería un código que no fijara una sola pena sino que enumerara los delitos, y en cada caso el Juez aplicara la sanción o medida de seguridad que correspondiera, realizándose así, el ideal de que la pena fuese proporcionada en calidad y cantidad al delincuente mismo para que se produzcan los efectos en relación con quien ha de ser sancionado y se diferencie a dos autores de un mismo hecho, así como el tratamiento médico diferencia dos organismos afectados del mismo mal.

Pero dada la impreparación de jueces y magistrados, de abogados y acusadores, de funcionarios instructores y médicos legistas, en primer lugar nuestro código adopta la fijación de penas diversas en calidad (presidio, prisión, arresto, confinamiento y multa y las que define, como accesorias, el art. 42) y luego señala un máximo y un mínimo para que el juez, de acuerdo con lo dicho por el art. 36, fije la pena.

Si estas razones de política criminal han desvirtuado en el código el principio absoluto de la temibilidad del delincuente como criterio de aplicación de la calidad y cantidad de la pena y han llevado a castigar el delito frustrado por accidente ajeno a la voluntad del agente, pero con rebaja, y a no castigar el delito imposible con la misma pena que el posible en todos los casos, en cambio se consideran mucho los móviles, las causas de mayor o menor temibilidad y la individualidad del agente.

También, en orden a la individualización, encontramos la condena y libertad condicionales y el perdón judicial, instituciones que en nuestro viejo Código no tenían sino el antecedente de la suspensión de la pena no mayor de dos meses de arresto.

Es claro que no existe una verdadera sentencia indeterminada, pero la libertad condicional se otorga al corto tiempo cuando se llenan los requisitos en el delincuente. Más indeterminada sería si no se exigiera este tiempo y se diera libertad al reo cuando su personalidad, su conducta, sus antecedentes de todo orden le permitan presumir al juez que el individuo ha dejado de ser peligroso. (arts. 85, 86, 87, 88), sin que esa gracia sea definitiva o pueda concedérsele al reincidente de segunda reincidencia y al de primera sólo en el caso de que reúna los requisitos indicados por el art. 85, en grado superlativo.

En casos especiales hay perdón judicial como en el delito imposible (art. 18), en el homicidio por piedad y en el homicidio o lesiones en el momento de sorpresa en ilegítimo acceso carnal.

De suerte que todo este sistema de individualización de la pena, aunque un poco restringido, deja gran parte del juego al arbitrio del fallador. Antes éste tenía tres grados. Ahora, dentro del máximum y del mínimum, juega mucho el arbitrio judicial.

Desde luego para ir fijando partes, en orden a prestar una ayuda teórica en ese punto culminante de nuestro código, nosotros empezamos a crear un sistema que esperamos ir perfeccionando:

a)—No olvide, señor Juez, que las causas de mayor peligrosidad están enumeradas en el artículo 38, y que Ud. no puede crear otras;

b)—No olvide que las motivaciones están ya enumeradas en esas causas y que Ud. debe tenerlas en cuenta;

c)—Recuerde que no puede aplicar el máximo de pena sino cuando concurren todas las causas de mayor peligrosidad; (art. 39)

d)—El mínimo no lo aplique sino cuando todas las causas concurrentes sean de menor peligrosidad. (39)

e)—Después de que Ud. haya descartado el máximo y el mínimo, divida su sistema de fallo en tres partes: modalidades y gravedad del hecho delictuoso en sí mismo, motivos más o menos nobles o más o menos innobles y las circunstancias de mayor o menor peligrosidad.

f)—Si las modalidades y gravedad del hecho delictuoso, ya por sí solas ocasionan una denominación especial, descarte esa parte, como si hay sevicia. En este caso, el homicidio se vuelve asesinato, y al penar éste, no debe volver a considerar la sevicia.

g)—Si se reunen varias modalidades, como premeditación, alevosía, actividad de menores, etc., cuéntelas;

h)—Después, si el móvil es noble, piense que acaso el móvil neutraliza esa mayor gravedad y esas modalidades del hecho delictuoso, y que si es malo, agrava la penalidad;

i)—No descuide la personalidad del delincuente: estudie sus taras, el medio ambiente en que ha vivido, su educación, etc., pero no mida estos factores con criterio sentimental o de lástima, sino que piense hasta dónde ellos, con la conducta anterior, sindicaciones, asuntos policivos, etc., le indican que la defensa social debe tener un mayor grado de eficacia y exige mayor pena.

Así en un homicidio voluntario, aplique, por ejemplo, once años, y diga:

No el caso del mínimo, porque hay causas de peligrosidad, ni el del máximo porque hay menos. El hecho fue grave, el motivo por innoble, pero el sujeto tiene algunas causas en su favor. Estas causas, dentro de los seis años que van del máximo al minimum, son favorables.

Si no las hay, y sólo una pequeñez favorece al sindicado, aplique 13 años, por ejemplo.

Si hay menor gravedad del hecho y muchas causas de menor peligrosidad favorecen al sindicado, pero se mostró peligroso en algo, no suba de nueve años.

Este libre juego es el que va a mostrar su capacidad de estudio su visión, su análisis, la manera como Ud. haga perfeccionar el sumario.

La apelación del fallo, si Ud. lo fundamenta, será ineficaz, a menos que el defensor sepa llevar nuevas pruebas y combinar nuevos factores.

Así la lucha ya no será de empíricos sino de científicos.

No le tiemble la mano desde que no olvide que está ejerciendo una defensa social contra el delincuente y que el grado de esa defensa —la pena— es, fundamentalmente, la temibilidad del delincuente por su personalidad, por los motivos que lo inspiran y por las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que juegan en el caso.

Fundamente, eso sí, la sentencia, y básiela en realidades concretas. Y sobre todo, olvide los moldes del viejo código y no vaya, por Dios, a ejercitar en la práctica el anticuado sistema de los viejos cánones: los tres grados del delito para tres cantidades de pena.

Ya que no somos capaces de mejorar un código sin determinadas

cantidades y calidades, no vayamos a echar a perder esta mínima conquista científica: estudiemos y tengamos valor.

Estudie las clasificaciones de los autores, sepa qué es un colérico, un vicioso, un calculador; sepa en quién obran más las causas externas que las internas, en quiénes se nivelan, en cuáles preponderan las internas; averigüe por los vencidos de la herencia, por los afectados del medio, por los habituados, los ocasionales, los degenerados, los natos, los alienados; vea el grado de moralidad de su cliente; sepa de su educación, de su instrucción, de sus tendencias; de su grado de remordimiento, de su aprecio o desprecio a la justicia; de su apego y desapego a la cárcel, etc. y falle sin temor!

(Continuará)