

CONCURSO DE DELITOS

(Monografía que obtuvo el tercer premio en el concurso de 1927).

HERNAN MONTOYA

(Conclusión)

del artículo 117), cuando el ofendido no ha cumplido aún tres días—según nuestra jurisprudencia es elemento constitutivo de infanticidio (artículo 616 del C. P.); el mayor número de personas que concurren a la perpetración de un delito, deja de ser elemento agravante para constituirse en cuadrilla de malhechores cuando pasa de cuatro individuos «asociados mancomunadamente para cometer ya juntos, ya separadamente, pero de común acuerdo» algún delito o delitos; (Ordinal 5º. del Art. 117-248 del C. P.); o de sedición cuando más de cuarenta personas en reunión se oponen con armas o sin ellas a la ejecución de alguna ley o mandato de autoridad o cuando atacan o resisten violentamente a los agentes de ésta (Art. 210); la fuerza, violencia, premeditación u osadía que son agravantes en un simple homicidio, no pueden separarse de los delitos de robo, de asesinato, de violación de mujer púber, ya que en la impúber, por querer del legislador se presume el forzamiento, planteando así en la práctica un problema de dudosa justa solución en ciertos casos (Arts. 586, 676, y Sgts., 633, 771 del C. P.)

El legislador ha procedido de tal modo porque ha comprendido que en determinados delitos va naturalmente envuelta otra lesión como condición indispensable para llevarse a cabo los mismos.

Sería irritante, traspasaría los límites de la justicia penal que debe tener como elemento un medido interés social, la Ley que castigara con dos penas (daños y hurto) al ladrón que para sustraerse un caudal, tuvo necesidad de romper la caja que lo contenía, dada la necesaria inseparabilidad entre hecho y hecho, pues sin fractura no se habría verificado delito alguno, y la intención del delincuente habría permanecido «in mentis», meramente acariciada por su imaginación sin satisfacer su voluntad. Creemos también que la identidad genérica del acto medio y del acto fin dirigidos a la violación de un mismo derecho (el de propiedad), en una sola persona física o moral, es argumento que demuestra el carácter de unicidad en el hecho; siendo de advertir, además, que no pocos autores ven en el robo un simple hurto con agravantes.

Para mejor inteligencia de lo que queremos dar a entender, precisemos el anterior concepto: Si Pedro rompiendo pared, pueria o ventana (Art. 775) sustrae efectos del interior de una habitación o de un local, no puede decirse a pesar de los dos perjuicios que resulten (daños y pérdida de los efectos) que ha cometido el delito de daños y el delito de hurto, no porque el legislador haya previsto que esto se llame robo—lo cual nada

probaría - sino porque fuera de la inseparabilidad de los actos, fuera de que el uno es un principio de ejecución y el otro un término, no hay más que *un solo vínculo de relación jurídica violado*.

Si Pedro para quitarle a Juan su caudal tiene necesidad de ultrajarlo de obra, de intimidarlo, de amenazarlo, apesar de que estas actitudes le merecen castigo (Arts. 767 y 768 del C. P.) no llevándose a efecto sino con el intento de despojarlo de lo que lleva, tórnanse en constitutivas del delito de robo, debido a la fuerza moral intimidativa que sobre el ánimo de Juan produjeron. Pero si esta inseparabilidad de actos no sea necesaria para la consumación del hecho, pues de otra manera hubiera podido verificarse, si no han tenido un límite «prudente» o si aparecen violaciones de otros derechos con posterioridad al delito, entonces ya no se podrá decir que hubo un solo delito: Si Pedro rompe arca o armario sin tener necesidad, para sustraer dinero, o después de haber verificado tal sustracción, es evidente que en cada acto tuvo el intento voluntario y malicioso de violar el derecho. Lo mismo sucedería si para quitarle a Juan su caudal lo incapacitara para defenderse hiriéndolo; porque entonces cometería un delito contra la propiedad y otro contra la persona de Juan pues la *fuerza y violencia hecha a las personas* tiene sus límites señalados, y no ha de entenderse por lo tanto tal expresión de la Ley, a los *maltratamientos* que degeneran en lesiones orgánicas, de las cuales deberá su autor responder por separado.

Como complemento de las anteriores consideraciones, analicemos algunas disposiciones vigentes íntimamente relacionadas con la hipótesis que venimos estudiando:

Hechos que con intención independiente son por sí mismos delitos de determinada índole jurídica, cuando tienen *relación de dependencia* con un hecho mayor directamente querido, abandonan su personalidad de delitos para ir a constituirse en elementos de otro: los daños en propiedad ajena que por sí son delitos, son condición indispensable para sustraer una cantidad de dinero guardado en cómoda segura; las heridas y los maltratamientos cuando causan la muerte, pasan de simples actos aislados a ser elemento del homicidio; y así puede decirse de una multitud de hechos aisladamente punibles, pero susceptibles de ser absorbidos por un mal de gravedad mayor ocasionado por ellos mismos.

Dice el artículo 644 del C. P.: «El que voluntariamente a sabiendas y con intención de matar a otro, o hacerle otro daño en su persona, ponga fuego en casa, habitación o sitio en que se halle el acometido, si resultare la muerte será castigado como asesino, según el artículo 593; si no resultare, sufrirá la pena de dos a tres años de presidio, fuera de la pena que le corresponda por el delito frustrado o la tentativa, según los casos».

Según la teoría que venimos sosteniendo y consecuentes con ella, de la acción de incendiar para matar, se desprende no un solo delito, aunque se le llame complejamente «incendio pa-

ra matar», sino dos, cuales son el incendio mismo, hecho que causa un crimen en el delincuente, severamente castigado por las legislaciones antiguas, y el homicidio con diferentes calificaciones, que del incendio resulte. La condición de ser el incendio medio para cometer un mal mayor, no le quita, en nuestro concepto, su índole de delito. Sin embargo,—como dice Pessina «aunque es verdad que en este caso hay dos delitos que pueden *distinguirse* pero no *separarse* ni en la objetividad del delito ni en la conciencia del reo» el juzgador que debe ante todo valorizar el grado de la intención del agente, por razón de aquel vínculo estrecho, pero no inseparable, que une el uno con el otro, está llamado a unificar, para los efectos de la investigación judicial y para la justa aplicación de la pena, estas dos delincuencias en un solo delito que se denomina complejo por comodidad técnica y por interpretación de la complejidad intencional del agente, pero, repetimos, no por eso deja de ser el resumen de dos delincuencias, pues el un delito no absorbe al otro por no ser necesaria la relación entre ambos, sino simplemente accidental. Quien incendia para matar, carece de intención para lo primero y el hecho aislado le es indiferente —se dice— y en este postulado basan la doctrina del delito único, alegando por otra parte que de no ser así, el elemento intencional imputado en un delito, volvería a ser imputado en el segundo. Contra esta conclusión hemos aducido ya en hipótesis pasadas argumentos y razones que juzgamos de algún motivo y que sería superfluo considerar en esta nueva disertación, y sólo agregaremos a aquellas razones la de que el elemento intencional puede informar simultáneamente varias acciones del hombre.

Para que no se nos tache de contradicción, téngase en cuenta que sostenemos la unicidad del delito en aquellos hechos que violando relaciones jurídicas de diferentes órdenes son necesariamente inseparables el uno del otro, de tal modo que la intención y la voluntad del hombre son incapaces de separar, pues aun cuando se quiera violar una sola relación, resultan las dos violadas, y cuando se quieran violar las dos, la materialidad del delito no por eso aumenta.

«Verdaderamente—dice Alimena—si el punto de llegada del delito es la violación de un bien jurídico, es claro que no puede imputarse aquel exceso de voluntad (aquella representación) que produce nada más que aquello que sin ella se habría producido. Pero cuando las lesiones jurídicas sean separables (como lo son en el caso que estudiamos) precisamente porque son separables los bienes tutelados (el derecho de propiedad y el derecho a la vida), existen varios delitos, porque el reo los ha querido todos individualmente y un bien jurídico se podría separar de otro, violando aquél y respetando éste. Si nuestro Código Penal no fuera tan deficiente y anacrónico como lo es, habría considerado no el sólo caso que consignó en el ya citado artículo 644, sino que previsorio, hubiera contemplado muchas otras circunstancias o medios criminales de delinquir, abarcando en título separado lo que los recientes Proyectos de Ley del Dr. Concha, de la Comisión Revisora y de la Misión Italiana, han

consignado en sus respectivos Trabajos, con el mote de «delitos contra la seguridad pública» donde sí se prevenen muchos medios que aún el mismo progreso ha proporcionado para delinquir de una manera si se quiere hasta «científica».

Por eso, sin que sigamos con ello la abundante corriente de los criticones superficiales q' todo lo ven malo sin que propongan reformas, como deberían hacerlo siquiera para ser consecuentes con su cacareo de sabihondos, hemos dicho que nuestra vigente legislación penal es anacrónica, retardada, dejada ya atrás por el avance de la civilización presente, de lo cual se ha dado el Gobierno perfecta cuenta, encaminando sus pasos hacia una completa reforma penal, ya próxima — así lo creemos — a tener su deseada aplicación.

Y si el legislador hubiera sido claro y consecuente con su doctrina sentada en el artículo 644, hubiera previsto el caso del que rompe puerta, ventana o pared, para introducirse a casa o habitación con la intención de matar a otro, o no hubiera señalado dos penas separadas para el que con estas circunstancias mata; pues la forma en que parece concebido el artículo 871 dá a entender que quien introduciéndose a casa o habitación mediante rompimiento de puertas, ventanas o paredes, hiere o mata a alguien, o comete «algún otro delito», es acreedor además de la pena señalada al delito de daños a la que merezca por el otro delito cometido. Este artículo contradice — en nuestro concepto — la tesis sentada en el artículo 644.

Supongamos que Pedro, enemigo acérrimo de Juan, sabiendo que éste duerme solo en una casa aislada, va una noche y en lugar de incendiar la habitación, resuelve romper la pared, mañosamente éntra y sorprendiendo en profundo sueño a su víctima, la mata. El delito cometido por Pedro no hay duda de que es un asesinato, al tenor de lo dispuesto por el artículo 586 — Ord. 30 —; pero habrá lugar a imponerle también la pena de «uno a dos años de reclusion» que por el delito de daños señala el artículo 870. Si así es, hay razón igualmente para decir que el que incendia para matar debe responder por asesinato y por incendio.

Mas la sanción penal para el ejemplo propuesto está expresamente señalada por el artículo 866 del Código y en este caso el excavamiento, la ruina o volada del edificio, quedan impunes, como lo queda en incendio en el artículo 644, o al menos absorbidos por el asesinato, que bien puede cometerse por el mismo criminal, sin necesidad de acudir directamente a esos medios, como ocurre en el ejemplo anterior. Si fuéramos a aplicarle la pena prescripta por los Arts 870 y 871 caeríamos en el contrasentido de castigar, con el delito consumado unos simples daños, cuando si el delito lo hubiera verificado por medio de un incendio, la pena habría sido de uno a dos años menos, ya que aquél absorbe a éste, por voluntad legisladora.

Inspirado en el más fervoroso espiritualismo, insostenido en otras disposiciones, el zarandeado Art. 644, viendo sólo la intención del agente por el aspecto de la violación del derecho innato a la vida, poco le faltó para consignar en ese caso, la imp-

nidad del mayor delito que contra la propiedad se pueda cometer. En cambio, cuando la intención del delincuente fué única y expresamente puesta para incendiar, «si por el efecto inmediato del incendio falleciere alguna persona» se le impondrá al reo la pena de diez y ocho a veinte años de presidio» (Art. 618). Y si la muerte resultó porque el delincuente intencionalmente, socavó, minó o empleó «cualquier otro medio para derribar, arruinar, volar o destruir de otro modo edificio o lugar habitado» entonces sí se le castigará como asesino. En este caso, la carencia de intención para matar de nada le sirvió al agente para evitar la correspondiente pena, cuando sí le sirvió en el caso contemplado por el Art. 644, en que presumiendo el legislador la carencia de intención para incendiar le dejó impune el delito contra la propiedad. Y es de advertir, además, que no tiene la misma trascendencia social un homicidio que se cometa con alevosía que el que se cometa mediante incendio; no obstante esta notoria diferencia, la pena señalada por el legislador es la misma y la denominación específica es también la misma.

En fin, para que se vea que el legislador no está cierto de ver en el «incendio para matar» un solo delito, sino que por comodidad técnica y para los efectos de la punición juntó dos delitos en uno, medítese en el segundo considerando del precitado artículo 644: «si en el caso del incendio no resultare la muerte «sufrirá la pena de dos a tres años de presidio, fuera de la pena que le corresponda por el delito frustrado o por la tentativa, según los casos». De donde se deduce, que en el efecto mismo del incendio vé un delito y en la muerte violenta vé otro, pero que por su conexión íntima, «por el nexus» entre el hecho punible que sirve de medio y el que constituye el fin del delincuente —como dice Pessina— unifica las dos delincuencias en un solo delito que puede llamarse complejo; y en virtud de esta consideración atenúa en una y en otra delincuencia la sanción penal, como lo hace en el artículo 644 el legislador colombiano, sin que esto quiera decir, en nuestro concepto, que haya que ver en el agente la voluntad criminal en sólo el delito fin, sino que hay que verla también en el delito medio, porque aunque la intención se dirigió hacia una sola lesión con la representación concomitante de las otras, las lesiones son todas inseparables, porque tanto es querer un evento como saber que lo ocasionamos.

Del estudio y análisis que se haga de diferentes disposiciones penales, algunas de las cuales hemos considerado en los anteriores apartes, sacamos en deducción que el Código no sienta una doctrina cierta en los casos en que se opera el fenómeno llamado «Delitos complejos», pues unas veces castiga los delitos juntándolos en uno solo y otras los separa imponiendo por separado las penas; y, refiriéndonos a las últimas consideraciones emitidas, equipara, habiendo notoria diferencia, una simple alevosía o una traición a un delito de incendio, cuando dice: que el homicidio premeditado toma la denominación de asesinato, cuando el agresor lo comete con «fuego que ponga en casa o sitio en que se halle la persona a quien se quiera asesinar»

(Ord. 50 del Art. 586 del C. P.)

Sea de ello lo que fuere, no pretendemos criticar al legislador, porque no sentó una doctrina norma en la cual se ajusten con matemática precisión, todos los casos múltiplemente diversos y variados que la voluntad humana, esencialmente variable, puede producir y presentar al estudio, por el aspecto de su alcance social, y para el efecto de la correspondiente sanción.

Si en el curso de una legislación se observan incongruencias, incompatibilidades, contradicciones del legislador, no siempre hay lugar a declarar estas anomalías y menos sin un estudio detenido y consciente del espíritu de la ley, siendo además, cuestión de jurisprudencia, de hermenéutica jurídica que una disposición legal no debe entenderse aisladamente, cuando hay otras que se relacionan con ella y con las cuales está en aparente conflicto, como lo es también que disposición especial prevalece sobre la general.

HIPOTESIS: *Pedro comete un robo en Enero y otro en Febrero.* «Este es el verdadero caso de la concurrencia real de delitos que exige para existir que haya varias violaciones distintas e independientes una de otra.

Cuando esta concurrencia es de delitos homogéneos, suelen llamarla los tratadistas *iteratio*, y *cumulatio*, cuando el concurso es de delitos heterogéneos. La primera forma ha dado fundamento para el estudio de la reincidencia como revelación de una tendencia criminal con caracteres de monomanía en el delincuente.

La verdadera concurrencia real de delitos exige las siguientes condiciones:

1^a Que un mismo individuo sea culpable de delitos distintos, derivados de acciones diversas; de tal suerte que si la violación de dos o más derechos arranca de una misma acción, se opera el concurso formal, que — dicho sea — no marca una diferencia substancial con el concurso real, pues lo único que los separa es una «casual e insignificante propiedad del medio con que se comete el delito». En efecto, en qué afecta la significación jurídica de un doble homicidio el que el autor lo cometa de un solo disparo o de dos disparos. «Si un sujeto le dice a dos personas: — (dice Merkel —) «Sois dos asnos» (concurrencia ideal), o bien: «A. es un asno y B., otro» (concurrencia real), la significación jurídica de la cosa es completamente la misma, díjala de un modo o de otro».

2^a Que estos delitos además de ser distintos uno de otro, sean también independientes entre sí en la realidad objetiva de los hechos;

3^a Que estén separados también en la conciencia del delincuente, sin que aparezcan como un hecho único. De suerte que los delitos llamados «complejos», no forman concurrencia real, porque según algunos autores, la unidad del elemento subjetivo excluye la pluralidad de delitos; y

4^a Que ninguno de los delitos anteriormente cometidos haya sido castigado. De lo contrario, no hay concurrencia de delitos sino reincidencia.

De la declaración de una concurrencia de delitos, o de una conexión de los mismos, surgen dos consecuencias, de carácter judicial o de procedimiento la una, de carácter meramente penal, la otra, ambas de notable trascendencia no sólo para la pronta administración de justicia, sino también para los intereses del reo.

A la primera se le denomina «*acumulación de autos*» y a la segunda, «*acumulación de penas*».

ACUMULACION DE AUTOS. La acumulación de autos en negocios criminales, a diferencia de los civiles, (1) se decreta oficiosamente, tiende a unificar el procedimiento, a hacer más rápida la administración de justicia y con la valorización de pruebas de diferentes delitos investigados en un solo proceso, se logra acreditar mejor la calidad moral del delincuente y su grado de responsabilidad criminal.

La acumulación de autos en lo criminal está sujeta a las disposiciones establecidas en los Arts. 99, 1505, 1798 y siguientes del C. Judicial, y en los artículos 23 y 27 de la Ley 104 de 1922.

En términos generales el citado Art. 1505 del C. Judicial regula la acumulación, estableciendo dos excepciones: cuando los delitos pertenecen a distintas jurisdicciones y cuando hay reos ausentes; pero cuando dos o más delitos son conexos y aparecen en un mismo sumario, el Art. 99 del C. Judicial y el artículo 23 de la Ley 104 de 1922, le dan atribución al Juez competente para conocer del delito más grave para que a la vez conozca de aquellos que pertenecen a jurisdicciones inferiores y falle definitivamente sobre todos ellos. Y en este sentido el carácter mismo del delincuente puede variar la jurisdicción acumulativa, porque el Juez que conoce de un delito de falsedad cometido por un particular, no es competente para conocer de la responsabilidad en que haya incurrido un empleado público por la comisión de este mismo delito. (Art. 27 de la Ley 104 de 1922).

Para que la acumulación se verifique es preciso además, como condición indispensable, que los negocios hayan llegado ya al estado de causa, pues la acumulación de sumario a causa o viceversa, es incompatible con la investigación; pero el funcionario que tenga conocimiento de que contra un mismo individuo o unos mismos individuos se adelantan varias diligencias, si a prevención conoció de alguna, debe reclamarlas, retardar las más avanzadas, hasta que las demás estén en estado de poderse seguir unas y otras «bajo una misma cuerda»; y si estando un negocio pendiente en segunda instancia o ya fallado en ambas, el reo fuere encausado por nuevo delito, los autos se devolverán al Juez de primera instancia para que siga el juicio y sentencie el reo a un mismo tiempo por ambos delitos. Si fueran dos o más los procesados se suspenderá la sentencia sólo contra el que ha perpetrado un nuevo delito, devolviendo a la vez los au-

(1) También se decreta en el caso del artículo 89 de la Ley 105 de 1890. (C. J.).

tos al Juez inferior para que se surtan los efectos antes indicados.

Desde el punto de vista de la penalidad del agente la acumulación de autos tiene para éste una trascendencia tan importante, que puede modificar no sólo el grado de la pena sino que puede llegar hasta abolirla o declararla donde no la hubiera habido si el negocio complejo se hubiera caificado bajo el resorte de otra jurisdicción. Y es que en virtud de este fenómeno de la acumulación, un Juez Superior puede llegar a conocer, con intervención del jurado—que tiene por norma exclusiva la conciencia—de un negocio que sin tal acumulación le hubiera sido vedado conocer.

Sobra decir que en la práctica oficial suscita la acumulación de autos, por el aspecto de la competencia que entaña, no pocas controversias, las más de las veces superficiales, antijurídicas y «chocantes» por el carácter de «triunfo personal» que algunos funcionarios ostentosos de lo que más les falta, lo dan a las decisiones del superior.

ACUMULACION DE PENAS: Considerando el legislador que la justicia de sus penas debe basarse no solamente en la calidad del delincuente, en el grado de voluntad con que violó la ley moral, sino también en el descuido que la sociedad misma puede tener al no castigar oportunamente a quien delinque, dándole así pábulo para nuevas arremetidas, y sobre todo basándose en motivos de utilidad pública que señala límites hasta la misma virtud, se ve precisado a aplicar al trasgresor de sus normas, sanciones que se contengan dentro de un justo campo, bien que éstas se apliquen por el desconocimiento de un solo derecho o por el desconocimiento de varios.

La cuestión más importante que desde el punto de vista de la acumulación de delitos se presenta es la de saber qué pena debe ser aplicada.

Deben pronunciarse en contra del delincuente tantas penas cuantos delitos ha cometido; o debe aplicarse sólo una pena porque ésta absorbe las demás; y en este caso, será la más severa, será una combinación más elevada que la pena más grave, o menos elevada que la suma total de las penas.

El problema que planteamos lo resuelven los diferentes Códigos de diversas maneras, sin que estas soluciones tengan la perfección de lo exactamente científico y racional, pues no siempre la severidad de los razonamientos trae la precisa solución de las cuestiones, sino que es preciso acudir también a la convención.

Si la justicia retributiva tiene aplicación en estos casos, el culpable de varios delitos debe ser castigado tantas veces cuantas ha violado la ley penal, y tenemos el principio de la «*acumulación material*». («*Quot delicta tota poena*»). Según otros, se debe aplicar la pena de mayor gravedad, porque en ésta se hallan comprendidas las penas mayores. Aparece entonces el principio de la «*absorción*» (*poena major absorvet minorem*). Un tercer principio más generalizado en las legislaciones modernas que los otros dos, proclama la formación de una sola pena to-

tal, ora aumentando la más grave de las que corresponden a los distintos delitos, ya rebajando la que resulte de la suma de todas las penas.

Los dos primeros principios han sido criticados y nó sin razones. La acumulación hace crecer la intensidad de cada una de las penas, fuera de su irritante aplicación y de su casi imposible cumplimiento, dados los diferentes regímenes de condena y la organización distinta de los establecimientos de castigo.

El sistema de la absorción tiene el inconveniente de no castigar al agente sino por el delito más grave, asegurándole una completa impunidad para los otros, lo que en realidad no deja de presentar un grave defecto para la sociedad, porque dá garantía a los criminales aguerridos o ya entrenados para cometer los delitos que a bien tengan antes de consumar el más grave; y marca a la vez una injusticia porque castiga con la misma pena al que comete un solo delito que al que realiza otros más o menos graves que el primero.

Unos y otros inconvenientes se evitan en gran parte, con el sistema denominado de la «*acumulación jurídica*», consistente en que el delincuente debe responder con penas cuya suma se mantenga dentro de señalados límites.

Mas no están de acuerdo tampoco los autores en la verdadera demostración de la racionalidad de la acumulación jurídica, y es preferible invocar el acuerdo convencional y principios de general conveniencia para demostrar lo acertado del sistema intermedio. que imprime al concurso de delitos la nota de una mera circunstancia agravante, pero estableciendo a la vez una apreciación aproximativa mediante la conversión del conjunto de las penas debidas al culpable de varios delitos.

El sistema se practica, bien tomando como base la pena del delito más grave que agravada por el Juez absorbe las demás penas menores, o ya tomando como punto de partida el sistema de la acumulación material pero limitándolo con principios particulares al arbitrio del Juzgador, que no hagan aplicar materialmente penas, sino que den un resumen proporcionado de la suma de todas.

La escuela positiva estima que todos estos tres sistemas son insuficientes y que el delincuente culpable de varios delitos, cuando pueda considerársele como un delincuente habitual debe ser tratado con el mismo rigor, sin distinguir entre la reincidencia y el cúmulo o reitcración de delitos, porque su temibilidad es la misma en ambos casos.

Sin embargo, creemos que aunque la temibilidad sea la misma, la pena para el delincuente ya advertido y castigado no debe ser idéntica a aquélla que se aplica al delincuente que no ha sido reprendido penalmente por sus delitos.

DERECHO PENAL COLOMBIANO. Nuestro Código Penal vigente consagra un sistema que podemos llamar de «*acumulación material restricta*», consistente en poder el fallador avanzar en las sumas de las penas merecidas por dos o más delitos, calificados en una misma sentencia, hasta el término de veinticinco años, que nunca puede aplicarse en un solo género de cas-

tigo por la comisión de un solo delito (Art. 57, 71 y 133 del C. P.

Una especie de absorción con agravación equivalente a las penas merecidas por otros delitos, consagra el artículo 133, que dice:

«El que por dos o más delitos incurra en dos o más penas distintas, de la clase de presidio, reclusión, prisión o arresto, sufrirá la pena mayor, aumentándosele el tiempo de la otra en la proporción siguiente:

«Dos años de presidio equivalen a tres de reclusión, a cuatro de prisión y a ocho de arresto.

«En estos casos el monto total de la pena impuesta puede exceder del máximo señalado para un delito»; es decir, la pena puede pasar de veinte años de presidio, pero en ningún caso la pena corporal podrá exceder de veinticinco años, sea que el reo la merezca por uno o por varios delitos, calificados en una misma sentencia.

La primera parte del artículo 71 del Código merece un comentario: «Cuando por un delito—dice—se hayan de imponer más de veinte años de presidio, el resto se sufrirá en reclusión . . .» Con la preexistencia del artículo 57 que dice que «la pena de presidio que se imponga por un delito no puede exceder de veinte años», la posterior expresión del legislador: «cuando por un delito se hayan de imponer más de veinte años de presidio» no tiene razón de existir y acusa contradicción en él. Y la contradicción no es aparente sino real, pues si nos atenemos a la letra de los artículos 785, 795 y 796, muchos serán los casos que en la práctica se presentan en que la suma total de pena, según la irreflexiva e ilimitada proporción de la Ley pase no sólo de veinte años de presidio, sino también de veinticinco, de cincuenta y de muchos más.

Piénsese en un cuantioso caudal sustraído de las arcas públicas—para mayor agravante y más factible suposición—, establézcase la proporción de pena indicada por el último artículo citado, y quedará demostrado que el legislador fué irreflexivo al no prever en este caso una limitación de pena, que el Juez, en virtud de la doctrina sentada por los artículos 57 y 71 tiene, en nuestro concepto, obligación de limitar no señalando más de veinticinco años de pena corporal, de los cuales veinte tendrán que ser de presidio y los otros cinco restantes de reclusión.

Los artículos 57, 59, 62 del Código y 5° de la Ley 34 de 1896, hacen las expresas declaraciones de que las penas de presidio, reclusión, prisión y arresto, no podrán exceder cuando se impongan por un solo delito, de veinticinco, quince, diez y cuatro años, respectivamente. «Salvo en el caso en que se sufra en sustitución de otras penas, el arresto no excederá de cuatro años»—decía el artículo 67 (del Código) antes de ser reformado, reforma que el legislador se vió obligado a hacer, lo mismo que la del Artículo 82, en el artículo 4° de la Ley 34 de 1896 para evitar la desmedida e irritante pena de arresto que una multa convertida en la proporción de «cuatro pesos por día»

podiera en ocasiones pesar sobre un culpable insolvente.

Como se puede observar no se adhiere el Código a ninguno de los sistemas anteriormente enunciados, sino que adopta uno que pudiéramos llamar, —usando la trillada expresión —«*suigeneris*», participante y término medio a la vez de los principios de la acumulación material y de la absorción, pero que no tiene exactamente los mismos caracteres que los autores le dan a la acumulación jurídica.

Habla también la Ley de la prelación que el cumplimiento de unas penas tiene respecto de otras (Art. 132); de la manera como se computa el aumento de penas a que dan lugar las reincidencias (Art. 142), regla que según dice el Dr. Concha «puede ser ingeniosa, pero carece de todo fundamento científico y racional, y produce monstruosas consecuencias en la práctica»; y en fin, habla el Código del modo de proceder cuando al reo por causa de aumento proveniente de reincidencias, hubiere de aplicársele por un delito una pena que exceda del máximo de presidio o reclusión señalado en la ley, Art. 147); disposiciones estas más de carácter convencional que científico, y sobre las cuales nada tenemos que decir, por ser materia exclusiva de la Penología, desproporcionada y mal mantenida en todo el curso de nuestra vigente legislación penal.

LO QUE DICEN LOS PROYECTOS: Tanto el Proyecto de Código del Dr. Concha como el de la Comisión Revisora, rehuyen consagrar como regla general, algunos de los sistemas que antes enunciamos y partiendo de la triple consideración: concurso formal, concurrencia de delitos y reincidencia, señalan para cada caso especial el sistema que se ha de adoptar por el Juezador:

«El que con un mismo hecho viole varias disposiciones de la ley penal queda sometido a la disposición que establece la sanción más grave» —dice el Proyecto de la Comisión Revisora; lo que en nada se diferencia del principio antes sentado por el Dr. Concha en el artículo 72 de su Proyecto:

«El que con un solo acto viole varias disposiciones de la ley penal será castigado con la pena más grave de las señaladas por esas varias disposiciones».

Mas al tratar la Comisión Revisora el delicado punto de la concurrencia real de delitos, sí varió substancialmente y quizás con mejor criterio científico penal, el sistema adoptado para este caso por el Dr. Concha, sustituyendo el artículo 62 y los nueve siguientes, de ese Proyecto, embrollados y de difícil aplicación práctica por la matemática que encierran, por este otro, más explícito y racional que aquéllos:

«Al responsable de varios delitos se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en la mitad».

«Además de esta pena, se aplica como accesoria, la relegación en una colonia agrícola por dos a ocho años, si los delitos cometidos fueren cuatro o más en un período no menor de diez años, y la naturaleza y modalidades de los hechos ejecutados, los motivos determinantes, las condiciones personales y el género de vida llevado demuestran en el agente una persistente

tendencia al delito».

Por el contexto de los artículos transcritos, uno y otro Proyecto, consagran para el concurso formal, el sistema de la absorción, y para el concurso de delitos el sistema de la acumulación jurídica, aumentada o ascendente. Sin duda para el último concurso es más conveniente para los intereses sociales y para los del delincuente a quien se le brinda, por así decir, después del castigo celular a que se le somete, propicia ocasión de reformarse y de labrarse un estado de vida mejor que la pasada, la pena accesoria de relegación en una colonia agrícola, nuevo sistema penal que en horabuena ha venido a reemplazar en parte nuestras, por todos los aspectos, detestables «penitenciarias».

Quiso también la Comisión al adoptar este artículo dejar que el Juez, dentro de los límites legales, impusiera una sanción de tal naturaleza que resultara proporcionada a las circunstancias materiales que deben tomarse en cuenta al fallar, nueva y magnífica tendencia de las legislaciones modernas, conocida con el nombre de «individualización de la pena».

«Conviene tener en cuenta— dice la Comisión Revisora — que esta disposición (la citada) se refiere a aquellos delitos que cometidos en una misma época o en épocas diversas, no han sido juzgados, porque si lo hubieren sido y se hubiere cumplido la condena, entonces no habrá reiteración de delitos, sino reincidencia», tratada esta de mejor manera especial en el respectivo aparte que la Comisión le destinó, pero que nosotros nos abstenemos de comentar por no entrar en el dominio de temas ajenos al que nos ocupa.

La Misión Penal Italiana resumió en un solo capítulo el concurso de delitos y la reincidencia, resolviendo las dos modalidades del primer fenómeno jurídico en los siguientes artículos, calcados de la Comisión Revisora, pero expuestos en forma más grave y precisa, aunque en nuestro concepto, no es muy acertada la reserva que hizo para el solo caso de reincidencia, de la pena accesoria de la relegación en una colonia agrícola. Habla así la Misión:

«Artículo 28. — El que con un mismo hecho viole varias disposiciones de la ley penal queda sometido a la disposición que establece la pena más grave, considerándose las otras violaciones como circunstancias agravantes, aunque no se encuentren como tales enumeradas en la ley....».

Teniendo en cuenta los principios de justicia y de equidad, la Misión reformó de esta manera el correspondiente artículo sentado por la Comisión Revisora pues la multiplicada violación de la ley no se puede castigar lo mismo que una violación sencilla.

Artículo 30. — Al responsable de varios delitos cometidos por actos distintos y sentenciados por ellos en un solo fallo, se le aplican todas las penas establecidas para tales delitos, que sean privativas de la libertad personal, disminuyendo de una sexta a una tercera parte la pena total que así corresponda».

«Si las penas son de diversa naturaleza, se aplicará la más

grave convirtiendo en ésta las otras conforme a la regla siguiente: cada tres días de prisión equivalen a uno de reclusión, cada seis días de arresto a uno de reclusión, y cada tres días de arresto a uno de prisión».

Hoy ya hay razones para creer que nuestra legislación penal vigente, anacrónica y desordenada, está en sus postimerías, próxima a ser reemplazada por instituciones más científicas y modernas, más en consonancia con el desenvolvimiento social y político en que ha entrado la Nación.

FIN

Medellín, Septiembre de 1927.

Monografía presentada por el alumno del Tercer Año de la Escuela de Derecho de la Universidad de Antioquia,

Hernán Montoya

Escuela de Derecho

Nuevo pensum

PRIMER AÑO

Filosofía del Derecho
Derecho Constitucional
Derecho Romano, curso primero
Derecho Civil, curso primero
Sociología (primer semestre)
Historia del Derecho Colombiano (segundo semestre)

SEGUNDO AÑO

Derecho Romano, curso segundo