

EL CONCURSO DE DELITOS EN LA TEORIA Y EN LA LEY

CONSIDERACIONES GENERALES

Dos escuelas penales de orientación plenamente definida, se han disputado en el terreno científico el dominio en la imposición de los principios de legislación positiva, que dentro de los diversos pueblos deben regular las instituciones penales. Son ellas: la Clásica y la Positiva; la primera sistematizando en un todo armónico el cúmulo de normas y criterios que sin una autonomía perfecta formaban mas bien parte integrante de las elucubraciones de los filósofos, sin preocuparse de estudiarlos con el carácter de ciencia independiente que regulara en forma íntegra todo lo relacionado con el delito, la pena y el deliciente. Obra ésta, suficiente por sí sola, para que la memoria del gran maestro de Pisa, Francisco Carrara y sus prosélitos, merezca la admiración de las generaciones.

Sus preceptos han orientado muchas legislaciones con una finalidad altamente científica, puliendo al derecho penal de todo matiz bárbaro que tan común había sido antes de la aparición del período científico cuyo propulsor indudablemente fué el marqués de Beccaria, quien tal vez sin esperar tan eficaces consecuencias, dió origen a una de las más trascendentales revoluciones en la organización jurídica que los diversos países habían señalado en el campo de los hechos ilícitos penales y de las sanciones correspondientes.

Ya nó, como en los tiempos pretéritos, la responsabilidad dejaría ser estrictamente personal; ya la tortura como medio de allegar pruebas incriminativas dejaría de ser sistema predilecto, para relegarse al olvido; ya en fin, para el derecho penal surgía un vasto

horizonte que le imponía la función de atender con tanto esmero a la prevención de los delitos, como lo requería también para establecer las diversas medidas de represión por las infracciones cometidas.

Una gran función de progreso ha cumplido pues la Escuela Clásica, con sus postulados de imputabilidad basada en el libre albedrío, retribución a la culpa moral sobrevenida con el delito, atenuación de las penas exorbitantes, y en síntesis con su armónica apreciación del delito y de la pena como entidades puramente abstractas y jurídicas.

La segunda, o sea la Escuela Positiva, a su vez ha surgido para inspirar una nueva era de progreso en las instituciones penales, pues no hay que creer como erradamente lo afirman algunos, que su finalidad propia es la de encaminarse a un derribamiento absoluto de los principios clásicos, porque uno de sus fundadores y quizás el más ardiente y activo paladín de sus principios, Enrique Ferri, ha dicho que la función de esta nueva orientación científica no es de exterminio, sino de continuación vivificante con las ideas nuevas, de lo realizado por la Escuela Clásica.

Llena pues, en la historia de las ciencias penales una misión augusta, porque ejerce a semejanza de la Escuela clásica en relación con el derecho anterior al período científico, una delicada función encaminada a corregir y relieves para tal efecto, los perjuicios e inconvenientes, que para la sociedad reportan en su aplicación, algunos principios de la Escuela citada. Continúa el estudio del acto ilícito bajo el aspecto jurídico, considerándolo lógicamente como un estado de contradicción entre la norma legal y la acción u omisión del hombre, pero confiere importancia especialísima al estudio de la infracción como fenómeno natural y social. Sienta entonces la tesis primordial sobre la génesis del delito estimándola en una variedad de factores determinantes que pueden compendiarse en los individuales o antropológicos, los físicos y los sociales, que hacen relación estrecha al medio ambiental.

Así como la Escuela Clásica se preocupa de una finalidad fundamental para el derecho penal, comprendida en la tutela jurídica dentro de los límites de la moral, la positiva persigue la protección de los intereses sociales, de las condiciones de existencia, para lo cual adopta como postulados fundamentales, entre otros, los siguientes: Defensa social como finalidad principal del derecho

penal, actividad psico-física para cimentar sobre ella y con la mira anotada, la imputabilidad; la peligrosidad como medida de la responsabilidad, y la individualización de las sanciones en armonía con la clasificación antro-po-sociológica de los delincuentes, para cumplir así con eficacia la finalidad de defensa.

Eleva así a una superior esfera que permite una protección más eficaz de los intereses sociales, la función que se había encomendado al derecho penal, porque éste dentro del radio de acción propio a la Escuela Clásica desempeñaba una obra deficiente de amparo para ellos, por la manera de concebir la pena, la forma de apreciar al delincuente y la actividad atribuída al Estado para emprender la lucha principal contra el delito realizado y secundaria contra el gran número de factores que lo engendran, que constituyen para los positivistas el punto de combate preferencial, para poder llevar a término la misión terminante de la defensa social.

Previas estas consideraciones, pasemos al estudio del inquietante tema del concurso, que ofrece tan áridos problemas y tiene marcada significación de trascendencia, ya se le estime en consonancia con el pensamiento clásico, o en relación con el positivista.

CONCURSO DE DELITOS

Dentro de las diversas acepciones atribuídas en el diccionario de la lengua española, la palabra concurso ha recibido las siguientes: "Asistencia o ayuda para una cosa". "Reunión simultánea de sucesos, circunstancias o cosas diferentes".

Puede decirse que cualquiera de estas acepciones, tiene recibo en el derecho penal, aun cuando cada una de ellas traspasadas al terreno jurídico, tiene una significación diferente. Dentro de este medio existen el denominado Concurso de delincuentes, que se ligaría con la primera acepción citada y el Concurso de delitos que se vincula a la última referida.

El primero comprende la realización del ilícito penal por una pluralidad de agentes que lo pueden ejecutar con una participación igual, o con una necesaria, o una accesoria, creándose así las diversas modalidades contempladas en los artículos 19 y 20 del C. P. El segundo, por el contrario, ya no hace referencia al número de partícipes en la ejecución del delito, sino al cúmulo de lesiones jurídicas o para mejor decir, de delitos ejecutados por el mismo autor.

Distingúense como elementos del delito, un sujeto activo y pasivo, un objeto, material y jurídico, un daño, público o privado, mediato o inmediato, y finalmente una acción psíquica y física. Dentro de esta categoría de componentes que integran el ilícito, se comprende claramente que el concurso de delitos alude a la pluralidad de lesiones jurídicas que sobrevienen por la realización de determinadas acciones.

CONCURSO FORMAL

No todos los autores de Derecho Penal aceptan la distinción adoptada por muchos entre lo que se ha denominado el concurso formal y lo que se ha llamado el concurso material o real. Pessina, militante de la Escuela clásica, afirma por ejemplo, que "El concurso formal no es verdadera pluralidad de delitos, porque en el fondo no aparece más que una acción criminosa". (Elementos de Derecho Penal).

Sin embargo, manifiesta que existe una primera especie de este concurso, cuando una sola acción viola diferentes relaciones jurídicas, de tal modo que originan una responsabilidad por varias causas; como ejemplo de él, trae el de la persona que injuria, mata o hiere al representante de la autoridad cuando está en ejercicio de su cargo, en donde nítidamente aparecen confundidas varias lesiones jurídicas que dan vida a una responsabilidad variada, porque como bien lo expresa, el autor no sólo quebranta el derecho a la integridad personal, sino también el del Estado conculcando "la relación jurídica del respeto debido a la autoridad".

Señala además una segunda forma de nacimiento para el concurso formal o ideal, o sea en el caso surgido cuando se ha cometido un delito como medio para la realización de otro. Si es verdad que en presencia de esta situación se constata la existencia de dos delitos, para el mismo autor, quien así lo acepta, no existe sino uno denominado complejo, debido a que en la conciencia del agente están unificados por virtud del vínculo que los enlaza en la relación y el nexa aparecido a causa de la situación creada entre el medio y el fin. Como ejemplo de este delito llamado por él, complejo, pone el de un homicidio sobrevenido a consecuencia de un robo que el llama robo acompañado de homicidio y que en su concepto nunca origina dos delitos independientes precisamente por

la estrecha vinculación que poseen. En ninguno de estos casos, concluye el autor citado, se presenta el verdadero concurso porque la acción es sólo una en el primero mencionado y en el segundo si es cierto que se tienen varios ilícitos, a pesar de que pueden distinguirse, no pueden separarse ni en la conciencia del delincuente ni en la llamada objetividad del delito.

Puede afirmarse que la opinión sustentada por el eminente tradista no es compartida por un gran número de expositores del derecho penal, pues en el variado ejemplo que él trae para demostrar la inexistencia del concurso porque en el primer caso "no aparece más que una acción criminosa" y en el segundo porque "si bien hay pluralidad de delitos por la existencia de aquél vínculo, los delitos pueden distinguirse el uno del otro, pero no separarse" se acepta por ellos la concurrencia absoluta de las infracciones por las razones que más adelante habrán de exponerse.

Para mejor comprender el problema y obtener una clara razón de la crítica justa que en nuestro sentir merecen las tesis de los clásicos formuladas en torno a este interesante asunto jurídico, conviene se hace estudiar las teorías esbozadas por el insigne Carrara en su genial programa.

Refiriéndose a los delitos ha dicho en el No. 52 que: "es útil distinguirlos en simples y complejos. En esta división se llaman simples aquellos que lesionan un sólo derecho; y complejos aquellos que violan más de un derecho, bien por mera concomitancia (como si un arma disparada contra uno hiere además a otras personas), o bien por conexión de medio a fin, como cuando se ha cometido un delito para facilitar la ejecución de otro. Más el delito complejo no debe confundirse con el simultáneo, que supone diversidad de fines y de actos aunque sean contemporáneos".

Luego hace las siguientes distinciones: No. 166.—"En primer lugar (y esta es una regla invariable) debe distinguirse si la violación de varios derechos fué producida por servir a distintos fines del culpable, independientes unos de otros, o si el reo no tendía más que a un solo fin, para conseguir el cual violaba un derecho y se valía de la violación de otro derecho como medio para alcanzar ese fin.

"En el primer caso se consideran las acciones como separadas, porque en realidad lo están material e intelectualmente; tantos como son los fines, son los títulos del delito y cada uno de ellos se

considera y juzga con independencia del otro. Si el delito fuese un ente material, la concomitancia puramente material de lugar y de tiempo podría unificar dos hechos en un solo delito. Pero es un ente jurídico que consta del elemento material y del elemento ideológico. Para que haya un nexo jurídico entre un hecho y otro, se necesita pues, que exista un nexo ideológico; es decir conexión de medio a fin. De otro modo dos actos volitivos independientes (aunque sean concurrentes) forman dos delitos No. 167).

En el segundo caso hay un solo delito. Más para saber a que título pertenece es necesario hacer una segunda distinción: o la violación del derecho, de la cual el culpable se ha valido como medio no forma un título de delito independiente, o bien esta violación constituiría si se presentase sola, un título especial de crimen (No. 168).

En el primer caso de esta última subdivisión, es decir, cuando la violación empleada como medio no constituye por sí misma un delito (parricidio) el delito que resulta de la violación del derecho que el agente se propuso como fin, no cambia de clase. Conserva siempre el mismo título y el haberla conseguido mediante la violación de otro derecho constituye una calidad agravante, que puede a veces cambiar el nombre del delito principal, pero no altera su clase. (No. 169).

En el segundo caso, es decir, cuando el medio constituye también un delito, surge una tercera distinción: o el derecho violado como medio era menos importante o de importancia igual, que el derecho cuya violación se propuso el agente como fin y entonces el delito que sirve de medio se considera como auxiliar o subordinado de otro, agravando su imputación y hasta pudiendo cambiarle el nombre; pero compenetrándose con él sin variarle de clase (robo con fractura) o por el contrario el delito que sirvió de medio era más grave que el que el agente se propuso como fin (lo que sucede la mayor parte de las veces cuando el delito medio viola un derecho universal) y entonces el hecho sale de la categoría del delito fin para pasar a la clase a que pertenece la infracción que sirvió de medio (resistencia con lesiones) tomado unas veces el nombre que le daba la violación empleada como medio por ejemplo, incendio con el fin de robar, y llegando otras, hasta cambiar su nombre: así el homicidio con el fin de robar se llama latrocinio. Por tanto es el fin que modifica el medio puesto que el medio es el que define el

delito calificado por el fin, y no el medio el que califica el fin" (No. 170).

Con gran acierto ha dicho Florián—y es al mismo tiempo uno de los motivos más vigorosos de la crítica que la Escuela positiva ha formulado contra la clásica—que ésta se ha ejercitado ampliamente en el análisis sutil y minucioso de las relaciones que pueden existir entre los varios ilícitos ocasionados por un mismo individuo y la lesión que a consecuencia de ellos resulta, olvidando por el contrario el estudio razonado y científico del delincuente, y la significación y trascendencia que reporta para los intereses sociales el índice de mayor peligrosidad que con ellos se manifiesta.

El Positivismo con su fundamental principio de defensa social, se orienta en un sentido diferente para apreciar los estados que se crean en presencia de un concurso de delitos; mira en estas situaciones un elemento característico que denota la peligrosidad del delincuente, en parte, pues entra a complementar la existencia de ella con un cúmulo de normas que más adelante habremos de estudiar, pero desecha la sutileza característica de los clásicos, para acudir a otros principios que consulten en forma eficiente las necesidades imperiosas de la protección social y determinen las bases fundamentales de una defensa adecuada a la peligrosidad deducida en los casos concretos de concurso.

La teoría de Pessina y Carrara, enseña pues, que en el concurso formal no existe una pluralidad de hechos delictuosos, porque contiene en el fondo una sola acción criminosa y el medio y el fin, aunque por sí constituyan hechos ilícitos, se refunden en uno solo como lo hacen en la conciencia del reo; si apenas existe una sola acción se tiene un solo delito y si hay varios hechos punibles cada uno de por sí, se encuentra el denominado concurso real.

Alimena, con gran sagacidad, comenta esta teoría manifestando que con ella se llega a sostener que solamente aquél que con dos acciones diversas mata a dos individuos, es reo de dos homicidios y que el que los mata con dos acciones sucesivas y con una sola resolución comete un solo homicidio continuado, y que el que con un solo golpe ultima varias personas comete únicamente un homicidio complejo y no varios homicidios porque para que exista la pluralidad de delitos no basta la de muertos sino que es necesaria una pluralidad ontológica.

Agudiza su crítica después de expresar: que "contra este edifi-

cio armónico, pero insostenible, se han dado sucesivamente muchos y vigorosos golpes demoledores". En efecto, se levanta contra esta tesis manifestando que no es cierto, ni puede aceptarse, que ante el hecho delictuoso perseguido como fin, el medio desaparezca; los argumentos con que sustenta su dicho los expone así en sus Principios de Derecho Penal, traducidos por el profesor Cuello Calón: "Si tanto el delito medio como el delito fin tienen su personalidad y son queridos individualmente y cada uno tiene su propia objetividad, no se comprende cómo de dos delitos quede uno —auncuando sea más grave— solamente porque un medio los una".

"Del mismo modo no se comprende cómo puede hablarse de un solo homicidio, cuando con un solo golpe, voluntariamente pueden matarse dos hombres y si se emplea un cañón hasta ciento o más....Si todos los homicidios tienen su personalidad, porque cada uno ha sido querido individualmente, porqué decir que solamente hay un homicidio aun cuando sea más grave y mas complejo? Las determinaciones han sido tantas como las muertes que se han querido —sin que importe que hayan nacido en un solo momento o en varios momentos sucesivos— y las objetividades son tantas como los muertos....Qué importa, pues, que el reo, en lugar de molestar en la ejecución de tantas acciones sucesivas, se haya servido más cómodamente de una sola acción"?

Refuerza su argumentación combativa contra las tesis de Carrara y Pessina y las rebate con toda lógica, prohibiendo las razones aducidas por Impallomeni, según las cuales, si el autor en estos casos tiene que hacer uso de dos determinaciones dirigidas la una al fin y la otra al medio, y por consiguiente no son ni natural ni jurídicamente inseparables, y si el reo tiene la conciencia de ambas, no se encuentra la razón para sostener que sólo hay un delito, puesto que el ejecutante los ve separados pero después los une por comodidad. Finalmente añade que si se aceptara esta teoría, "sería preciso concluir que el que delibera asesinar a las personas que le disputan una herencia, comete un solo delito, pues todos los homicidios se unifican en su conciencia en un único fin".

Puede concluirse entonces en forma fundamental para desearchar la tesis comentada, que existe mucha diferencia en el hecho de que el legislador forme o configure un nuevo delito cuando concurren varios y distintos, por razones de una u otra índole, a decir

que en los casos citados únicamente en la realidad se ha operado o realizado un solo delito.

A pesar de que Alimena en sus concepciones sobre el derecho penal milita dentro del eclecticismo, pues no se adhiere en forma absoluta ni a los postulados positivistas, ni a las tesis clásicas, trata el tema del concurso con una orientación más decidida hacia estas últimas, porque se preocupa con mayor empeño de la estimación sobre la entidad jurídica del delito, relegando a segundo plano, la personalidad más o menos peligrosa del agente delictuoso.

Debido a ésto asevera que es muy distinto el criterio que debe predominar para distinguir el caso en que se comete un solo acto delictivo, de aquél en que se realizan varios hechos antijurídicos que penetran en la esfera propia de los delitos. Por consiguiente, expresa que cuando por obra de un mismo autor aparecen distintas normas jurídicas infringidas, o una misma varias veces, es necesario saber si se tiene la intención encaminada hacia todas ellas, o si por el contrario la dirige hacia una sola pero con la representación en la mente y en forma concomitante, de la otra u otras. En ambos casos, para él, el autor es imputable de todas las violaciones, porque en su sentir "tanto es querer un evento como saber que lo ocasionamos".

Al contrario, solo existe en su opinión, un delito, cuando las normas que tutelan los bienes jurídicos sean tan inseparables que la violación de cualquiera de ellas implica la violación de la otra, aun cuando en el agente no existiese el propósito y cuando la materialidad del delito no aumenta "aun cuando se quieran violar las dos; y existe un solo delito, porque existe una intención o una representación que no ocasiona nada sino lo que sin ella sería ocasionado".

Cuando las lesiones jurídicas son separables por que lo son también los bienes tutelados, ya si existe en concepto de Alimena, una pluralidad de delitos porque han sido queridos por el agente y uno de ellos podía ser separado del otro violando o poniendo en peligro el que se quería.

Entre otros ejemplos, pone para la primera hipótesis, el que se presenta en el caso de inferir una injuria mediante deformación del rostro de la persona ofendida, y para la situación de las lesiones jurídicamene inseparables, el que aparece cuando se ejecuta una violencia uniéndola a una violación del parentesco. No encaja dentro de esta hipótesis, según el mismo autor, la situación sur-

gida en el caso de existir lesiones jurídicas accidentalmente inseparables, como cuando se verifica una violación de domicilio para golpear a un paralítico que no sale de la casa. En el primer ejemplo narrado, las lesiones son inseparables en un único hecho, en el segundo solamente lo son según este tratadista, para un único fin. En el primero basta tener intención de ocasionar una para que necesariamente aparezcan violadas las otras, mientras que en el último, se requieren tantas violaciones cuantas son las infracciones.

La inseparabilidad o separabilidad de las lesiones es cuestión independiente de la unidad o variedad en las acciones en el campo de esta teoría, por lo cual con gran lógica el penalista citado agrega, que en el caso del que mata a dos personas con un solo tiro, como en el del que comete adulterio con pariente, se encuentran dos violaciones imputables, pero en el primer ejemplo se sostiene la existencia de dos delitos porque son separables las lesiones jurídicas y el agente si lo hubiera querido, hubiera podido ocasionar una sola muerte, más en el segundo, solo hay un delito porque el resultado es el mismo aun cuando el autor hubiera querido cometer las dos o una sola infracción.

De todo lo expuesto, puede colegirse cómo en el estudio del complejo problema del concurso se olvida por completo al delincuente, sólo se aguza el entendimiento para penetrar en distinciones sutiles, ya sea sobre el número de acciones que deben servir para configurar el uno o el otro, ora sobre si la acción comprende o nó una pluralidad de actos.

El mismo Alimena olvidando que él incurre en igual pecado, se encarga de calificar como sutil la teoría del concurso formal que no en todos los tiempos y legislaciones se ha aceptado, pues algunos códigos estimaron conveniente no determinarlo como figura especial dentro de su articulado, al paso que otros lo han igualado con el real y algunos como el nuestro los distinguen y separan en sus consecuencias.

Predomina en su sistema especialmente el objetivismo supeditado primordialmente a la situación de posibilidad de separar las infracciones, pues no de otra manera puede interpretarse su pensamiento cuando hace por ejemplo la afirmación de que en el caso de ejecución de un adulterio (cuando está consagrado como delito en los códigos), cometido con persona vinculada por el parentesco, sea o nó intencional el elemento psíquico que determina la acción

del agente, para ocasionar ambas lesiones, sólo da lugar al nacimiento de un solo delito.

Cómo es posible, preguntamos nosotros, por la similitud del ejemplo, expresar que en el caso en que se lleva a efecto una violencia carnal en persona allegada al autor dentro de ciertos grados del parentesco, y cuando éste tiene el propósito firme de realizar el hecho a sabiendas también de que la ofendida está vinculada por nexos de consaguinidad o afinidad decir que tan sólo se ha verificado un delito y nó un verdadero concurso?

No están acaso reunidos todos los elementos propios al delito de conformidad con la "anatomía jurídica" que del mismo se ha hecho?. Un sujeto activo y pasivo (este último representado en la persona violada y en la institución familiar ofendida) una acción física y psíquica (en el caso presene la intención delictuosa y el acto físico para la ejecución) un daño y un objeto material y jurídico?. No puede aceptarse entonces la conclusión de Alimena, como tampoco son de recibo las de Pessina y Carrara en torno al mismo problema, por aquellos que como los positivistas, dan un valor diferente al concurso y aprecian en él, para entablar su acción defensiva de los intereses sociales, un síntoma de mayor peligrosidad.

Se comprende la preocupación objetivista que domina en la teoría del autor tantas veces citado, si se medita un poco en lo que afirma cuando comenta el art. 78 del C. Penal Italiano de 1890 y que a continuación se transcribe:

"De manera que, según nuestro código, existe el denominado concurso ideal cuando con una sola acción se produce un hecho único que viola normas protegidas por distintas disposiciones legales inseparables. El ejemplo del adulterio incestuoso es el más común: el que ejecuta este hecho ejecuta un solo hecho porque aunque son dos las disposiciones violadas, y aún si fueran dos las intenciones, siempre es única la objetividad material del delito, aun cuando a ella correpondan dos objetividades jurídicas y estas dos objetividades jurídicas son tan inseparables, que queriendo una sola no se ejecuta menos y queriendo las dos no se ejecuta más. (Obra citada página 528).

EL CONCURSO DE DELITOS SEGUN EL PROFESOR EUGENIO FLORIAN

Para mejor comprender esta institución jurídica y reparar con

fundamento a las orientaciones diversas que se le han dado en comparación con los preceptos positivistas, preciso se hace intervenir en la apreciación de las variadas situaciones que pueden manifestarse al relacionar la acción del agente delictuoso con la lesión surgida.

A consideración de los estudiosos, se presentan las siguientes hipótesis:

1a. — Unidad de acción y unidad de lesión jurídica. En este caso el delito es uno solo y puede la acción estar integrada por uno o varios actos; así el delito de homicidio ocasionado con diez puñaladas no pierde su unidad, ni pasa a la categoría de continuado, porque todos ellos convergen en una acción.

2a. — Pluralidad de acciones y unidad de lesión jurídica. La hipótesis contemplada da cabida a los denominados delitos permanentes y especialmente a los delitos continuados que se caracterizan ante todo, porque esa pluralidad de acciones, cada una de por sí delictuosa, y que infringe la misma disposición penal, se encuentra fundida en una misma resolución criminosa. Bueno es recordar, cómo también esta sutil teoría fué engendrada por obra de la benignidad de los prácticos, que persiguieron con su creación, evitar la pena de muerte que debía aplicarse al autor de un hurto por tercera vez.

3a. — Unidad de acción y pluralidad de lesiones jurídicas, o sea, cuando con un mismo hecho se ocasionan diversas infracciones o delitos, hipótesis que ha recibido el nombre de concurso ideal o formal y que se encuentra consagrada explícitamente en nuestro estatuto penal.

4a. — Pluralidad de acciones y de lesiones jurídicas. En este caso se tiene la configuración del concurso real o material, que también puede surgir con la unidad de acción física, como más adelante veremos.

Elementos propios del concurso formal

Analizando el positivista citado, en la Parte General del Derecho Penal, los supuestos de este concurso, ha dicho que ellos son dos: Unidad del hecho y Pluralidad de las lesiones jurídicas. La unidad del hecho debe estimarse tanto objetiva como subjetivamente; como nota predominante que lleva a distinguirlo del real, se

tivo material del delito, mientras que el hecho comprende también el elemento objetivo”.

Florián, comentando la misma disposición, dice que se sustituye la expresión del proyecto que manifestaba “hecho que constituye varios delitos” y esto porque como observa la relación definitiva, no era coherente en el sistema del código hablar de títulos de delitos”.

Estimamos mas acertada y precisa la frase que hubo de suprimirse porque como puede ejemplarizarse, con una sola acción vinculada a varias intenciones o fines, puede violarse a veces la misma disposición penal, que en armonía con la teoría sustentada por Florián y que se refiere a los fines, da lugar al concurso real, mientras que afirmándose que se requiere para el concurso ideal la existencia de varias disposiciones violadas y diversas, en ningún caso tendría cabida dentro de él, el hecho nacido de la muerte de varias personas ocasionadas con una sola acción y una sola intención, porque no eran diversas las disposiciones violadas. Sin embargo, en consonancia con la teoría de la finalidad intencional, éste sería uno de los casos del concurso ideal.

Base de confusiones y pedestal de injusticias, se encuentra en el problema controvertido del concurso, mientras se le siga estimando como abstracción jurídica, desechando el contenido eminentemente realista y de defensa social que lo caracteriza al tenor de las normas positivistas.

Como este artículo tiene por finalidad hacer una crítica al sistema aceptado entre nosotros y dejar sentir que efectivamente el nuevo estatuto penal, ha hecho experimentar inquietudes de estudio, contra lo cual se quejaba con justas razones un distinguido penalista que ahora ocupa un merecido puesto en la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, traemos a colación para demostrarlo, los siguientes ejemplos:

Un sujeto, con intención plena de infringir las diversas normas protegidas por la ley, resuelve violar despreciándolas, y con el elemento a sabiendas, una hija suya. Si aceptamos como lo expone Florián, que la distinción fundamental de los concursos radica en las intenciones, tenemos aquí un concurso real, porque un hecho objetivo único, pero no intencional único, ha dado lugar a la transgresión de varias disposiciones, ocasionando varios daños; uno para la víctima del atentado contra la libertad y otro contra la fami-

lia. Por el contrario si nos atenemos a las teorías de Alimena, como son inseparables las violaciones y es indiferente en el caso con-templado la unidad o pluralidad de intenciones, nos hallamos aquí en presencia de un concurso ideal o formal.

2o. — Ejemplo. Si con una sola acción delictuosa hago un disparo contra X y lo mato y la bala atraviesa y lesiona también a Y, de conformidad con la tesis de Florián tenemos un concurso ideal o formal por ser una la intención y en armonía con la de Alimena nos vemos en presencia de uno real.

Consecuencias: El autor del hecho criminoso en el ejemplo mencionado como primero, que es responsable de un concurso ideal según Alimena y el ejecutor en el segundo que es autor de uno material para este penalista, sería castigado con menos severidad que este último, no obstante que se muestra más peligroso por la intención definida de infringir las dos normas jurídicas, al paso que el último, por ser materialmente dos los daños ocasionados y no obstante que apenas tenía una intención, demuestra hasta entonces menor peligrosidad.

Tomando en cuenta la teoría que trata de distinguir por el fin o la intención perseguida, se tiene: En el primer ejemplo hay un concurso material o real cuyo autor sería penado más severamente, que el autor de los resultados dañinos sobrevenidos por su obra, pero con una sola intención, en el segundo ejemplo referido. La razón fundamental, consiste en que el agente en el último caso, se muestra menos peligroso que el del primero.

Indudablemente que a base de sutilezas no se puede construir una teoría de utilidad social, que corresponda a las finalidades del derecho penal, sobre el denominado concurso de delitos.

CONCURSO MATERIAL

Sus notas características, pueden resumirse así: 1o. — Identidad del sujeto activo. 2o. — Una o varias acciones correspondientes a distintos fines criminales. 3o. — Varias violaciones de la ley penal. 4o. — Ausencia de condena ejecutoriada por cualquiera de ellas.

Estos requisitos los tomamos de la teoría seguida por Florián y de ellos nos ocuparemos brevemente.

Pessina señala como notas distintivas de este concurso, las si-

guientes: a) que un mismo individuo sea culpable de delitos distintos esto es, derivados de acciones diversas. b) que estos delitos además de ser distintos unos de otros, sean también independientes entre sí en la realidad objetiva de los hechos y c) que estén separados también en la conciencia del delincuente sin que aparezcan como un hecho único. (Elementos de D. Penal pág. 550).

Alimena acepta que el concurso material puede surgir con una o varias acciones y alude en términos de crítica, con las siguientes razones a las ideas de Pessina y Carrara: "es preciso recordar que aquéllos criminalistas que sostienen que una sola acción no puede dar lugar a dos delitos sostienen que tampoco dos acciones pueden dar lugar a dos delitos cuando los hechos que los constituyen están ligados por el vínculo de medio a fin. Dice Carrara que "si el reo no tiende más que a un solo fin, con el que viola un derecho y se vale de la violación de otro fin como medio para alcanzar aquél, existe un solo delito porque si los dos hechos se mirasen como dos delitos cuando el acto es uno se imputaría dos veces la misma determinación. El elemento intencional imputado en un delito volvería a ser imputado en el segundo delito, si existe una determinación volitiva compleja habría un delito complejo, pero un solo delito".

"Es fácil responder que en estos casos el reo tiene necesidad de una determinación dirigida al fin y después otra dirigida al medio y si el delincuente tiene conciencia de ambos delitos —y las dos lesiones jurídicas no son naturalmente ni jurídicamente inseparables— no se comprende porque ha de decirse que existe un solo delito".

Obsérvase pues, cómo en relación con el concurso no es posible unificar las opiniones; Pessina exige que el mismo individuo sea culpable de delitos que provienen de distintas acciones, los que a más de ser distintos unos de otros, deben ser independientes en la realidad objetiva y estar separados en la conciencia del autor.

Alimena se levanta con argumentación vigorosa para rebatir esta tesis y sostener contra Carrara y Pessina que el concurso material puede nacer con la ejecución de una o varias acciones, según los fines, aplica la misma sutileza clásica, cuando estima como ideal el concurso que se presenta con una sola acción y diversos fines dentro de las circunstancias que ya se anotaron. Florián marcha con Alimena cuando expresa que la unidad de acción si corresponde a

varios fines origina también el concurso material o real, pero diferente de éste cuando señala como pauta de distinción entre ellos las finalidades perseguidas independientes del factor de separabilidad o inseparabilidad de las lesiones ocasionadas.

En vista de lo anterior, manifestamos que en nuestro concepto la tesis más bien fundada y más aceptable entre las expuestas, por llenar a diferencia de las otras, una finalidad de utilidad práctica porque capta con mayor precisión el concepto de la peligrosidad de los delincuentes que tiene influencia decisiva para la estimación de estas situaciones identificándose así con el postulado positivista, es la de Florián.

DIVERSAS FORMAS QUE PUEDE ADOPTAR EL CONCURSO REAL.

En el concurso real o material es posible que los delitos cometidos no tengan vinculación alguna entre sí, salvo el nexo que proviene del hecho de haber sido ocasionados por la misma persona. Pueden ser simultáneos, lo que acontece cuando tienen la vinculación nacida por causa de la comisión realizada por la misma persona, en un mismo tiempo y lugar, lo que configura la conexión denominada cronológica, o accidental. Puede suceder que un hecho que de por sí constituye delito, se despoje de su autonomía para convertirse en elemento esencial o circunstancia agravante de otro dando lugar a la llamada conexión jurídica. Si un delito es utilizado como medio para la comisión de otro, es decir, si entre ellos se forma una vinculación de medio a fin aparece entonces lo que los autores del derecho titulan la conexión real o ideológica. Igualmente afirman, que es ontológica o material, "cuando un delito sirvió de medio a otro y facilitó su realización sin que entre ellos exista relación de medio a fin". Finalmente, se conoce con el nombre de conexión consecuencial la que se produce cuando la comisión de un delito se lleva a término para ocultar las huellas del primero o procurarse la impunidad.

LA ESCUELA POSITIVA Y EL CONCURSO DE DELITOS

Hemos afirmado que la escuela clásica estudia con gran esmero el aspecto objetivo del delito y relega a segundo plano la per-

sonalidad del delincuente que apenas le merece ligeras preocupaciones como acontece en los casos de locura, embriaguez, menor edad y sordomudez etc. Por el contrario, la positiva parte del principio fundamental de que primero está el delincuente y en él por consiguiente debe apreciarse el delito cometido. Las ideas de Florián, uno de los más meritorios prosélitos del positivismo, quien sostiene como hemos dicho la teoría del fin para apreciar las relaciones de concurso, manifestando que es "absolutamente insuficiente por tanto el criterio del hecho único" y que sobre éste debe prevalecer el criterio del fin, según el cual "cuando el delincuente aunque con un solo hecho se propuso realizar dos o más delitos, deberá ser considerado responsable de todos los hechos punibles cometidos" porque la circunstancia de la unidad en el hecho es accidental y no puede aprovecharle, al paso que si "por el contrario, el hecho es único y único es el fin delictuoso, aun cuando accidentalmente resulten dos o más los hechos punibles, no podrá estimarse al delincuente responsable de otros tantos delitos, pues a lo más, el resultado múltiple podrá valuarse a los efectos de la peligrosidad de acuerdo con el criterio general ya indicado" delimita así en un comentario lógico el pensamiento que al respecto conserva la Escuela positiva.

Estima pues, esta escuela, en armonía con su general concepción de los delincuentes, que el hecho de cometer varios delitos constituye un índice de mayor peligrosidad en el agente, que debe complementarse con el estudio de otras circunstancias, tales como el análisis de la personalidad moral del delincuente, de los motivos que determinaron la realización de los ilícitos etc., todo lo cual habrá de revelar la peligrosidad y de orientar la medida de defensa.

El eminente profesor Enrique Ferri, en la exposición de motivos que sirvió para sustentar el proyecto que lleva su nombre (1921) al comentar los artículos 23 a 26 que hacen referencia al caso, dice que es cierto que quien comete varios delitos es más peligroso que el que debe responder de uno "a no ser que éste demuestre por las circunstancias personales y materiales, una excepcional perversidad", pero agrega también que la reiteración en los delitos e incluso en la reincidencia indica diversos grados de peligrosidad según que sean, sobre todo cuando se trata de delitos leves, el efecto de desgraciadas circunstancias especiales o por el contrario de una obstinada tendencia a la criminalidad.

Hace una crítica a la orientación que hasta entonces se ha dado

al estudio del concurso considerándolo en su objetividad y despreciando la estimación primordial del agente delictuoso.

Dice lo siguiente al comentar el ordinal 15 del artículo 21 de su proyecto, que habla de las circunstancias de mayor peligrosidad en la siguiente forma: "Art. 21.—Las circunstancias que indican una mayor peligrosidad en el delincuente, en tanto no hayan sido previstas como elementos constitutivos o circunstancias modificadoras del hecho punible, son....15.— "el haber agravado las consecuencias del delito; el haber con una misma acción, y no por mero accidente, perjudicado u ofendido a más de una persona, o haber con un mismo hecho violado DIVERSAS DISPOSICIONES DE LA LEY O LA MISMA DISPOSICION INCLUSO EN TIEMPOS DIVERSOS, con actos ejecutivos procedentes de la misma resolución (Las subrayas no son del texto)".

"El número 15 no sólo comprende la circunstancia de haber agravado las consecuencias del delito cometido, sino también otras circunstancias que en el código de 1890 constituyen, en cambio, figuras especiales del delito (artículo 78 y 79); esto es, EL CONCURSO FORMAL DE DELITOS y el delito continuado (Las subrayas no son del texto). Pero mientras que en el código de 1890 el hecho de haber cometido con un mismo acto varios delitos y el haber con una única resolución continuado cometiendo en tiempos diversos una serie de delitos iguales, procura al delincuente una condición de favor—porque en el primer caso se aplica solo la pena del delito más grave y en la segunda hipótesis la serie de delitos es considerada como un delito único con el solo aumento de pena de una sexta parte a la mitad—el Proyecto en cambio, establece que tanto un caso como otro indican siempre una mayor peligrosidad del culpable, y que, en consecuencia, deben conducir a un grado mayor, y en los casos que proceda (como veremos en el Capítulo III del Título III), a una forma más rigurosa de sanción represiva, no con el sistema de cálculos fijos y esquemáticos del Código de 1890, sino con el criterio práctico del Magistrado".

El artículo 23, a que antes aludiéramos, es del siguiente tenor: "Art. 23.—Al responsable de varios delitos le será aplicada la sanción establecida para el delito más grave y se considerarán los otros delitos como circunstancias de mayor peligrosidad según los párrafos segundo y tercero del artículo 75. Las multas establecidas para cada uno de los delitos serán siempre aplicadas conjuntamente con

la sanción prescrita por la norma antedicha, siempre que en el total no excedan de doscientas mil liras”.

Su fundamento lo explica Ferri, con estas palabras: “El artículo 23 sustituye las normas aritméticas sobre la acumulación de penas por el precepto general de que al responsable de varios delitos le será aplicada una sanción que resulta de tomar como base la sanción establecida para el delito de mayor gravedad, añadiéndose la agravación correspondiente, en cantidad y calidad deducida de los otros delitos apreciados como circunstancias de peligrosidad mayor, más o menos excepcionalmente graves, según las normas establecidas en el párrafo segundo del artículo 75”.

“Con esta disposición genérica sería por tanto el Juez quien dentro de los límites legales, adaptaría la sanción definitiva a la diversa peligrosidad del responsable de varios delitos, no con arreglo a fórmulas aritméticas sino en virtud de un juicio de conjunto sobre las diversas condiciones personales y materiales referentes a los delitos por los que es juzgado el procesado. Y esto lo mismo si los diferentes delitos de los que debe responder el procesado se han producido en tiempos diversos como si se realizaron en el curso de una sola acción (caso distinto del que con un mismo hecho infringe varias disposiciones de la ley y se encuentran ligadas o no por el vínculo de medio a fin)”.

Se comprende entonces cuán diferente es para el positivismo la estimación del concurso de delitos, en comparación con las orientaciones que antes se estudiaron; sin embargo, pueden hacerse algunos reparos en relación con la técnica jurídica que acompaña estas disposiciones, pero nunca puede afirmarse que los principios positivistas que observan primordialmente la personalidad del delincuente, antes que el delito en sí, no constituyen una tesis de avanzada que consulta con mayor acierto los intereses de defensa que actualmente determinan la principal función del derecho represivo.

EL CONCURSO DE DELITOS EN LA LEGISLACION COLOMBIANA

Antes de transcribir los artículos que en el Código Penal Colombiano contemplan los dos casos de concurso de delitos que se han considerado, es conveniente para interpretar con mayor acierto su significación, aludir a las razones expuestas por los distingui-

dos juristas que lo proyectaron, cuando trataban de esta materia, y que se hallan consignadas en las siguientes actas:

“Acta No. 63.—Cuando se consideró el artículo sustitutivo del 28 de la anterior comisión, el Dr. Escallón manifestó:” que nota en ese precepto una deficiencia, y es la de que no se contempla el caso de la violación con un sólo hecho de la misma disposición no una sino varias veces, por ejemplo, en el caso de que el agente queriendo dar muerte a un individuo dispara y con el mismo disparo le quita la vida a su agredido y a un tercero. El mismo Dr. Escallón estima que en el proyecto se deben considerar las siguientes hipótesis: la—que con un solo acto se violen varias disposiciones o **VARIAS VECES LA MISMA DISPOSICION**, lo que jurídicamente implica el concurso formal de delitos. 2o. — que con varios actos se cometan varios delitos, en lo que consiste el concurso material y 3a. — que con varios actos se viole la misma disposición siempre que en su ejecución se revele el mismo designio, lo que constituye el delito continuado. Como artículo referente a la 1a. hipótesis o sea el concurso formal, presenta la siguiente fórmula:

“El que con un mismo hecho viole varias disposiciones de la ley o varias **VECES LA MISMA DISPOSICION**, queda sometido a la que establece la sanción más grave, aumentada hasta en la mitad”. (Las mayúsculas no son del acta).

“El doctor Cárdenas manifiesta que en general le parece aceptable la fórmula, pero que es partidario de introducir una ligera modificación consistente en disminuir la sanción hasta en una tercera parte; agrega que no es partidario tampoco de que se incluya la frase “o varias veces la misma disposición” porque con tal expresión se quiere indicar que con una misma acción puede violarse varias veces la misma disposición, lo cual no es así” puesto que solo se viola una vez el precepto legal. Estima que las hipótesis que se pueden contemplar son cuatro: 1a. — Cuando con una sola acción se infringe más de una disposición penal, es decir el concurso formal; 2a. — Cuando con varias acciones se infringe una misma disposición penal, es el delito continuo 3a. — Cuando con varias acciones se infringen distintas disposiciones penales, o sea el verdadero concurso material o acumulación y 4a. — Cuando con una acción se quieren cometer varios delitos o sea el concurso material. Esta última hipótesis quedaría comprendida en la frase que el doctor Escallón quiere añadir a la disposición”. (Actas pág. 148).

El artículo aprobado con relación al concurso formal, quedó así: "El que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal, quedará sometido a la que establezca la sanción más grave, aumentada hasta en una tercera parte". (art. 31 C. P.)

Con respecto al concurso material y después de consultar los Códigos Italiano Argentino y Mejicano, se adoptó la siguiente disposición:

"Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto". (Art. 33 C. P).

Debido a la gran influencia que la legislación penal italiana ha tenido en la de los demás países del mundo y por consiguiente también en la nuestra, los comentarios que Alimena y Florián han llevado a efecto para la interpretación del Código italiano, tienen gran valor para fundamentar igualmente la exégesis de los artículos citados armonizándolos con el pensamiento de la comisión, al cual vamos a referirnos.

En nuestra opinión, la tesis del Dr. Escallón cuando hablaba del concurso ideal, es más aceptable que la fórmula consignada en el Código, y no fué interpretada fielmente como hubo de creerse. Decía él, que debía contemplarse como un concurso formal el caso de que con un mismo acto se violaran varias disposiciones, O VARIAS VECES LA MISMA DISPOSICION, ejemplarizando con el homicidio u homicidios nacidos por obra de un disparo que iba dirigido contra la persona a quien se quería matar, pero que también causaba otra muerte porque un tercero, sin intención alguna de ultimarlo. Por parte del autor, resultaba accidentalmente muerto. Indudablemente parece que al hacer esta manifestación, el Dr. Escallón se acomodaba a la teoría de Florián basada en los fines perseguidos y no en el elemento único de la acción, teoría que sigue también Ferri cuando expresa que con una acción se pueden cometer varios delitos que originan el concurso material. El Dr. Cárdenas con un argumento que respetamos en demasía por la autoridad científica de quien lo sustenta, pero que nos atrevemos a estimar como sutil, dijo que debía suprimirse la expresión "o varias veces la misma disposición" porque con una misma acción no puede violarse la misma disposición debido a que sólo se viola una vez el precepto legal. Consideramos que en toda ley penal existe implícitamente un precepto o

norma y una sanción expuesta en forma explícita; así, siguiendo este criterio nos vemos precisados a decir que el que mata a diez personas con acciones diferentes, a pesar de que incurre en responsabilidad por un número igual de homicidios, sólo ha violado un precepto o una norma única que se desarrolla en la ley, y que consiste en no matar. De igual manera si yo con una sola acción disparo y mato a quien me propuse y a un tercero que se atraviesa, cometo o incurro en responsabilidad por dos delitos de homicidio, aun cuando solo he violado en forma genérica un precepto o norma que contiene la ley implícitamente y que consiste en no matar.

No es pues, tan poderoso el argumento que hiciera el Dr. Cárdenas y que llevó a variar la disposición profundamente en su esencia, haciendo excluir el caso citado por el Dr. Escallón de la situación que le pertenece dentro de la teoría más aceptable que es la de Florián y según la cual por existir una sola finalidad delictuosa en ese ejemplo, configuraba un concurso formal.

De modo que claramente puede observarse cómo la hipótesis traída para el caso de concurso formal, por el Dr. Escallón, no fué resuelta con el criterio científico que la inspiraba, porque si alguno con una sola intención "unidad de hecho" de acuerdo con la interpretación que los autores le han dado a este término, comete un delito de homicidio en persona a quien quiere ocasionar la muerte y por accidente lesiona o mata a un tercero que se atraviesa, debe ser sancionado en el Código Penal nuestro y así estimamos que lo ha comprendido la jurisprudencia, de acuerdo con el artículo 33 o sea con el concurso material o real y no con las normas del formal que son las aplicables en una concepción positivista y científica que consulte claramente la peligrosidad del delincuente, pues no hay que dudar que el que intencionalmente causa con una sola acción dos homicidios, es más peligroso que el que los ocasiona con una sola intención como acontece en el ejemplo primero.

Esto porque al cometer varios homicidios en la forma dicha, no se violan disposiciones diferentes, sino una misma disposición que contempla el respeto a la vida humana, aun cuando pueda presentarse el homicidio con diversas características. Por consiguiente la frase que el Dr. Escallón quiso añadir y que se refería al caso de cometerse con un solo hecho la violación múltiple de una misma disposición que también se ha contemplado en el proyecto Ferri, no ha quedado comprendida ni puede quedarlo, en la cuarta hipótesis traída

da por el Dr. Cárdenas es decir aquella "en que con una acción se quieren cometer varios delitos" o sea el concurso material, al decir del Dr. Cárdenas, porque la apreciación del Dr. Escallón era muy diferente, pues según ella se trataba de contemplar como concurso formal el caso en que con una sola acción sólo se quería un delito, pero por circunstancias especiales se producían varios que infringían una misma norma penal.

Puede afirmarse que entre nosotros, por existir todavía gran apego a las concepciones clásicas que miraban con el criterio objetivo la verificación del concurso, se considera éste a base de los daños materiales que se presentan con los delitos. No se ha penetrado a fondo a desentrañar el significado del término "hecho único" que da la pauta en forma independiente para catalogar la naturaleza de la concurrencia delictuosa; si tal cosa se hiciera, no podría afirmarse como diariamente se manifiesta, que siempre la ejecución de una violencia carnal en persona allegada por el parentesco en grado que hace surgir el incesto, configura un concurso formal. Porque si seguimos la teoría que los separa por el fin y que se aviene a los principios del positivismo, que aprecian ante todo la personalidad del delincuente, se hace indispensable tomar la conclusión de que aquél que por su atrofia moral tiene la intención de atentar contra los intereses familiares, en vía de venganza y opta para ello por una violencia en su hija, opera claramente en el campo que corresponde de conformidad con estos conceptos, al concurso material o real.

Y tienen trascendencia estas distinciones en el campo de la legislación Colombiana, porque como nadie lo niega, ella que sigue en gran parte las tesis positivistas para buscar la defensa social, ha estipulado el concurso material como merecedor a una pena o sanción más severa que la fijada para el concurso formal. Luego si una persona incurre al realizar un hecho, en dos delitos, no obstante que solo persigue una finalidad delictuosa, debe hablarse de concurso formal y sancionársele en armonía con las normas que lo regulan y no pensar si la tesis aceptable es la de que en este caso si las violaciones son inseparables aun cuando los fines sean varios, es la del concurso citado, porque así se desatiende por completo a la defensa que la sociedad debe emprender contra la peligrosidad de los delincentes manifestada entre varios síntomas, por los delitos cometidos.

Estimamos, pues, que los dispositivos penales que en Colombia regulan esta materia, son deficientes porque con su obscuridad

han propiciado verdaderas injusticias al permitir las interpretaciones propias de las defectuosas teorías que se han analizado y que solo miran la entidad delictiva con prescindencia de la personalidad más o menos anti-social de los procesados, lo que determina como ya hemos dicho, la principal preocupación del positivismo cuando entra a regular esta materia.

Creemos entonces, que debían reformarse en sentido idéntico al del proyecto Ferri, mirando en las situaciones anotadas, los hechos producidos, como circunstancias de mayor peligrosidad y adoptando por consiguiente normas represivas que orienten al fallador en la aplicación de las medidas defensivas, para que no se reduzca su misión ni a simples funciones automáticas ni tampoco al ejercicio de un arbitrio sin mesura que pueda facilitar la comisión de marcada injusticias.

Medellín, Mayo de 1944.