

Registrado como artículo  
de 2a. clase en el Minis-  
terio de Correos y Telégra-  
fos el 7 de julio de 1939.  
— Licencia número 619. —

# ESTUDIOS DE DERECHO

ORGANO DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA.

## numero 7

MEDELLIN.—COLOMBIA.—JULIO DE 1941

APARTADO POSTAL Nro. 155

Imp. Universidad.—Medellin

# Estudios de Derecho

PUBLICACION TRIMESTRAL

## DIRECTORES:

RICARDO URIBE ESCOBAR  
Rector de la Universidad

LAZARO TOBON  
Decano de la Facultad

F. Luis Bustamante B.  
Secretario de la Facultad

## COMITE:

5o. AÑO } Edgar Poe Restrepo  
          } Javier Toro M.

4o. AÑO } Jaime Isaza C.  
          } Libardo Lozano G.

3o. AÑO } Mario Velásquez S.  
          } José D. Mesa

2o. AÑO } Jorge Cano R.  
          } Ventura Lemos

1o. AÑO } Hernando Agudelo V

## ADMINISTRADOR:

F. Luis Bustamante B.  
Bibliotecario de la Facultad

## MENSAJE DEL SEÑOR DECANO

A LOS PROFESORES Y ALUMNOS DE LA FACULTAD DE  
DERECHO

Quiero seguir el precedente sentado por el Dr. Carlos E. Restrepo como Rector de la Universidad de Antioquia, cuando se abrió nuevamente dicho plantel en 1901, cerrado con motivo de la última guerra civil, y exponer algunas ideas que juzgo útiles para la marcha acertada de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Me he hecho cargo del puesto de Decano después de muchas vacilaciones producidas por el temor a la responsabilidad de dirigir una juventud, movido por la benevolencia con que siempre he sido mirado por profesores y alumnos, y porque creo que todos ellos contribuirán con gran empeño y buena voluntad a la obra que tenemos por delante, que es sostener una labor de cultura que Antioquia ha tenido siempre como una de sus grandes empresas.

Es mucho lo que anhelamos para realizar una cultura jurídica que no sea inferior a la que han realizado otros países, y ese anhelo tiene que ser un estímulo permanente para nuestra labor, pero sin perder la noción del medio, porque la voluntad sola no es suficiente si fallan los elementos adecuados. Vivimos en un país donde hay todavía muchas necesidades para satisfacer y son muy escasos los recursos de que disponemos, pero esta circunstancia no puede ser motivo de desmayo, sobre todo si miramos atrás y vemos las circunstancias en que tuvieron que estudiar muchas personas que luego sobresalieron como si hubieran estudiado en una universidad magníficamente dotada. El hospital que en otro tiempo sirvió para estu-

dios de medicina era muy deficiente y yo alcancé a conocer en una de nuestras facultades el caso de que los alumnos de los últimos años tuvieran que servir de profesores a los de los primeros. Si entonces se hubiera dicho que era preferible no tener nada a tener algo deficiente, no podríamos exhibir el aporte de Antioquia a la cultura nacional de que ahora podemos enorgullecernos.

La tarea de sostener el prestigio de nuestra facultad no puede realizarla el Decano solo; si a él corresponde una parte ingente también es grande la que toca a profesores y alumnos, y todos debemos acometer su realización con firmeza y convencidos del buen éxito final, llevando el propósito de remover dificultades en lugar de crearlas, especialmente aquellas que puedan destruir el compañerismo que nos es tan indispensable y que hace aparecer sólidas hasta empresas sin consistencia.

Los que hace muchos años asistimos a estas aulas en condiciones de estudiantes podemos comparar mejor aquellos tiempos con el presente, y reconocemos que hay en la actualidad más facilidades para el estudio. Si antes salieron de nuestro instituto profesionales que le dan esplendor, no existe motivo para que hoy no suceda lo mismo.

A los profesores de atrás los miramos con una veneración muy merecida, pero debemos darnos cuenta de que los vemos después de su obra científica hecha en el profesorado y no en el momento que empezaron. Las circunstancias de entonces eran distintas, la cultura estaba menos avanzada, y, sin embargo, de ellos son discípulos los que han hecho que ésta progrese. Recuerdo estas circunstancias para que se vea cuanto puede influir el mismo estudiante en su formación con las investigaciones personales y con el auxilio de las bibliotecas, y que esos dos factores pueden suplir cualquiera otra deficiencia. En la circular del doctor Restrepo ya citada hay un concepto que aunque relativo a la cultura social, no está mal en este punto: "Pero como la cultura no es obra de un solo individuo, ni resulta de determinadas horas de estudio, sino que ella se forma en un medio ambiente favorable, es preciso que todos nos esforcemos en crear ese medio".

El desarrollo del espíritu de investigación tiene mucha importancia porque el estudio no concluye al terminar los cursos que se hacen en la facultad; fuera de ella no existe la guía del profesor y cada uno tiene que obrar por propia iniciativa; en la instrucción hay también una mayor edad porque el individuo no puede ser enseña-

do toda su vida y tiene que aprender a conducirse. Por otra parte, el profesor tendrá un estímulo con estudiantes que no se limitan a aprender lo que él les dice, sino que confrontan sus tesis con las de otros profesores emitidas en las obras científicas, y le obligarán también a vivir una vida de estudio para no aparecer retrasado.

Con lo anterior sobra decir que el estudio es tarea de todos los días del año escolar, porque sin él las explicaciones del profesor resultan estériles. Es mi concepto que el sistema de exámenes de los últimos tiempos, con treguas, ha traído el inconveniente de permitir la preparación de última hora y por eso se descuida hacerla en el curso del año. No es que yo reaccione contra aquella costumbre ya arraigada, pero sí hago notar el inconveniente para que los estudiantes tengan el cuidado de no ser sus víctimas.

Que un profesor tenga estas o aquellas ideas, distintas de las que sostiene otros, no puede ser una razón para considerarlo bueno o malo; él tiene su fuero que debe ser respetado así como un alumno no puede ser reprobado porque no llegue a las mismas conclusiones del profesor o del autor del libro escogido como texto, desde que las que él saque tengan consistencia técnica. La Facultad, por otra parte, no es responsable de las ideas que lleguen a sostener los alumnos porque el profesor no es el único que los orienta, y porque como son personas de criterio formado no puede cerrarles puertas para la investigación que ellos consideren conveniente abrir.

Advierto un magnífico espíritu para aceptar una disciplina, y he de aprovecharlo para sentar normas de organización que hagan de nuestro instituto un cuerpo animado por el afán de hacerlo aparecer grande y digno del respeto que siempre se le ha tenido. Es necesario que se mueva por el impulso de una convicción, o de una mística como se dice hoy, que nos lleve a prescindir de actitudes que perjudiquen su integridad o mermen su prestigio, sin que esto signifique que se ahoguen todas las aspiraciones al mejoramiento. Estas encontrarán acogida, y si no pueden realizarse es por circunstancias ajenas a la voluntad del personal directivo.

Para el sostenimiento de esa disciplina me parece que nunca necesitaré acudir a la imposición de sanciones reglamentarias, y que para evitar un mal proceder será suficiente advertir su maldad. Los estudiantes universitarios están ya próximos a incorporarse en la vida activa de la sociedad y a tomar parte en la administración pública, y su conducta en el establecimiento debe ser la misma que tendrán cuando dejen el claustro. Necesitan convencerse de que toda

organización requiere una disciplina y que debe aceptarse en cuanto no vaya contra los derechos de las personas sino que sirva para hacerlos efectivos. Actualmente los regímenes democráticos están en crisis por el debilitamiento en que apareció Francia ante la fortaleza que mostró Alemania creada por una convicción o mística, pero en ellos es posible establecer también una disciplina sin alejarse de los fines perseguidos. Libertad no es desorganización.

Espero que no encontrará resistencia ninguna medida que se adopte porque los estudiantes deben tener la seguridad de que con ella busco su bien y de que no tengo interés en hacerles daño. Si al llevarla a la práctica advierto mi desacierto la suspenderé sin ningún resquemor, porque nunca he creído que la autoridad sufra menuda con advertir los errores que uno mismo haya cometido.

También debo encarecer la importancia de los buenos modales, y en general de la buena educación porque el medio mejor para arreglar los problemas que presentan las relaciones sociales está en la delicadeza con que se traten, pues generalmente se hacen casi insolubles cuando con una actitud brusca de un lado se crea la obsesión del otro. Esos buenos modales fueron siempre la señal distintiva de la persona de cultura universitaria, y así habrá de ser en lo futuro, por lo que decía el doctor Restrepo en la circular citada: "Si esta cultura no es la moral misma, si es corto y ancho camino para conseguirla, así como las malas maneras abren fácil acceso a las pasiones". Mi aspiración en esta materia es que el modo de conducirse tanto en lo moral como en lo material sea lo que dé fisonomía a los alumnos de esta Facultad y que el respeto que ellos tengan por el instituto obligue a los extraños a respetarlo también.

Me parece que tanto la disciplina como la buena educación imponen la exactitud, en cuanto sea posible, en el cumplimiento de los deberes. Como vicio latino se ha tenido el incumplimiento en las citas, y los abogados sabemos que la vida organizada es el modo mejor de aprovechar el tiempo. Por eso me permito encarecer a profesores y alumnos que sean muy puntuales para asistir a las clases.

Repito que considero que el buen ambiente que tengo entre los alumnos es por la estimación que siempre les he tenido, mi benevolencia para juzgar sus actos y la franqueza con que les he mostrado los defectos para que los corrijan. Así quiero seguir en mi propósito de servirles.

## 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 logré 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 difieran 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 ardides 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 aparente 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 serle 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 30. 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 bigamo, 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 1.º 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 introducir las 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 delinquentes 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 delinquentes, 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 dízque 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 ayudarlo, 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 disminuir "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.

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

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

“La primera categoría comprende aquellos delinquentes 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 constituida 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 delinquentes 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 luego 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 si 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 sí 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. Distinguirla, apreciarla 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 vencible, 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 atracadores, 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 huida 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 \$ 233,25. 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, auxiliadores 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 queda 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 que 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 gravoso. 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 que 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 concurran 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 reúnen 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 búsela 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)

# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN

Vamos a resumir las principales decisiones jurisprudenciales tomadas por el honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial. Pensamos que un compendio como el que ofrecemos podrá servir a jueces y abogados del Departamento como orientación práctica en los problemas de mayor ocurrencia cotidiana. Si antiguamente, la escuela clásica negó su valor a la jurisprudencia, alegándose que el Juez no era más que una máquina repetidora de la ley, porque todo estaba previsto y delimitado por el código; la llamada escuela científica ha dicho, en cambio, que una de las fuentes formales del derecho es la jurisprudencia. Ella está llamada a vivificar, actualizar los códigos. En la aplicación de la ley corresponde al Juez tres nobles funciones: individualizar la norma abstracta, es decir, la aplicación de las reglas de derecho a cada caso particular; interpretar el contenido virtual de la ley; y crear la norma cuando quiera que los códigos no hayan previsto concretamente el caso o no se ponga de presente la costumbre, que es otra fuente formal del Derecho, tan sagrada y atendible como la ley.

Relievada muy de paso la noble función de la jurisprudencia, considerada por algunos como la fuente más importante del Derecho, entramos a compendiar las conclusiones adoptadas en los fallos de nuestro Tribunal. Con el definido propósito de prestar un mejor servicio, trataremos de señalar sus concordancias ya con la jurisprudencia de la Corte, ya con la doctrina de los autores colombianos o extranjeros.

Indicaremos también el autor de la respectiva ponencia para poner de presente el criterio particular de cada sala.

## I. REGULACION DE LOS PERJUICIOS SOBREVENIDOS POR LA MUERTE DE UNA PERSONA

Innovación de notable repercusión es la tesis del Tribunal antioqueño sobre la manera como han de calcularse los perjuicios materiales derivados de la muerte de una persona. La Corte ha sentado bases que en nuestro concepto no son aceptables y estimamos más lógica, racional y científica, la fórmula adoptada por el Tribunal seccional.

Sostiene la Corte, con lo cual está de acuerdo el Tribunal, que los perjuicios económicos por la muerte de una persona se concretan al monto de la ayuda económica que el extinto habría prestado al demandante. En un caso concreto sometido a la consideración de la Corte se demostró que el occiso devengaba un sueldo mensual de \$ 70.00, sus gastos personales se estimaron únicamente en veinte pesos. Con los cincuenta pesos restantes atendía a la subsistencia del demandante y como la vida probable del accidentado se fijó en ocho años, la Corte señaló por concepto de perjuicios la suma de \$ 4.800.00 resultante de multiplicar cincuenta pesos por noventa y seis meses (Gaceta Judicial No. 1926, página 355).

Dice el Tribunal que es imposible determinar con precisión matemática hechos futuros y contingentes, como son el tiempo que habría vivido la víctima y el lapso de supervivencia de los reclamantes, es decir, el período durante el cual la víctima atendería a la subsistencia de los demandantes. En tal evento, precisase echar mano de las tablas de vida probable, lo cual tiene antecedentes así doctrinales como en la jurisprudencia.

El Tribunal rechaza el sistema de los peritos de fijar como vida probable de una persona, los años que le faltaban para llegar al promedio de la vida humana, promedio fijado alrededor de 65 años. De aceptarse tal práctica, se seguiría que quien tiene sesenta y cuatro años, sólo tiene una probabilidad de supervivencia de un año, lo cual no es científico. El sistema razonable es la adopción de las tablas establecidas por las compañías de seguros sobre bases estadísticas, de acuerdo con las cuales para cada edad hay una supervivencia probable determinada.

En el caso particular analizado por el Tribunal, la señora Maria Usma, muerta a causa del accidente, contaba a la sazón 35 años. La vida probable para una persona sana, de esa edad, según tales

tablas de mortalidad es de 28 años y 89 centésimos de año. En cambio, dentro del sistema de la vida media, sería de 30.

Una acotación muy interesante del Tribunal refiérese a que si la supervivencia probable del reclamante es menor que la de la víctima, sólo durante el primer término habrá lugar a computar esos perjuicios.

Apunta el Tribunal que al decretarse el resarcimiento, lo más lógico no es la fijación de una renta en favor de los actores, de una cantidad mensual igual a la que dejaron de obtener debido a la muerte del padre, madre y durante todo el tiempo de vida probable, sino reconocer una cantidad global que equivalga a esa renta durante el periodo correspondiente con deducción de intereses.

Así el Tribunal optó por desechar el sistema referido de fijar la cantidad global que habrá de pagarse, multiplicando el promedio de perjuicios mensuales por el número de meses de vida probable. Como quiera que esa cantidad total se entrega desde un principio anticipadamente, es de razón que se deduzcan los intereses correspondientes, ya que la renta, de no haber sobrevenido el daño, sólo estaba destinada a entrar periódica y sucesivamente.

Repárese en que la responsabilidad se reduce a indemnizar los perjuicios causados, pero en ningún caso esa indemnización puede ser motivo de utilidad económica para los reclamantes. Estos obtendrían un fuerte provecho pecuniario si en lugar de cubrirseles cada mes durante veintinueve años, por ejemplo, lo que dejaron de percibir debido a la muerte del padre, madre, consiguieran que se les anticipasen y de una sola vez esas rentas mensuales.

De aquí que el demandado deba pagar como indemnización una cantidad tal, que depositada en un Banco juntamente con los intereses que fuere devengando durante los años de vida probable de la víctima, alcanzase a cubrir a los damnificados la renta mensual durante el término de dicha supervivencia. Para la liquidación en la forma dicha, existen fórmulas matemáticas y cuadros que la facilitan.

En el formulario del ingeniero Garruffa, se encuentra la fórmula siguiente:  $C$ , valor actual que ha de imponerse para obtener una anualidad o renta  $a$ , durante  $n$  años, al tanto por ciento anual:  $r$ :

$$C = a \frac{(1+r)^n - 1}{r(1+r)^n}$$

Para mostrar la importancia de la Jurisprudencia del Tribunal, la sentencia misma trae un ejemplo: Un padre de familia, de treinta

años de edad, sano, que ganaba \$ 150.00 mensuales, de los cuales gastaba pesos treinta en asuntos personales y con lo demás atendía al sostenimiento de su mujer y sus dos hijos, muere por razón de un accidente ferroviario. Su vida probable sería de 32 años. De acuerdo con el sistema hasta entonces operante, se multiplicarían \$ 120.00 por 12 meses, para encontrar el sueldo anual, \$ 1.440.00. Multiplicando ese sueldo por los 32 años de supervivencia, tendríamos \$ 46.080.00 como monto de la indemnización.

De acuerdo con el nuevo sistema de deducir los intereses de las cuotas anticipadas, se hará el siguiente razonamiento: Cantidad que debe depositarse para obtener un peso cada año durante 32 años, \$ 14 con 57 milésimos, pero como en lugar de un peso la renta anual era de \$ 1.440.00, si se multiplica por esta cantidad, tendremos una suma de \$ 20.242.00, como indemnización. Como puede verse, según el viejo sistema se obligaría al demandante a pagar una cantidad de \$ 25.848.00 más de lo debido (sentencia de 10 de abril de 1940. Juicio de Victor Vélez contra el Municipio de Medellín. Ponencia del magistrado doctor Germán Orozco Ochoa).

## II. A QUIEN CORRESPONDE LA INDEMNIZACION

Siempre fue un escollo en la jurisprudencia el estudio de la destinación de la indemnización. No está suficientemente esclarecido si la indemnización que recibe un cónyuge por un daño corporal, por merma de su capacidad física, entra a la sociedad conyugal o pertenecerá exclusivamente al cónyuge lesionado. Igualmente discútese cómo se regula la indemnización entre locatarios y dueños.

Contribuye a ilustrar esta cuestión el problema estudiado por el Tribunal sobre si los demandantes deben demandar en nombre propio, o en el de la sociedad conyugal ilíquida o la sucesión ilíquida, entidades surgidas a la vida del derecho por desaparecimiento de la víctima.

La señora Rosina Acebedo y su hijo Horacio Ramírez demandaron al municipio de Medellín, por los perjuicios derivados de la muerte de su esposo y padre, respectivamente, Miguel Ramírez, ocasionada por una caída en un hidrante situado en la acera de una de las calles de Medellín, caja o hidrante que el Municipio estaba obligado a tener convenientemente tapado. La señora Acebedo como Ramírez demandaron a nombre propio, y uno de la sociedad conyugal ilíquida. El Municipio alegó, entre otras cosas, que debió pedir-

se para la sociedad matrimonial. El Tribunal dice así: "Se plantea aquí la cuestión jurídica relativa a si la indemnización de perjuicios causados por la muerte de una persona, se radica en ella misma y pasa como herencia a sus sucesores, debiendo éstos demandar **ex heredo**, a nombre de la sucesión del causante, o si ella corresponde directamente a los parientes, debiendo éstos accionar en nombre propio, por los perjuicios recibidos a causa de la muerte del accidentado. Y es de trascendencia este problema, por el aspecto de personería sustantiva, y también porque puede ser muy distinta la indemnización en uno u otro caso. Si la acción es **ex heredo**, se atendería a todo lo que hubiese podido adquirir la víctima, durante su vida probable; y cuando es acción directa, se tienen en cuenta los perjuicios que hayan sufrido los actores por la cesación de suministros y atenciones que el finado les proporcionaría.

No obstante la inmensa literatura jurídica que hay sobre la responsabilidad por culpa, tanto los autores franceses como los nuestros y la jurisprudencia, han sido demasiado parcós en explicar esta cuestión trascendental, y sólo se encuentran breves anotaciones al respecto.

Los hermanos Mazeaud, la primera autoridad en estas materias, se inclinan por la acción **ex heredo**. Dice así en su obra Responsabilidad Civil, tomo 2o., páginas 842 y siguientes: "El perjuicio es sufrido necesariamente por la víctima antes de su muerte. Por rápida que ésta sea, forzosamente ha transcurrido entre ella y el accidente, al menos un instante de razón. Obligatoriamente el accidente ha precedido a la muerte. En este instante, por breve que sea, en el cual la víctima ya lesionada no ha muerto, en este instante en el cual su patrimonio existe aún, nació el crédito de indemnización: los herederos lo encuentran, pues, en su sucesión".

"Y aun cuando el perjuicio no fuera anterior a la muerte, al menos lo sería concomitante, pues se confunde con ella. La víctima no sufre después de su defunción, sufre por la muerte misma. El crédito no nace sobre la cabeza del muerto; nace sobre la cabeza de un vivo, porque muere. La víctima muere de su crédito, lo que no significa que haya muerto antes de ser acreedora, sino que murió porque se hacía acreedora. Los herederos no demandan, pues, la reparación de un perjuicio sufrido por un muerto, sino lo que es bien diferente, la reparación del perjuicio sufrido por un vivo que muere. Su acción es transmitida".

Planiol y Ripert, Josserand en sus conocidas obras, y Jean Loup

en su Tratado sobre Accidentes de Automóviles, son de opinión distinta y consideran que la acción ha de establecerse en nombre propio por los lesionados con la muerte de las víctimas.

Dice Jossierand, tomo 2o. página 248: "En cuanto a la personalidad del demandante es necesario distinguir, según que la acción se ejercite por la víctima, **directamente**, o cuando es intentada en su nombre:

a). ACCION DIRECTA.—El demandante ejercita acción por un perjuicio que ha sufrido personalmente. Son los herederos de la víctima, por ejemplo, de un peatón golpeado y muerto por un automóvil, suponiendo que comprueben un perjuicio **personal**, material o moral; son también el cónyuge sobreviviente y los parientes, legítimos o naturales, y los afines, abstracción hecha de toda vocación hereditaria; y

b). ACCION EJERCIDA EN NOMBRE DE LA VICTIMA.—Los herederos pueden obrar en **nombre de su causante**, pero solamente en el caso de que la acción se haya fijado en cabeza de éste, es decir, únicamente cuando la muerte no ha sido instantánea y sólo en razón de las **heridas recibidas**, no en virtud del hecho de la muerte. En este último caso, la acción **directa**, basada en un perjuicio personalmente sufrido, sería su único recurso".

Jean Loup, página 245, dice: "Cuando un accidente ha causado la muerte a una persona, el que ha sufrido un perjuicio material o moral a consecuencia de la muerte de la víctima, puede demandar la reparación. Poco importa que sea o no heredero del difunto; que éste, llegado el caso, hubiese sido obligado o no a suministrarle alimentos. Su derecho a la indemnización se apoya, no en su calidad de heredero, sino en el perjuicio que ha podido experimentar directa y personalmente".

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha aceptado numerosas acciones establecidas en nombre propio por los parientes de la víctima.

El Tribunal está de acuerdo con los conceptos de nuestra H. Corte, Jossierand, Planíol y Lalou, porque tratándose de indemnizar los perjuicios causados por la muerte de una persona, ellos no pueden radicarse en la misma víctima, toda vez que naciendo de la defunción el derecho, éste es posterior a aquélla, aunque sólo sea lógicamente, con la posterioridad que tiene el efecto respecto de la causa. De consiguiente, la víctima no pudo ser sujeto activo de ese derecho, pues cuando éste nació, aquella ya no era persona sino cadáver. No es como dicen los hermanos Mazeaud que la víctima muere a cau-

sa del crédito, sino al revés la acreencia existe a causa de la muerte de la víctima y a favor de parientes que hayan sufrido los perjuicios.

Siguiendo la teoría de los Mazeaud, los padres no podrían reclamar indemnización por la muerte de un hijo debida a culpa de un tercero; porque como aquélla se fijaría por lo que el hijo hubiese adquirido durante su vida probable, es decir, por el capital conseguido hasta su muerte natural, siendo su vida probable mayor que la de sus padres, éstos no podrían heredar. Más claro: no es razonable reconocer a los padres derecho a una indemnización, por la muerte del hijo, considerando que lo iban a heredar en las utilidades obtenidas hasta su muerte natural, cuando es lo normal que para esa época ya hubiesen finado los padres, y de consiguiente no podrían heredar.

De suerte que, cuando a consecuencia de heridas recibidas en un siniestro, muere una persona algún tiempo después, lo jurídico es que en ella se radique el derecho a la indemnización que corresponda al tiempo que estuvo incapacitada para trabajar, y por los gastos del médico, drogas, etc., ocurridos hasta su muerte; pero una vez finado, ya no será sujeto de derecho para la indemnización procedente de la misma muerte, y tal indemnización corresponderá entonces, directamente, a sus parientes, por los perjuicios sufridos.

Por consiguiente, los actores carecen de personería sustantiva para reclamar en nombre propio los gastos médicos, drogas, entierro y por los pocos días en que estuvo incapacitado para trabajar el extinto, pues tal derecho debieron ejercitarlo en favor de la motuoria; pero tienen personería para la acción que ejercitan **directamente**, por los perjuicios que sufrieron a consecuencia de la defunción de su prenombrado esposo y padre. Es de advertirse que ambas acciones pueden intentarse en una misma demanda (sentencia de 25 de marzo de 1941, magistrado ponente doctor Germán Orozco Ochoa).

### III. EL TESTIGO NO PUEDE LLEVAR ESCRITA SU DECLARACION. PRINCIPIO DE LA ORALIDAD DEL TESTIMONIO. LAS FORMAS PROBATORIAS SON DE DERECHO PUBLICO ABSOLUTO

El demandante había obtenido que los testigos hicieran una relación de los hechos controvertidos en carta privada. En el curso del juicio, ese demandante pidió que los testigos se ratificaran en el con-

tenido de esas manifestaciones extrajudiciales escritas. El Tribunal sentó que tales testimonios no tenían valor alguno.

El testimonio es prueba esencialmente oral. El principio de l'oralité del testimonio es universal, y data desde el antiguo derecho romano.

Al testigo no le es dado llevar escrita su relación, que a esto equivale el que una persona se ratifique en las declaraciones que haya consignado en una carta u otro documento. La ley habla de que el testimonio sea responsivo, exacto y completo; de que las preguntas se formulan de un modo conciso respecto de cada hecho; de que las respuestas se escriben tal como las dicte el testigo capaz de hacerlo; y de no, que las redacte el funcionario que recibe la declaración luégo de conferenciar con el testigo y cerciorarse de qué es lo que éste sabe y quiere decir. Habla igualmente la ley de que el testigo debe explicar cada respuesta con suficiente conocimiento de hechos.

Los autores que tratan del testimonio, hablan de tres sistemas de interrogación: el sistema responsivo en que el testigo responde a un cuestionario o interrogatorio, sistema peligroso por el gran poder de sugestión que puede desarrollar el funcionario sobre el testigo; el sistema expositivo, en que el testigo expone sin necesidad de interrogatorio, igualmente criticado porque determina generalmente una relación incompleta; y un tercer sistema mixto seguido por nuestro código en que el juez ayuda al testigo a hilar, coordinar su declaración, tratando de hacerla más completa y explicada.

Pero ningún autor habla de que el testigo pueda escribir previamente la relación de los hechos a su manera y que luégo la vacie en su declaración judicial. Este sistema es contrario completamente a la prueba testimonial, cuyo carácter oral es esencial.

Hablando Gorphe de lo que él llama los medios diagnóstico testimonial, dice que la ley pone al testigo y el juez frente a frente, conforme al principio de l'oralité del testimonio, admitida en la mayor parte de las legislaciones. La ley ha pensado que el encuentro cara a cara del juez y del testigo hace saltar la verdad. Cuando su boca hable, sus gestos hablarán, decía Ayrault. El Juez podrá así darse cuenta de la calma o turbación del testigo, de su acento de sinceridad o de poca convicción, de la seguridad o hesitación de sus afirmaciones.

De aquí que este autor vaya hasta criticar las declaraciones recibidas ante juez comisionado, lo cual está prohibido en las legislaciones germánicas, en Inglaterra y Estados Unidos; declaraciones

éstas que él califica de procedimientos escritos y como velo echado sobre la fisonomía de los testimonios, que borra su acento, sus gestos, su emoción y que no es más que una sombra (Gorphe. Critique de Témoignage, página 85 y siguientes).

El Juez que desee cerciorarse de la veracidad, fidelidad y sinceridad del testimonio, como es su deber, tiene en sus manos esa valiosa arma del interrogatorio. El testigo que opte por mentir deberá ser muy listo para no incurrir en las contradicciones a que le obligará un interrogatorio bien dirigido, fuera de que el juez podrá entonces darse cuenta de la espontaneidad.

Tales ventajas o condiciones desaparecerían si el testigo pudiera llevar su testimonio escrito, y para el caso es absolutamente igual que ese escrito figure ya en los autos.

Podría replicarse que igual cosa pasa con las declaraciones rendidas ante juez fuera del juicio, mas debe repararse que el juez que recibe una relación testifical fuera del juicio está en la obligación de examinar directamente al testigo, a fin de darse cuenta de la sinceridad, fidelidad y originalidad del testimonio.

Las formalidades son más necesarias de lo que regularmente se cree. Se estima que la pretermisión de las formas acarrea más injusticias que su fiel observancia. Si esto se dice de las formas procesales, qué no decir de las formas probatorias, como quiera que éstas pertenecen al Derecho Público absoluto, para distinguir las de las formas procesales, las cuales en determinadas circunstancias pueden omitirse, renunciarse, allanarse o ratificarse. En cambio las formas probatorias, a decir de los doctrinantes, no pueden ser allanadas ni ratificadas y su defecto debe ser declarado aún de oficio.

La prueba del testimonio es objeto particular de una ciencia (la ciencia del testimonio. Gorphe, Stern, Binet). Los doctrinantes encuentran que el testigo falso, aquél que falta a la verdad con malicia, no es peligroso comoquiera que es poco común. Es el testigo ordinario el que mayores probabilidades de error acarrea, debido ya a las circunstancias particulares de la percepción; ya de los hechos en sí mismos; ya de su memoria, la cual es llevada de modo inconsciente a suplir los vacíos y lagunas que encuentre en su relación, ya de las pasiones y tendencias naturales del hombre que inconscientemente lo llevan a relieves ciertos hechos y desvanecer otros. De esta manera la recepción es objeto particular de especiales consideraciones por los tratadistas, estableciéndose que el interrogatorio y la forma verbal son el mejor medio de establecer la veracidad del tes-

timonio, el más económico, expedito y eficaz. Si ciertamente los nuevos doctrinantes rechazan la tesis predominante en algún tiempo de la endeblez de la prueba testimonial, de su absoluta condenación (ya decía el evangelio: *omnis homo mendax*, todo hombre miente), se acepta la bondad de esta prueba siempre que se dé en condiciones que la crítica se ha encargado de fijar, no despreciándose otros factores o medios de control que resultan impracticables en nuestro medio judicial (sentencia de 14 de abril de 1941. Ponencia del Magistrado doctor Fidel Rodríguez).

#### IV. LA INICIATIVA DE LAS PRUEBAS CORRESPONDE A LAS PARTES PORQUE ELLAS CONOCEN MEJOR QUE NADIE LOS MEDIOS POR LOS CUALES PUEDEN DEMOSTRAR EL FUNDAMENTO DE SUS ACCIONES. SIN EMBARGO, EL JUEZ TIENE UNA LIMITADA AUTONOMIA EN CUANTO A LA ADUCCION DE LAS PRUEBAS Y SU PERFECCIONAMIENTO

El Tribunal acoge en este particular la doctrina del doctor Luis Alzate Noreña. Dice el Tribunal: "Como principio general, a las partes corresponde la iniciativa de la prueba. Ellas conocen mejor que el juez los medios idóneos de que disponen para ejercitar sus derechos. Pero esta regla no es inflexible. Algunos códigos permiten la iniciativa del juez en materia probatoria, y en cuanto al nuestro, es dado al magistrado hacer a los testigos todas las advertencias conducentes a poner en claro la confianza que merezcan, y la manera precisa o distinta como han sabido los hechos que afirman, o de que tienen noticia, con el fin de que el testimonio sea responsivo, exacto y completo: debe apremiar a quienes no quieran contestar o den respuestas ambiguas o evasivas, puede llamar al testigo para que aclare cualquier pasaje dudoso y oscuro de su declaración; y puede, de oficio declarar las tachas comprobadas. Puede nombrar peritos cuando las partes no lo hagan, puede compelerlos con apremio para que rindan su dictamen. Puede pedir de oficio que los peritos expliquen, amplien o rindan con mayor claridad su exposición, si fuere oscura o deficiente: puede decretar en caso del artículo 721, un nuevo avalúo por medio de peritos que él designe. También tiene la facultad de nombrar intérpretes. Puede ordenar de oficio la práctica de inspecciones oculares. En el acto de la diligencia de inspección anotará cuidadosamente las cosas y hechos examinados, y las obser-

vaciones conducentes que él, los peritos o los testigos hagan y también puede hacer cualquier investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos y ampliar de oficio o a petición de parte, los puntos sobre que deban dictamen los peritos.

Puede el juez exigir de oficio los libros de comercio (artículo 57) y puede también de oficio decretar la exhibición de las cartas que tengan relación con el asunto litigioso, y que se compulsen del registro las de igual clase que se hayan dirigido los litigantes.

Finalmente, el juez de segunda instancia puede dictar un auto para mejor proveer con el solo objeto de que se aclaren los puntos que juzgue oscuros y dudosos y en este caso las partes no tienen en la ejecución de lo acordado más atribución que la que el juez les conceda. Algún autor de pruebas desaparecido señala que esta atribución es peligrosa en manos de jueces que quieran favorecer a alguna de las partes, máxime cuando contra ese auto no se admite ningún recurso, ni siquiera el de queja.

De esta manera, el principio de la pasividad del juez civil en materia probatoria tiende a derogarse concediendo al juez, a quien supone hombre de buena fe, cierta actividad probatoria. De esta manera, justificase la conducta oficiosa del Tribunal (Auto de 26 de febrero de 1941, del magistrado doctor Fidel Rodríguez).

**V. LAS NULIDADES QUE PUEDAN AFECTAR LOS JUICIOS SON TAXATIVAS. NO CITAR PARA SENTENCIA EN JUICIO ORDINARIO NO ES CAUSAL DE NULIDAD COMO TAMPOCO LA OMISION DE LA APERTURA A PRUEBAS O NO HABER SURTIDO LOS TRASLADOS DE LA DEMANDA. SIN EMBARGO, ES CAUSAL DE NULIDAD EL SEGUIMIENTO DE UN JUICIO POR VIA DISTINTA DEL SEÑALADO POR LA LEY. CARACTER HIBRIDO DEL DERECHO PROCESAL CIVIL.**

Sostiene el Tribunal que las nulidades de los juicios son taxativas. Están enumeradas expresamente por la ley de procedimiento. Si en un juicio civil, omítese la citación de la sentencia, no se incurre en nulidad porque la ley sólo habla de que la falta de citación para sentencia de remate, en los juicios ejecutivos es motivo de invalidación. Si se omitió dar traslado de la demanda al demandado tampoco puede anularse lo actuado ni menos retrotraerse la actuación con el pretexto de llenar esa formalidad procesal.

Ciertamente que la Constitución manda que nadie puede ser juzgado sin haberse llenado previamente las formas propias de cada juicio, pero la constitución no ha determinado esas formas, sino que dejó a la ley la determinación de cuáles son esenciales y cuáles pueden omitirse.

El derecho procesal civil considerado antiguamente como de Derecho Privado, está clasificado por los autores modernos como de Derecho Público, aunque con muchas reservas. Chiovenda dice que el Derecho Procesal Penal ocupa de modo indiscutible un campo en el Derecho Público, pero no así el Civil, el cual mantiene una situación híbrida, intermedia o autónoma, derivada del enlace continuo del Derecho Público y el interés privado. Si ciertamente no es posible admitir un proceso convencional en el sentido de que las partes puedan regular a su amaño el procedimiento, si admitese que en muchas formas pueden renunciarse tácita o expresamente términos, traslados, emplazamientos, determinados trámites.

En la ciencia procesal podemos distinguir: a) normas dispositivas cuya inobservancia puede ser consentida válidamente por las partes, tales serían traslados, apertura a pruebas, impedimentos del juez, tachas contra testigos y peritos. Estas formalidades podrían descartarse convencionalmente o por modo anticipado; y b) normas absolutas cuya observancia es obligatoria. Estas son de diferente naturaleza según que puedan ser objeto de ratificación. La falta de competencia territorial puede subsanarse aun de modo tácito. La falta de competencia por razón de la naturaleza de la causa debe ser ratificada expresamente. En cambio esa misma falta en la competencia determinada por la naturaleza de la personas, no es subsanable, como regla general.

Pero no puede darse una ausencia total de formas o un cambio tal que desfigure la categoría propia del juicio. Si el legislador ha previsto un proceso verbal, no puede desvirtuarse por convención o de facto ese proceso, en forma tal que presente el carácter de juicio ordinario. En este orden de cosas, si se ha seguido por los trámites ordinarios, una acción de naturaleza verbal, hay nulidad absoluta que no puede ser ratificada porque se han vulnerado en forma esencial las formas propias del proceso. El Tribunal llegó a la conclusión de que las llamadas prestaciones sociales no pueden tramitarse por la vía ordinaria y si así se hiciere, el proceso es nulo (leyes 10 de 1934 y 45 de 1939).

Igual tesis trae la Corte (Magistrado doctor Fidel Rodríguez,

juicios de Sofía García contra el Departamento de Antioquia; Carlos Rúa Gómez contra el Departamento, y doctor Honorio Velásquez contra Mercedes Gallego).

## VI. CARACTER PRECLUSIVO DE LOS JUICIOS

El principio de las preclusiones domina nuestro procedimiento. Este carácter preclusivo de los juicios hace que éstos vayan definiendo por etapas, estadios o ciclos sucesivos que no es posible modificar. La palabra preclusión tiene un claro origen latino (pre-antes de; ocludere, cerrar). Del latín pasó a las lenguas anglosajónicas. En inglés es una tanto común esa voz (preclude, usada en el sentido de prohibir). En italiano es vocablo de reconocida consagración en la tecnología jurídica, y significa, a decir de la Corte, la clausura por ordenarla así una norma de la ley, de las actividades que pueden llevarse a cabo, sea por las partes o por el juez, durante el desarrollo del proceso en cada una de las etapas en que la ley lo divide.

El criterio preclusivo opónese al principio de derecho moderno de la unidad del proceso. El sistema de las preclusiones es una institución tendiente a desaparecer.

A decir de la misma Corte la preclusión no siempre implica concepto negativo, ya que a veces comprende actos positivos. Así, corregida una vez la demanda, precluye toda posibilidad de volver a reformarla. Lo mismo ocurre con la postulación de excepciones en juicio ejecutivo. Propuestas una vez, no es dado a formular otras nuevas.

José Chioyenda, procesalista italiano que como ningún otro autor latino, impulsó la ciencia procesal, sacándola de su carácter puramente empírico, para sujetarla a principios ciertos y definidos, explica así su teoría: "Las preclusiones tienden a reprimir las dilaciones y las cosas superfluas. Consisten en que después de la realización de determinados actos o del transcurso de ciertos términos queda precluso, prohibido, a la parte el derecho de realizar otros actos procesales determinados, o en general actos procesales. Las principales preclusiones de derecho son: la confesión que precluye el derecho a deducir declaraciones incompatibles con hechos confesados; la prestación del juramento decisorio o la negativa a prestarlo que precluyen cualquier defensa de una u otra parte, respecto de los hechos sobre los cuales el juramento fue deferido; el transcurso de

términos preclusivos que produce extinción del derecho a realizar los actos para los cuales se había fijado el término; el paso a cosa juzgada de la sentencia interlocutoria que precluye toda discusión sobre el punto decidido; y la deducción de una excepción que puede precluir otras excepciones, por ejemplo:

La excepción de nulidad de citación debe deducirse antes de cualquier otra defensa.

La excepción de nulidad de los actos de procedimiento posteriores a la citación, debe proponerse en el escrito sucesivo al acto que se quiere impugnar; y

La excepción de incompetencia territorial debe proponerse antes de cualquier otra instancia o defensa.

La proposición de una excepción de fondo puede ser preclusa por la proposición de otra excepción cuando ésta implique renuncia de la primera (la excepción de pago no es preclusa por la negación de la deuda, según Wetzell; contrariamente a lo sostenido por Lessona). La excepción de prescripción no precluye la excepción de pago.

De acuerdo con esta teoría, si la parte que no ha sido notificada interviene en el juicio bien para absolver posiciones o de otra manera que haga suponer que tuvo conocimiento del juicio o del auto mal notificado, hace suponer que renunció a cualquier recurso que hubiera podido interponer (artículo 450, inciso final). De esta manera, si la parte ha actuado en el juicio alegando otra clase de defensas distintas de la falta de citación o emplazamiento o una notificación deficiente, le queda preclusa o prohibida toda alegación por este último concepto".

(Autos proferidos por el Magistrado doctor Rodríguez, en los juicios de sucesión de Margarita Salazar y ejecutivo de Federico Castrillón contra Luis F. Velásquez).

## VII. LA SIMULACION NO ES CAUSAL DE NULIDAD. LOS TERCEROS QUE CONTRATAN A SABIENDAS DE LA SIMULACION CON EL TESTAFERRO PUEDEN INVOCAR EL CONTRATO OCULTO O EL SECRETO, A SU ELECCION

El Tribunal seccional acoge la tesis de la Corte sobre simulación. Admite que en la simulación pueden distinguirse dos formas contractuales, una externa, otra oculta, una aparente, destinada al público, otra destinada a permanecer en secreto.

La simulación no es causal de nulidad por sí sola. Las partes pueden tener interés legítimo en disimular sus contratos, interés que puede ser de muchos órdenes, comercial, social, familiar.

Otro principio igualmente acogido por el Tribunal (salas de los doctores Francisco Echeverri, José Manuel Mora Vásquez y Fidel Rodríguez) es que la simulación no opera en contra de terceros, entendiéndose por terceros quienes no hayan intervenido en el acto o contrato, aunque sean sucesores a títulos singular o universal de quienes lo celebraron. Los terceros, eso sí, podrán aprovecharse del acto secreto.

Así por ejemplo, en el caso en que un tercero contrate con la persona de confianza, con el testafierro del simulador, ese tercero puede atenerse al pacto externo o al disimulado, a su elección. Si Pedro ha vendido simuladamente, en confianza, su casa a Juan, el tercero que contrate aún a sabiendas, con Juan puede atenerse al pacto público entre Pedro y Juan, o al acto secreto. El tribunal hace cita de Josserañd: "Los acreedores se encuentran en una posición tan favorable como sea posible; según el caso y en razón del grado de su interés, pueden atenerse al acto ostensible que constituye para ellos la verdad jurídica, o al acto secreto, al contradocumento. A su elección, se atenderán a la apariencia o bien podrán demostrar que los contratantes han representado una comedia, que han desfigurado la verdad. Restablecerán esta verdad a fin de ampararse y aprovecharse, o bien se acogerán a la mentira y la ilusión."

"Se apuntan a dos cartas y ganan sobreseguros. Se encuentran colocados en una posición singularmente ventajosa debido a la simulación, al engaño de las partes. Falsificando la verdad, éstas se ofrecen amarradas al público, a los terceros. Vienen a ser los prisioneros de su propia estratagema, son cogidos en la trampa que habían tendido y que son para ellos mismos. Cuando se sufre a la vez calor y frío, como el sátiro del buen Lafontaine, se da un mal paso; se juegan riesgos; se suscita la desconfianza del otro y se expone a represalias por parte de quienes se ha querido abusar y a los cuales se les confieren derechos".

Sienta igualmente el Tribunal la vigencia del principio aquel bien conocido de que lo escrito, escrito está. Si el acto externo se realiza por acto escrito, las partes que intervinieron en la simulación no pueden demostrar con pruebas de testimonio esa simulación, aunque el contrato no ascienda a quinientos pesos. En tal caso, es necesaria una contraescritura, un acto escrito que constate esa simulación, o

una prueba de mejor calidad que la escrita, como la confesión. Los terceros, en cambio, si pueden demostrar la simulación por cuantos medios probatorios consagra la ley, incluso la prueba testifical.

El Tribunal opta porque el acreedor debe demostrar su interés en denunciar la simulación, no bastándole el interés general de la conservación y mantenimiento del patrimonio del deudor. Es necesario que demuestre que a consecuencia de la simulación se desmejora el patrimonio del deudor en forma tal que afecta la solidez de su crédito. Sobre este punto salvó su voto el doctor Germán Orozco Ochoa sobre la base que el acreedor puede invocar simplemente el derecho de prenda general que tiene sobre todos los bienes del deudor.

No hacemos referencia a otros principios acogidos igualmente por el Tribunal porque son un fiel trasunto de las teorías de la Corte, las cuales son suficientemente conocidas. Sólo destacamos aquellos hechos sobre los cuales ha puesto el Tribunal un empeño particular (sentencia proferida en el juicio de Paulina Uribe contra Roberto Ceballos, ponencia del Magistrado Rodríguez; sentencia proferida en el juicio de Manuel Escudero contra Clímaco Miranda y otros, ponencia del doctor Mora Vásquez).

#### **VIII. LA LLAMADA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA. LOS HECHOS NEGATIVOS DE CARACTER INDEFINIDO HAN DE DEMOSTRARSE EN LA MEDIDA QUE SEA RAZONABLE. PRINCIPIO DISPOSITIVO.**

El derecho moderno—afirma el Tribunal—así dentro de la escuela germánica como latina, acepta la verdad del principio aquel de origen romántico, de que la carga de la prueba corresponde a quien afirma, al demandante, por consiguiente, como tesis general.

¿Qué debe probar el demandante? Deberá probar todos aquellos hechos necesarios para el surgimiento de su derecho, a menos que se trate de hechos normales, de hechos que están dentro del orden lógico y natural. Así quien demanda no necesitará demostrar que existe, o su propia identidad, o su capacidad civil, porque estos hechos inciden dentro de la vida corriente y ordinaria. Estos hechos se presumen. El juez está obligado a admitirlos y quien los niegue debe dar la prueba de su negativa. No se acepta, pues, la teoría alemana de que quien demanda, debe dar la prueba de todos y cada uno de los hechos necesarios para el surgimiento del derecho. Las presunciones judiciales están llamadas a desvirtuar, a atenuar ese principio.

El Tribunal igualmente recoge el principio dispositivo o de parte. Sólo aquellos hechos que han sido controvertidos son materia del fallo. Hay incompatibilidad psicológica entre la función juzgadora y la iniciativa del Juez para buscar defensas al demandado. El magistrado fallará de acuerdo con lo alegado y probado. Las partes conocen mejor que el juzgador sus defensas y aquéllas que no se han propuesto ni alegado no las puede deducir de oficio el fallador.

Contrariamente a los sistemas acusativo e inquisitivo, hoy postergados, se ha aceptado el sistema llamado dispositivo de aplicación exclusiva en materia civil. Conforme a tal principio el juez sólo puede tomar en cuenta los hechos jurídicamente controvertidos, es decir, cuando una u otra parte se han referido a ellos. Tiene que aceptar como verdaderas las afirmaciones hechas por una de las partes en su perjuicio y de esta manera no le será permitido deducir cargos que no han sido formulados ni defensas que no han sido invocadas. Tendrá por ciertos aquellos hechos sobre los cuales no discuerdan las partes, a menos que se trate de un presupuesto procesal, no siéndole dado sino proveer sobre aquello en que disientan, porque a esto se circunscribe el debate.

José Chioyenda señala que los jueces son muy propensos a fundarse en hechos que las partes no han alegado con el pretexto de que "surgen de los autos" temiendo no estar a la altura de su cargo si no ejercitan con absoluta independencia su poder en todas las resultas del proceso. Este desenfrenado ejercicio es peligroso. Si al juez le repugna sentirse encerrado en los límites de la voluntad dominadora de las partes, debe aceptar, por lo menos una consideración práctica, esto es, que las partes son los mejores jueces de la propia defensa y que nadie puede conocer mejor que ellas qué hechos debe alegar y cuáles no. Con tales reservas debe interpretarse el artículo 343 del código judicial. Esta es igualmente la teoría de nuestra Corte.

Agrega el Tribunal que quien afirme un hecho negativo del cual emane su derecho, debe dar la prueba, como regla general. Solamente cuando los hechos son de carácter indefinido así positivos como negativos, el deber de probar se atenúa, porque es imposible dar una prueba fehaciente. Quien sostenga que durante el año de 1940 no ha ejercido el comercio de Medellín, está en incapacidad para dar una prueba que deseche toda duda, pero no por eso se invierte la carga de la prueba. En tal caso, quien alegue ese hecho para liberarse, por ejemplo de los impuestos municipales, deberá probar que su actividad fue otra, y que esa actividad excluía al me-

nos de manera probable el ejercicio del comercio (sentencia de fecha 30 de enero de 1941, juicio de Aura Hernández contra Jesús López; 14 de abril de 1941, juicio de Joaquín E. Castaño contra Antonio Acosta).

**IX. EL DUEÑO DEL SUELO ES DUEÑO DEL SUBSUELO. ESTE PRINCIPIO DE DERECHO ROMANO PRIMA SOBRE AQUELLA PRESUNCION DE QUE EL POSEEDOR SE REPUTA DUEÑO MIENTRAS OTRO NO PRUEBE LO CONTRARIO.**

El demandante exhibió un título sobre el suelo, y con base en él obtuvo la entrega de un sótano de que estaba en posesión el demandado. El título sobre el suelo fue estimado por el Tribunal como prueba suficiente de dominio sobre las obras realizadas bajo el nivel superficiario.

Los romanos consagraron un principio que tiene plena vigencia en derecho moderno: *qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum*. Ese principio está limitado hoy en cuanto lo exige la naturaleza misma de la cosa, según los estudios profundísimos de Cabba, Pompaloni, Ihering; y en cuanto a las minas pertenecientes al Estado. Los artículos 553 del código francés, 468 del código italiano y 359 del código español consagran un principio similar. Toda construcción, plantación u obra sobre un terreno o debajo de él, se presume hecha por el propietario y que le pertenece a menos que se pruebe lo contrario.

El código nuestro no consagra expresamente un principio semejante al romano, pero acaso resultaría redundante, ya que el código nuestro trae un modo especial de adquirir el dominio, la *accesión*.

De aquí que quien alegue un título sobre el suelo está en capacidad de adquirir el dominio del subsuelo contra quien sólo alegue posesión sobre el sótano, a menos de mediar prescripción (juicio posesorio de Manuel Merisalde contra la junta administradora de los bienes de la señora Zoraida Cadavid de S. Auto de 4 de mayo de 1940, del magistrado doctor Rodríguez).

## X. UN POSEEDOR SIN TITULO PUEDE REINVIDICAR. LA POSESION POR SI SOLA PUEDE SERVIR DE PRUEBA DE DOMINIO.

El Tribunal desenvuelve la tesis que tan luminosamente expusieron Aubry y Rau y que perfeccionaron Colin y Capitant. Llega a la conclusión de que un poseedor antiguo puede reivindicar contra un poseedor actual, siempre que la posesión anterior sea mejor caracterizada que la otra.

Siempre fue un canon jurisprudencial que entre dos poseedores uno antiguo y uno actual, ambos sin título, preferiría en el dominio, el actual, siguiendo el principio de que en la igualdad de condiciones, es mejor la del poseedor, pero el Tribunal entra a comparar posesiones para llegar a la conclusión de que si la antigua es mejor que la actual, se debe preferir al poseedor antiguo. Al hablar de posesiones, habrá de distinguirse entre posesiones pacíficas y posesiones violentas o clandestinas; entre posesiones definidas, públicas, y posesiones equívocas; y si analizados minuciosamente estos caracteres, la antigua presenta mejores condiciones, debe triunfar el poseedor antiguo (sentencia de fecha 14 de noviembre de 1939, Ponencia del magistrado doctor Fidel Rodríguez; juicio del doctor Joaquín Agudelo contra Alvaro Suárez).

## XI. ES PRECISO REQUERIR AL DEUDOR AUNQUE SE HAYA FIJADO PLAZO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACION, CUANDO QUIERA QUE SE DEMANDE POR LA PENA FIJADA PARA EL CASO DE INCUMPLIMIENTO. EXCEPCION AL PRINCIPIO DE QUE EL TIEMPO INTERPELA POR EL HOMBRE.

El acreedor optó por demandar el pago de la cláusula penal, pero no obstante que ya se había vencido el término para el cumplimiento de la obligación principal, el Tribunal desechó la acción diciendo que cuando el acreedor se determinaba por exigir la pena, había necesidad de requerir previamente al deudor.

“El Tribunal acepta que está plenamente demostrado el contrato de arrendamiento en que se funda la demanda del señor Morales, ya que se adujo en copia auténtica el documento que se extendió a raíz de su celebración; documento que en posiciones absueltas en este segundo grado del juicio, está plenamente admitido; este Tri-

bunal asimismo acepta que está demostrado el incumplimiento de González por cuanto demostrada la obligación de González de dar dos limpiezas anuales al cafetal y no dejar caer en forma alguna el sombrero, correspondía a él demostrar que cumplió, y como no lo hizo faltando al principio de que quien alega las extinciones de las obligaciones debe probarlo, y como de otro lado, media una inspección ocular, y declaración plural de testigos de que no cumplió con el deber de llevar a cabo las medidas de limpieza determinadas en el contrato, se concluirá forzosamente que González sí faltó a sus deberes, si violó las normas convencionales”.

“Pero como quiera que el demandante tenía a su disposición o hacer cumplir el contrato o exigir el pago de la pena, y habiendo optado por ésta, no requirió al deudor, procede el reconocimiento de la excepción de petición antes de tiempo.

Es un caso de excepción en que a pesar de que las partes fijen plazo para el cumplimiento de sus obligaciones, hay necesidad de una nueva interpelación para la constitución en mora.

La exigencia de la constitución en mora para efecto de poder cobrar perjuicios se basa en el principio estatuido de manera inequívoca por el artículo 1.615 del código común. Igualmente en el artículo 1.595, encuéntrase la regla de que háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena sino cuando se ha constituido en mora, cuando la obligación es positiva.

Es Alessandri Rodríguez quien mejor estudia el problema de la mora. Dice este autor: “si analizamos diversas disposiciones del código civil chileno, y aun de las del código de comercio, observaremos que en muchas de ellas, la ley ha señalado una época, una oportunidad en la cual el deudor debe cumplir su obligación. Así, por ejemplo, el artículo 1.826 del código civil, dice que “el vendedor es obligado a entregar la cosa vendida inmediatamente después del contrato, o a la época prefijada por él”. Hay aquí una época fijada para que el deudor cumpla su obligación.

Otro tanto sucede en el artículo 1872 que dice que el comprador deberá pagar el precio en el lugar y tiempo estipulados, o en el lugar y tiempo de la entrega, no habiendo estipulación en contrario. Cabe decir igual cosa en el contrato de arrendamiento: el artículo 1.944 señala una época para el cumplimiento de la obligación del arrendatario de pagar el precio; lo mismo sucede en el artículo 2.180 que fija al comodatario una oportunidad o época para restituir la

cosa prestada: y así, hay muchísimos otros artículos del C. C. que establecen disposiciones análogas."

"Si el deudor no cumple su obligación en la oportunidad o época fijada por la ley, si deja transcurrir esa época u oportunidad sin satisfacer a su acreedor, se dice que el deudor está retardado, se dice que hay retardo en el cumplimiento de la obligación; pero no se dice que hay mora, porque para que ésta se produzca, es menester que el acreedor haga saber al deudor que el incumplimiento le está causando un perjuicio."

"Por lo que, puede definirse el retardo como el incumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley".

"Mientras hay retardo, mientras hay incumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley, no hay mora, porque hasta ese momento el acreedor no ha hecho saber al deudor, no le ha significado el perjuicio que el retardo está causando; quiere decir que ese retardo no daña al acreedor, que ese retardo no le perjudica, y puede verse en el silencio del acreedor hasta una aquiescencia tácita de su parte a que el deudor persevere en el estado de retardo".

"Pero en el momento que el acreedor se queje y le haga saber al deudor que el retardo le está perjudicando, en ese mismo momento en que el acreedor reclama, deja de haber retardo y éste pasa a convertirse en mora, porque desde ese instante el deudor sabe que el hecho suyo, que el incumplimiento de su parte, está causando un daño en el patrimonio del acreedor. Por eso se dice que hay mora cuando el hombre interpela, cuando el hombre le hace saber al deudor que lo está perjudicando con su incumplimiento".

"De lo dicho se desprende que la mora puede definirse diciendo que es el retardo culpable del cumplimiento de una obligación, más allá de la época fijada por la manifestación de voluntad del acreedor".

"Las explicaciones precedentes permiten ver con distinción las diferencias que hay entre el retardo y la mora; el retardo es el simple atraso en el cumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley; la mora es el atraso perjudicial al acreedor, el atraso más allá de la época fijada por la voluntad del acreedor. La palabra retardo es genérica, comprende todo atraso en el cumplimiento de la obligación; la palabra mora es específica, se refiere a un determinado retardo, al que perjudica al acreedor; y por lo tanto, mientras todo retardo no es mora, toda mora es retardo, y a ella se refiere el artículo 1.551".

“Todas estas explicaciones se sintetizan en estas dos frases: “Cuando la ley interpela, hay retardo; cuando el hombre interpela, hay mora”.

“Esta distinción—continúa Alessandri—de la mora y el retardo, está formulada y precisada en el código chileno al hablar de la cláusula penal en los artículos 1.537 y 1.538. Según el primero, antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino sólo la obligación principal. El deudor no incurre en la pena, sino cuando se ha constituido en mora, si la obligación es positiva”. Y en su inciso 2o. agrega: “Si la obligación es negativa se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho que el deudor se ha obligado a abstenerse”.

“Luego antes de la constitución en mora del deudor, hay otro estado jurídico que no es la mora; hay un estado jurídico en que puede exigirse la obligación principal y en el cual, sin embargo, podrían exigirse los perjuicios. Ese estado jurídico que corre entre la obligación y la constitución en mora del deudor, es el retardo”.

“Esto pone en evidencia otra cosa, que no es lo mismo la constitución en mora del deudor, que la exigibilidad de una obligación; una y otra son estados enteramente diversos, y para que proceda la indemnización de perjuicios, no es necesario que la obligación sea exigible, sino que el deudor esté constituido en mora”.

“Es evidente entonces, que el deudor no puede exigir indemnización de perjuicios, cuando sólo hay retardo. Esto igualmente pone en evidencia que no es una misma cosa en derecho, la exigibilidad de una obligación y la constitución en mora del deudor; que una obligación sea exigible sin que el deudor esté constituido en mora, distinción que fluye de los artículos 1.537 y 1.538. Si la mora y la exigibilidad de una obligación fueran una misma cosa, se concebiría que pudiera exigirse la obligación antes de constituirse el deudor en mora? Son dos instituciones que provienen de causas enteramente distintas. Una obligación es exigible desde que no haya plazo ni condición suspensiva pendiente que retarde sus efectos; desde el momento en que el acreedor pueda reclamar el cumplimiento de la obligación al deudor. En cambio, hay mora de parte del deudor cuando no ha cumplido su obligación dentro de la época señalada por la manifestación de voluntad del acreedor”.

“Es cierto que hay un caso en el código chileno, el Nro. 1o. del artículo 1.551 en que coinciden y se confunden la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora del deudor. Ese caso ocurre

cuando el deudor no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado. Esa obligación pasa a ser en ese mismo instante exigible. Pero este resultado, es la consecuencia de que la exigibilidad de la obligación y la constitución en mora sea una misma cosa? No, de ninguna manera; es la consecuencia de que un mismo hecho da origen a dos situaciones distintas, y es por eso que no pueden confundirse la exigibilidad de una obligación y la constitución en mora. La prueba más evidente de que no son una misma cosa nos la suministra el artículo 1.551, No. 1, puesto que agrega "... salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirse en mora".

"En este caso que la ley contempla en la 2a. parte del artículo 1.551, No. 1o., no basta el vencimiento del plazo para que el deudor esté en mora, y sin embargo la obligación es exigible. Por qué? Porque en estos casos el vencimiento del plazo, si bien tiene la virtud de hacer exigible la obligación, no tiene la virtud de constituir en mora al deudor. Un ejemplo de esto, lo tenemos en el artículo 1.949 del C. C. al hablar de la mora del arrendatario, en que es necesario, para que proceda la mora, que el arrendador requiera al arrendatario, y si requerido el arrendatario no restituye la cosa, será condenado a todos los perjuicios de la mora".

"Como según el artículo 1557, la indemnización de perjuicios se debe desde que el deudor se ha constituido en mora, y como la constitución en mora no es lo mismo que la exigibilidad de una obligación, ni el hecho de que ésta sea exigible quiere decir que el deudor será constituido en mora, hay que llegar a la conclusión que no basta que una obligación sea exigible para que el acreedor pueda pedir indemnización de perjuicios, porque para ello, es requisito esencial la constitución en mora del deudor" (página 8o. Teoría de las obligaciones).

Analizando el principio de que el deudor debe perjuicios desde que no ha cumplido su obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora, se desprende que si en un contrato se ha señalado plazo o término para el cumplimiento de la obligación, el deudor queda constituido en mora, sin necesidad de requerimiento judicial, por el solo vencimiento del plazo. Con esto no se alteran los buenos principios de la mora porque ha habido una interpelación, cuando al convenir el contrato acreedor y deudor han fijado una época para el cumplimiento útil de la obligación.

Sin embargo, de acuerdo con el ordinal 1o. del artículo 1.608

del C. C. colombiano hay casos en que la ley exige excepcionalmente que se requiera al deudor para constituirlo en mora. Comentando este principio, Alessandri Rodríguez nos dice: "Hay casos en los cuales el simple vencimiento del plazo estipulado en el contrato no basta para constituir en mora al deudor es necesario que con posterioridad al vencimiento, el acreedor haga una nueva manifestación de voluntad. Esto sucede, como dice el No. 1o. del artículo 1.551 "en los casos en que la ley exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora". Es lo que pasa con la disposición del artículo 1.539 del C. C. que pudiera aparecer a primera vista en contradicción con el artículo 1.551, No. 1o., porque dice: "Háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena, sino cuando se ha constituido en mora si la obligación es positiva (inciso 1o.). Se dirá, a qué caso se refiere este artículo? Se refiere precisamente a aquel en que el simple vencimiento del plazo no basta para constituir en mora al deudor, al mismo caso a que se refiere la segunda parte del No. 1o., o del artículo 1.551. La ley, por razones de conveniencia, dispuso que en algunos casos no basta la simple estipulación de las partes en el contrato para constituir en mora al deudor por incumplimiento, y que es necesario un nuevo requerimiento de parte del deudor. Así sucede con el artículo 1949; y lo mismo pasa con el artículo 1.977 e igual cosa ocurre en el caso del artículo 737 del C. de comercio en materia de protesto de letras de cambio; el aceptante de una letra de cambio no está en mora de pagarla por el solo hecho de que a su vencimiento no la pague, sino que es menester un nuevo requerimiento, el protesto, y sólo una vez protestada la letra se deberán los intereses penales correspondientes" (página 85, Teoría de las Obligaciones, obra ya citada).

Esta opinión está igualmente refrendada por Barros Errázurris. Dice éste: "Siendo la pena una manera especial de pagar los perjuicios, háyase o no estipulado un término dentro del cual deba cumplirse la obligación principal, el deudor no incurre en la pena, es decir, la pena no es exigible sino cuando está constituido en mora, si la obligación es positiva. Si la obligación es negativa, se incurre en la pena desde que se ejecuta el hecho que el deudor se ha obligado a abstenerse (artículo 1.538). Este artículo es una aplicación a la cláusula penal de la regla general del artículo 1.557".

"Antes que el deudor se constituya en mora, la cláusula penal no es exigible y el acreedor sólo puede demandar la obligación prin-

cial, siempre que ella sea exigible. Un deudor puede encontrarse en retardo, con una obligación principal exigible; pero no haber sido constituido en el estado letal de mora, que la ley requiera para que el acreedor pueda pedir que se pague la pena" (página 104 de las obligaciones).

Aunque el derecho francés sigue un principio opuesto al nuestro, su estudio se encargará de esparcir luz sobre cualquier motivo de duda que pueda quedar al respecto. El derecho colombiano se aparta del derecho romano, y consagra como los códigos italiano y alemán, el principio de: el tiempo interpela al hombre.

El artículo 1.139 del código francés establece que el deudor se coloca en mora, sea por una interpelación o por otro acto equivalente, sea por efecto de la convención cuando en ella se consigna que sin necesidad de acta y por el sólo vencimiento del término, el deudor estará en mora. El artículo 1.230 del mismo establece que se exprese o no en el contrato un término dentro del cual deba cumplirse, la pena no se deberá mientras el deudor no sea puesto en mora.

Colin y Capitant dicen al respecto que la palabra mora viene del latín *mora* que significa retardo, pero que éstos dos términos no son sinónimos. Un deudor puede estar en retardo, sin estar en mora. La mora es la constancia oficial del retardo, constatación que puede resultar sea de una interpelación dirigida por el acreedor al deudor, sea de la convención de las partes, sea de la ley.

En derecho francés, la regla es que cuando el deudor no cumple su obligación, el acreedor debe ante todo colocarlo en mora. Mientras él no reclame se estima que no ha sufrido perjuicios. Para que esta presunción cese, es preciso que demande la ejecución por un acto extrajudicial, y así que hasta que este requerimiento se lleve a cabo, el deudor, aunque esté en retardo, no está obligado a pagar perjuicios.

Esta necesidad del requerimiento se comprende de manera civil cuando el contrato no fija fecha determinada para la ejecución. Pero en el caso contrario, se pregunta por qué la ley impone al acreedor los gastos de un requerimiento, los cuales en último caso recaen sobre el deudor. Acaso éste no estaba suficientemente advertido. Así numerosas legislaciones deciden que en caso de que se fije un término para la ejecución, el vencimiento del término es suficiente para colocar en mora al deudor: **dies interpellat pro homine**. Tal era la solución admitida por los antiguos autores de los siglos XVI y XVII.

Pero la regla contraria, conforme a las tradiciones del derecho romano, ha prevalecido en el siglo XVII. En el derecho francés el vencimiento del término no coloca en mora al deudor, si la convención no lo establece de manera expresa. En derecho francés, *dies non interpellat pro homine* (sentencia de tres de octubre de 1940, juicio del señor Gregorio Morales contra Rafael González, Ponencia del Magistrado Rodríguez).

**XII. ESTAN SUJETAS A PRESCRIPCIÓN BIENAL LAS ACCIONES POR CONCEPTO DE HORAS DE TRABAJO EXTRAORDINARIO. LOS DOS AÑOS EMPIEZAN A CONTARSE DESDE QUE SE PRESTO EL SERVICIO, NO DESDE EL MOMENTO DEL DESPIDO DEL OBRERO.**

Un empleado del ferrocarril de Antioquia demandó al Departamento por el pago de horas de trabajo extraordinario, alegando que había laborado trece horas diarias desde 1932 a 1938. Se declaró probada la acción de prescripción porque habían pasado más de dos años desde el momento en que la obligación se hizo exigible. Trata el Tribunal la cuestión de si tales acciones son prescriptibles; si están sujetas a la prescripción de corto o largo tiempo y desde cuándo comienza a contarse el tiempo de la prescripción: desde el momento del despido o de la exigibilidad de la obligación.

Dice el Tribunal que si ciertamente la fijación de la jornada máxima es una institución de orden público que no es renunciable, no por eso es imprescriptible. La ley considera sólo en forma excepcional el carácter de interés público o privado de la acción para fijar la prescripción. El sistema general es que sea uno mismo el término de prescripción para unas y otras acciones. Hay acciones populares, hay acciones de orden público, de Derecho Público, sujetas a corta prescripción.

El derecho procesal sólo contempla ciertas acciones imprescriptibles sin tener en cuenta el carácter de orden público o privado. La acción de división es imprescriptible porque la comunidad no es un estado antijurídico que exija la consolidación con el transcurso del tiempo, sino un estado perfectamente jurídico. Igualmente los derechos meramente facultativos son imprescriptibles.

Las prestaciones sociales son derechos subjetivos, de derecho privado, aunque de orden público.

El trabajo del empleado no es una función continua que presen-

te una unidad o indivisibilidad corpórea, material o espiritual, a menos que el patrono optase por un sistema de salario por obra, como si se contratase por la ejecución, un cuadro o una casa.

Como regla general, el salario es periódico. Se paga al obrero por su trabajo diario, semanal o mensual.

El código civil establece que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso, durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, el cual tiempo se cuenta desde que la obligación se ha hecho exigible. Aquí encontramos dos notas características: la inacción del acreedor y el transcurso del tiempo señalado por la ley; o lo que es lo mismo: el no ejercicio del derecho durante el tiempo que la ley establezca. El tiempo para que se efectúe la prescripción empieza a contarse desde que la obligación se hace exigible. Por cuanto lo que la ley hace, en cierta manera, es castigar al acreedor su desidia o negligencia, se entiende que dicho plazo corre solamente para el acreedor que estando en capacidad de ejercitar su derecho, no lo hiciere. De aquí se ha querido deducir cierta imposibilidad moral del asalariado para intentar su acción mientras esté bajo la dependencia del patrón y se pretende entonces que tales prescripciones empiecen a contarse a la terminación del contrato de trabajo. Pero como quiera que el contrato de trabajo es fuente de muchas obligaciones para una y otra parte, encontramos que las acciones así patronales como obreras quedarían en suspenso mientras durara el contrato principal que bien puede tener como límite la vida misma del individuo. Cada una de las obligaciones nacidas dentro de contrato de trabajo tiene una existencia independiente y un término para su exigibilidad dentro de las condiciones y modalidades impuestas por su naturaleza reglada por disposiciones de orden público.

La objeción que en otros países como Méjico, se ha hecho contra la Institución de la prescripción por equivaler ella, en la práctica, a la renuncia de los derechos de suyo irrenunciables, ya que son derechos que no hacen relación únicamente al sujeto, sino que también tiene repercusiones respecto de los hijos y la esposa y de todos aquellos que tengan que ver con el hogar, no es atendible por cuanto esa renuncia no es voluntaria. Es una especie de castigo que la misma legislación impone al negligente en favor del patrón. Por otra parte la definición de los derechos y la estabilización del patrimonio son hechos económicos que interesan directamente a los obreros. De lo contrario, se contemplaría un estado de cosas en que los

empleados tolerarían la violación de las normas legales por parte del patrón, a cambio de que, una vez terminado el contrato, pudiera demandar de éste todo lo concerniente al pago de los emolumentos causados por horas extraordinarias y otra clase de cargas impuestas al asalariado durante la existencia del contrato, lo que podría traer como consecuencia inseguridad para la empresa en perjuicio de patronos y obreros.

El artículo 1967 del Código Español sienta la prescripción de 3 años contados desde que dejen de prestarse los servicios para el pago a los menestrales, criados y jornaleros.

El portugués en su artículo 539 fija el plazo de un año para la prescripción de las acciones de los domésticos contratados por año el cual se contará para la prescripción desde la separación del doméstico.

La Ley Mejicana sienta el principio de que los sueldos, jornales, salarios y otras atribuciones con la prestación de cualquier servicio personal prescriben en 3 años y la prescripción corre desde el día en que se dejó el servicio.

La Corte Suprema de Méjico, en sentencia de fecha 12 de diciembre de 1936, aplicando un nuevo principio en cuanto al momento en que empieza a correr la prescripción de acuerdo con el artículo 328 de la ley federal del trabajo, dice que el derecho del trabajo tiene un contenido esencialmente económico, y que si bien es verdad que su función principal es la de proteger la clase trabajadora, elevando sus condiciones de vida, también lo es que determinar las obligaciones de los patronos, implica una intervención que está necesariamente limitada por las posibilidades y exigencias de las industrias; en otros términos, al intervenir el Estado en el fenómeno de la producción en beneficio de la clase trabajadora, no puede desconocer la situación de las empresas, ni ignorar las consecuencias fatales que, para su existencia, pueda acarrear determinado principio.

Agrega la misma Corte que el argumento de que no es posible que los trabajadores, mientras estén al servicio del patrono, presenten sus reclamaciones, tampoco se justifica en la práctica, porque constantemente se ve que los obreros demandan a los patronos por las violaciones de los contratos o la ley, sin que esas demandas alteren substancialmente la disciplina o la armonía en el taller, ni produzcan tampoco consecuencias enojosas para los trabajadores.

La tesis que se viene combatiendo tiene el inconveniente de que si los trabajadores se ajustaran a ella, autorizarían al patrono a que

de manera permanente, violara la ley, a reserva de exigirle, años después, la responsabilidad consiguiente, situación que es contraria a la finalidad perseguida por el derecho del trabajo, cuyo objetivo es, no tanto que los trabajadores obtengan determinadas cantidades de dinero, sino que el servicio se preste en las condiciones y forma prescritas por la ley, procurando la conservación de la raza, finalidad ésta que se logra mejor cuando los trabajadores, tan pronto se produzca una violación, formulan la demanda correspondiente.

El código nuestro sienta que la prescripción empieza a contarse desde que la obligación se hizo exigible. Nuestra Corte en sentencia de 24 de septiembre de 1940 al demandarse por salarios correspondientes a 19 años, declaró probada la prescripción respecto de aquel tiempo que antecedía la demanda en más de dos años, con lo cual sienta que la prescripción empieza a correr desde el día del trabajo, y no desde el despido o cesación (Gaceta Judicial 1961, pág. 111).

El código nuestro siguió en este particular al francés. En los trabajos preparatorios de don Andrés Bello tampoco se menciona el inciso que trae el código español de que la prescripción se contará desde el día de la cesación. (Juicio de Roberto Villegas contra el Departamento. Ponencia del magistrado doctor Fidel Rodríguez).

### **XIII. EN UNA ACCION NEGATORIA DE SERVIDUMBRE, LA CARGA DE LA PRUEBA CORRESPONDE AL DEMANDADO**

La Corte Suprema ha establecido que en los juicios negatorios de servidumbre, la carga de la prueba corresponde al demandante. El Tribunal se aparta de aquella tesis con fundamento en la doctrina de los más grandes autores sobre Derecho Probatorio.

Se trataba de una acción aparente y discontinua. El demandado había tendido un puente sobre el río para pasar al predio del demandante a extraer agua de un pozo. Alegó prescripción, pero no presentó título constitutivo de esa servidumbre. El Tribunal desechó la prescripción y sentó que al demandante le bastaba para triunfar demostrar la propiedad de su fundo.

A quién corresponderá la carga de la prueba? Para este Tribunal basta que el demandante demuestre su dominio. Allí termina su obligación probatoria. Pero alrededor de este problema se han ideado sistemas; han surgido diferentes maneras de apreciar la posición del demandante y demandado y se han sugerido pluralidad de

fórmulas para repartir la carga de la prueba y atribuirla ya al demandante, ya al demandado.

Bentham observa que en un sistema franco y simple, la obligación de la prueba debe corresponder a la parte que lo pueda hacer con menores inconvenientes, con menor pérdida de tiempo o con menor incomodidad. En tal caso corresponderá al Juez indicar qué parte se halla en tales circunstancias. Contra esta teoría reacciona elegantemente Pescatore. "Si se concediere en hipótesis, dice este autor, al poder judicial la facultad de apreciar a su arbitrio sobre la mayor fe que puedan merecer los dichos del autor o del demandado por el solo hecho de que plazca a un ciudadano llamar a otro a juicio, dependería en este sistema de la voluntad, del arbitrio, del capricho de cualquier individuo, el crear a otro un peligro, sometiéndolo a la más penosa y arbitraria de todas las discusiones. Los más probos podrían igualmente sucumbir y perder la fortuna y el honor, porque el vicio suele obtener en el ciego mundo mayor consideración que la virtud; la libertad civil estaría al arbitrio ilimitado del juez llamado a estimar, sin ningún recto criterio, el respectivo mérito personal de los litigantes, y la seguridad personal de cada uno estaría a cada instante a merced de los audaces y de los malvados".

El derecho procesal moderno ha seguido un criterio de fijeza respecto de la parte obligada a dar la prueba. Así la misma ley señala ese criterio excluyendo el arbitrio del juez con la adopción del adagio *onus probandi ei incumbit qui dicit*. (Artículo 1.757 del Código Civil).

Autor extranjero luégo de sentar su conformidad con el principio *affirmanti incumbit probatio*; limita su contenido, así: a) el que invoca un derecho en juicio debe dar la prueba de él, aunque entre las condiciones de hecho de aquel derecho, haya una negativa, teniendo presente que se hace siempre relación no a los hechos, sino a las relaciones jurídicas provenientes de ellos; b) el afirmante debe probar únicamente las condiciones de hecho esenciales para surgir el derecho, mientras que las accidentales por las cuales puede extinguirse el derecho son materia probatoria para la contraparte debido a la imposibilidad en que se vería de aducir por sí mismo una prueba imposible.

Esta solución ha sido criticada porque la obligación de la prueba es una necesidad de hecho en que se encuentra la parte que requiere la autoridad judicial y no un verdadero y propio deber jurídico. Ahora, ¿qué relaciones de hecho necesitan por su naturaleza

una confirmación particular? Para esta interrogación se desarrolla el principio de la causalidad, por la cual, ciertos hechos generan siempre otros; de donde, conocidos los primeros, se deducen sus efectos. Así quien impugne la procedencia de éstos como efecto cierto de sus antecedentes, deberá entonces producir la prueba de sus aseveraciones. Fitting hace notar que ciertas formas de la relación de hecho se consideran como **normales** y subordinadas a reglas generales (preceptos-reglas); y que todas las formas que se apartan de lo normal están regidas por disposiciones **particulares** (preceptos-excepciones). Las primeras no requieren demostración, las segundas, sí. A esto se agrega que es un principio fundamental en los juicios que quien invoca un derecho debe procurar la prueba. Si el juicio de que se trata, en lugar de ser intentado por el propietario, lo fuese por el que pretende el derecho activo de servidumbre, no hay duda que correría a cargo de éste la prueba. Ahora bien, por qué los derechos de las partes deben modificarse sustancialmente porque el juicio haya sido intentado por ésta en vez de haberlo sido por aquélla otra de las partes? El actor en nuestro caso, es aparentemente el propietario, que ejercita la acción negatoria; pero el actor es, en definitiva, el demandado, porque es él quien pretende el derecho contra el propietario, y lo pretende no obstante la presunción de libertad que milita en pro de este último. Está, pues, obligado por una doble razón, a correr con el peso de la prueba, tanto porque formula una pretensión contra el actor, que éste rechaza, como porque debe combatir una presunción contraria.

Lessona aceptando el mismo criterio, pero difiriendo de los motivos que se enuncian dice: "El que afirma poder hacer en el fundo ajeno lo que el propietario **jure proprietatis** podría impedirle, o tener derecho de impedir al propietario hacer sobre el fundo lo que **jure proprietatis** podría hacer, alega un precepto de excepción, una relación anormal y debe dar la prueba de ella".

"Así se concibe cómo la excepción del demandado es una acción disfrazada".

"No se puede invocar, por consiguiente, la peligrosa teoría de las presunciones, porque es, en la cuestión que nos ocupa, una arma de dos filos. Invóquense, por el contrario, los principios generales, y la solución aceptada por la opinión común tendrá una base racional y segura".

Bonnier se pregunta: "Cómo podré probar que no existe servi-

dumbre sobre el fundo que poseo, ya que ésta es una negación indefinida que resiste a la demostración?

Pardessus echa la carga de la prueba al demandado, por existir a favor del demandante la presunción de la libertad de los fundos, y quien alegue cosa contraria debe entrar a desvirtuar esa presunción.

La Corte disiente de estas opiniones invocando la teoría general sobre la carga de la prueba que traen Planiol y Ripert, quienes sostienen que la prueba corresponde siempre al demandante independientemente de la condición positiva o negativa de los hechos. Mas este Tribunal no sigue esa tesis porque si bien la teoría de los autores citados es cierta, en líneas generales, no tiene aplicación en el caso concreto de autos.

Se vio que quien afirma un precepto de excepción, un hecho no normal, debe dar la prueba; se vio que el dominio se presume libre de cargas; se vio que el demandado si bien ocupa una posición pasiva dentro de la mecánica procesal, es quien afirma una pretensión reñida con lo común y ordinario. Finalmente, la negativa de servidumbre tiene cierto carácter de indefinido que hace difícil la prueba para el demandante. (Sentencia de fecha 29 de abril de 1941. Juicio de Filomena Botero contra Climaco Castañeda. Ponencia del magistrado doctor Rodríguez).

## ALGUNAS PAGINAS SOBRE LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

### AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD. INTERPRETACION

De todas las fuentes de obligaciones la principal es el contrato; si no fuera por él la mayor parte de las necesidades del hombre quedarían insatisfechas, pues son tantas que el más hábil y diligente no llegaría, ni con mucho, a satisfacer cumplidamente por sí solo, ni las más elementales. Necesidades que con el desarrollo y la civilización se hacen cada día mayores y aumentan a medida que el hombre se va alejando de la simplicidad de la vida primitiva.

La naturaleza repartió las facultades entre los hombres de muy diversa manera, pero a todos les impuso necesidades múltiples y casi idénticas, como queriendo que los unos, para satisfacerlas, necesitasen de los otros y fueran sociables, así por necesidad como por instinto.

El medio de que disponen los hombres para valerse los unos de los otros, ya sea de los servicios como en el arrendamiento de los mismos, ya sea del producto de su industria, como en la compraventa, es el contrato. Solamente con su ayuda se puede alcanzar el grado de desarrollo material y moral a que por naturaleza está llamada la persona.

Necesitamos instrumentos para nuestro desarrollo intelectual, moral y material y las convenciones nos los procuran. De ahí la infinita variedad de éstas y el principio de libertad que las preside.

No tiene, pues, el contrato un interés puramente privado, sino altamente social. A su constante necesidad y a las innumerables re-

laciones que por su medio se efectúan, debe sus múltiples formas. De ahí que sea imposible que la ley abarque de modo tan incesante y prolijo, como es necesario, la infinita variedad de contratos que emanan de la infinita variedad de necesidades y circunstancias en que se celebran.

De ahí que la ley no entre a determinar todas las formas de contratos que pueden ocurrir, pues esto sería imposible. La ley sólo entra a reglamentar los principales contratos, los de más frecuente ocurrencia y aún esto lo hace, no por obligar a las partes a someterse a estos moldes sino para suplir su voluntad, la voluntad que la ley presume que las partes han tenido en los casos en que ellas, al contratar, han guardado silencio. Se contenta sólo con limitar la autonomía de la voluntad de las partes en aquellos puntos en que el contrato puede ir contra el orden público y las buenas costumbres. De resto, los contratantes pueden hacer y deshacer según las exigencias de sus necesidades.

A muy pequeño número se pueden reducir los artículos del código civil en materia contractual, a que tienen que someterse las partes para contratar. Como ya dijimos, este tratado de los contratos más bien busca facilitar a las partes moldes en que puedan vaciar sus autónomas voluntades concurrentes y darles normas por las cuales puedan resolver las dificultades que se presenten a causa de la falta de previsión o la oscuridad de lo estipulado.

La autonomía de la voluntad, en virtud de la cual las partes contratan libremente, está reconocida de manera implícita en el artículo 16 del código civil que dice así: "No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres"; en el 1618, primero del título sobre interpretación de los contratos, que dice deber estarse a la intención de los contratantes, claramente conocida, más bien que a lo literal de las palabras, y en el 1494 que menciona como fuente de obligaciones el concurso real de las voluntades.

Ahora bien, el código no solamente se contenta con reconocer esta autonomía de la voluntad, sino que les da a las convenciones que por medio de ella se contraen, una fuerza obligatoria semejante a la que resulta de la misma ley. Esto lo hace en el artículo 1602 que dice: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

No sólo, pues, para las partes del contrato tiene una fuerza

obligatoria que no se puede aniquilar sino por el mutuo consentimiento o por causas legales, sino para el juez, que debe ceñir su fallo al contrato celebrado.

Hállase reconocido en este artículo el fin del Estado que no es otro que el de procurar el desarrollo de las actividades de sus miembros para bien de la sociedad, actividades que se efectúan de manera muy principal, mediante los contratos. Por eso al Estado, lejos de impedir que éstos se hagan efectivos, toca procurar, como fin propio, el que se cumplan del modo que las partes han convenido que se cumpliera. Esto es lo que el Estado hace por medio del juez y esto lo que el artículo citado ordena, al decir que no se invalide el contrato sino por las causas legales, causas que son de orden público y buenas costumbres.

Ahora bien, qué obligaciones nacen en virtud del contrato? Siendo éste un concurso de voluntades las obligaciones que nacen de él deben ser solamente las que las partes al contratar han querido que nazcan. El artículo 1494 expresa esto al decir que "las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades, como en los contratos", pues si no hay ese concurso no nace la obligación. Así que si en el contrato se expresa algo que una de las partes no quiso, esa parte no queda obligada porque en la interpretación de los contratos ha de estarse más a la intención que a lo literal de las palabras. La fórmula latina, *solus consensus obligat* expresa esta capacidad de la voluntad, única que puede producir efectos jurídicos en los contratos. Esta es una modalidad del derecho moderno. En los tiempos de Roma imperó la fórmula contraria: *Ex nudo pacto actio non nascitur*.

Veamos brevemente cómo se llegó a este principio del derecho moderno.

En los tiempos antiguos se contrataba de una manera solemne. Los pueblos revestían los contratos de formas sin las cuales la obligación no nacía. El empleo del *nexum*, de la *stipulatio* y de la *mancipatio*, demuestra que el derecho romano se caracterizó por un riguroso formulismo, al menos en los tiempos primitivos.

Consistía la *stipulatio* en una pregunta y una respuesta que en el Derecho Civil o de los ciudadanos romanos, era *Dari Spondeo? Spondeo*. El *nexum* consistía no en una pregunta o respuesta como el anterior sino en una imprecación o declaración condenatoria. La *mancipatio* y el *nexum*, subsistieron como formas imaginarias de obligarse, así como la correspondiente fórmula de extinción de la

obligación creada por el *nexum* como forma de pago imaginario. Este pago imaginario se hacía así. El que iba a dar libre de la obligación al deudor pronunciaba unas palabras sacramentales delante del *librepens* y de cinco testigos; en seguida el deudor tocaba la balanza o *libra* con el cobre como si pagara y quedaba libre.

En la época clásica la *stipulatio* era empleada para convertir en contrato el acuerdo de dos voluntades. Sin ella el acto permanecía ineficaz, era un simple pacto que no confería acción para pedir su cumplimiento.

Como los contratos eran demasiado frecuentes estas fórmulas no hacían otra cosa que impedir el libre desarrollo de la vida económica. Como es natural, los moldes se fueron ampliando y las formas de que eran revestidos los principales contratos, como el de compraventa, caducaron; así vinieron a ser estos contratos consensuales.

"No había de detenerse aquí la evolución, y bajo Justiniano se admitió que bastaba para la perfección del contrato que las partes redactaran un escrito, en el cual se hacía constar la realización previa de la *stipulatio*, de la cual se prescindía ordinariamente; y de este modo, la transformación de la *stipulatio* condujo al contrato literal, última etapa de la evolución del formulismo romano".

Luégo el formalismo germánico influyó en la Edad Media en toda Europa, formulismo caracterizado especialmente por el empleo de los símbolos. Se hacía necesario un nuevo impulso por salir de allí y este impulso vino del estudio del derecho romano durante el renacimiento y del respeto que los canonistas infundían a la palabra dada.

Así fue como vino a imponerse el principio del carácter consensual de las convenciones, que puede enunciarse en la fórmula latina dicha: ***solus consensus obligat***.

Nuestro código civil en su artículo 1500, clasifica los contratos, en cuanto a las exigencias necesarias para su nacimiento, así: "El contrato es **real** cuando, para que sea perfecto, es necesaria la tradición de la cosa a que se refiere; es **solemne** cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es **consensual** cuando se perfecciona por el solo consentimiento."

No quiere decir esto que en los contratos reales y solemnes, la obligación no nazca del consentimiento y que en los consensuales sí. Lo que significa es que la ley además del consentimiento exige

en aquéllos, otras formalidades, como la entrega de la cosa o la escritura pública y en éste, el mero consentimiento. No se puede entender esto de otro modo ya que un poco antes en el artículo 1494 el mismo código había dicho que las obligaciones nacen del concurso de voluntades, lo que quiere decir que no es ni de la entrega del objeto ni de la escritura. Una y otra son cosas que deben acompañar el consentimiento. Además el mismo artículo 1.500 al decir que el consensual se perfecciona por el **sólo** consentimiento, dice implícitamente que los otros también lo requieren.

Lógicamente si sin el consentimiento no nace la obligación, un contrato real o uno solemne, no la producen aunque la cosa se haya entregado o aunque en la escritura se haya dicho que las partes se obligan. Lógicamente, también, la obligación que nace del contrato no va más allá de donde ha ido el consentimiento. En una palabra, éste es la medida de la obligación y lo que fija el alcance y el objeto de ésta. Encontrando pues, hasta qué punto ha ido aquel consentimiento habremos hallado qué obligación ha producido el contrato. A esto es a lo que tiende la interpretación.

En las sociedades poco adelantadas y en que el derecho es formalista los contratantes deben utilizar ciertas fórmulas determinadas, ciertos moldes; si han recurrido a ellos, los efectos que se producen son determinados y conocidos desde un principio; si no se ha usado de estas fórmulas y moldes su voluntad permanece inoperante. No así en las sociedades en que la autonomía de la voluntad es lo que rige en materia de contratos. Entonces, como ya no hay moldes, los particulares escogen la forma que mejor se adapte al objeto que persiguen. De aquí que los efectos de estos contratos no puedan fijarse de antemano a consecuencia de lo cual la interpretación cobra importancia, pues se trata de saber qué es lo que las partes han querido expresar en cláusulas oscuras, y lo que es más, qué es lo que han querido cuando han guardado silencio.

Por esto en nuestro derecho, que consagra la autonomía de la voluntad, es de gran importancia la interpretación. A dar normas que la faciliten dedica nuestro código civil el título 13 del libro 4o. Estas normas se dirigen al Juez y no a las partes, puesto que, como queda dicho, éstas pueden hacer de común acuerdo lo que a bien tengan, bien sea invalidar el contrato, bien darle cumplimiento y puesto que la interpretación que de él haga una sola de ellas, no tiene ningún valor por cuanto el contrato es un nudo de voluntades, cuyo efecto es precisamente ligar la una a la otra. En el caso con-

trario, es decir, cuando no están de acuerdo en cuanto al contenido del contrato, es cuando al juez incumbe la interpretación. Su misión es fijar el contenido de las cláusulas contractuales, poner en armonía las unas con las otras, atendiendo más a la intención que a lo literal de las palabras. En manera alguna el juez puede invalidar el contrato que según el artículo 1602 es ley de las partes.

De dos modos es, pues, la interpretación de los contratos: la que de ellos hacen las partes de común acuerdo o interpretación auténtica y la que hace el juez, o interpretación por vía judicial.

Al juez toca como queda dicho y repetido buscar en la interpretación del contrato la intención de las partes. Esta es un acto interno que necesita para ser conocido una exteriorización que bien puede ser la palabra escrita o hablada, bien pueden ser otros signos o señales. Sin esta exteriorización la intención no es objeto del derecho, pues permanece inoperante. El derecho no la reconoce, porque no tiene ninguna significación social. Son actos que nacen y mueren dentro del hombre y en nada tienen que ver con el derecho, pues éste requiere siempre más de un individuo. Pero si esto decimos de la intención que permanece oculta, muy otra cosa decimos de la que se manifiesta por signos, de la que sale al exterior y puede ser percibida por los demás. Esta, que si tiene un significado social, si es ya objeto del derecho. Cuando es la de obligarse, la ley la reconoce y le atribuye efectos jurídicos. Con todo, si la intención necesita de formas que pueden ser percibidas por los sentidos, hay que reconocer que estas formas no tienen valor sino porque van animadas de una voluntad que en ellas se manifiesta y que esa voluntad es el elemento esencial. Por consiguiente en la interpretación de los contratos se ha de hacer más caso de la intención de las partes que de su expresión. El juez, ante todo, debe tender a conocer el acto psicológico, esencia del contrato. No debe perder de vista que el signo, la exteriorización, no es otra cosa que el vínculo de que se han valido las partes para hacer penetrar en el mundo del derecho sus actos interiores y que por tanto, no puede atribuirse al signo otro valor. Este es el principio que consagra nuestro código civil en su artículo 1.618.

Otra teoría muy diferente a ésta es la seguida por el código civil alemán, teoría que, antes de pasar al estudio de nuestra propia ley, expondremos siguiendo al profesor Danz en su obra "Interpretación de los negocios jurídicos".

## TEORIA ALEMANA SOBRE INTERPRETACION

"Hasta ahora, la interpretación de los negocios se ha entendido como una función análoga a la de la interpretación filológica, cuya finalidad es descubrir lo que quiso decir, lo que pensó una persona al emitir una declaración de voluntad. Nada más falso. El juez, en su función de intérprete, sólo tiene que preocuparse de ver cómo **entiende la generalidad** de las partes una determinada conducta, ya consista ésta en pronunciar palabras o en ejecutar ciertos actos o en guardar silencio; su misión es ver **qué sentido atribuye el comercio jurídico** a ese modo de conducirse. El juez ha de amparar el fin económico a que según ese análisis aspiran los hombres, fallando que se ejecute la obligación que resulta de eso. Y si procede así, el **efecto jurídico** que decreta se ajustará fielmente a los fines económicos perseguidos por las partes".

"Este modo de interpretar sólo encuentra una excepción, determinada por el principio de la buena fe, y es cuando una de las partes sabía el sentido que daba la otra a su declaración de voluntad".

En estos dos párrafos concreta este profesor el sistema de interpretación que el código civil alemán ha adoptado, sistema como acabamos de decir, opuesto al de nuestro código.

No atiende, pues, este sistema a la voluntad que es la que anima y da vida al negocio jurídico, sino a la expresión de que las partes al consignar esa voluntad, ya sea por palabras, ya por actos, se han servido.

El sentido atribuido a esta expresión no es el que las partes le han dado o han querido darle; es el sentido en que la generalidad de las gentes lo entendería en el comercio jurídico de la vida. Es ésta una presunción de que las partes al celebrar el negocio jurídico se expresaron como lo haría la generalidad de la gente y que en su expresión no se equivocaron.

"Para interpretar una declaración de voluntad, habrá de indagarse la voluntad real y no limitarse al sentido literal de las palabras", dice el código civil alemán.

Este artículo significa que al atender a la interpretación de un negocio jurídico debe atender el juez, no al sentido literal de las palabras, sino que en cada caso ha de fijarse en las circunstancias que se exteriorizaron. A lo que tiende, pues, este artículo es a prohibir la interpretación ceñida meramente a la letra, pero en manera alguna a buscar la voluntad interna de las partes, a la cual habría

que volverle las espaldas de no ser conforme con la expresión en que la generalidad de las gentes la hubiera expresado.

De los medios de que el hombre se vale para expresar su pensamiento, si bien la palabra es el más conocido, no constituye el único. Al hablar por consiguiente de expresión de la voluntad, no se ha de tener en cuenta meramente las palabras habladas o escritas de que las partes se valieron para expresar su voluntad. Ha de tenerse en cuenta también otros actos que generalmente se entienden como declaraciones de voluntad. Además, las partes no siempre han previsto todos los casos que el negocio jurídico alcanza. Estos pueden ser innumerables y presentarse o no, según las circunstancias. En este caso habría también que interpretar lo que las partes hubieran querido contratar, lo cual se haría buscando lo que el común de las personas sensatas harían si se encontraran en el mismo caso.

Precisamente en estos casos en que con la interpretación se han de llenar los vacíos dejados por las partes, se ve cómo interpretar es un arte, dice Danz, que nada tiene que ver con la cuestión de la prueba de la existencia o inexistencia de un hecho, y es un arte jurídico, puesto que tiende a determinar los efectos jurídicos que han de producirse.

En nuestro sistema, interpretar un contrato es encontrar la voluntad interna de las partes. En el sistema alemán la interpretación consiste en encontrar la voluntad de la generalidad de las gentes que en el comercio de la vida se expresaría como lo han hecho los contratantes: es encontrar el acto psicológico que el común de la gente sensata habría revestido de esta manera, no importa que ese acto en manera alguna corresponda a lo que las partes han querido.

No es la función del juez, según esto, una función que consista en una especie de prueba sobre los actos de voluntad, como se hace en materia delictual. Consiste ella en determinar el efecto jurídico producido por la declaración de las partes, mas no por su voluntad.

El negocio jurídico, no es en el sistema de que tratamos un acto de voluntad como en nuestro código, sino "una declaración privada de voluntad que tiende a alcanzar un resultado jurídico, resultado que el derecho ordena que se produzca porque lo quiere el declarante".

Por otra parte los negocios jurídicos pueden existir sin la volun-

dad interna. Lo que si necesita todo negocio, es una declaración de voluntad, pues sin ésta, sería imposible conocer su existencia. Las partes han de manifestar sus voluntades para que sean conocidas. De estas declaraciones, no de la voluntad, nacen derechos subjetivos y obligaciones, porque la ley reconoce a los particulares este poder. Las partes tienen derecho concedido por el derecho positivo, de adquirir los unos y contraer los otros. Pero este derecho de adquirir derechos y contraer obligaciones se lo concede la ley. Las partes al celebrar un contrato no intentan alcanzar un resultado jurídico. El que entra en un restaurante y pide una buena comida, el que pide prestado el paraguas a un amigo, porque llueve, "no pretende evidentemente, en su interna voluntad, adquirir algo simplemente imaginario, el crédito que nace de un contrato de compra o arrendamiento, etc., porque eso no le sirve para acallar el hambre o guarecerse de la lluvia".

Lo que verdaderamente se persigue es tener una buena comida, obtener el paraguas para no mojarse, en una palabra, un resultado económico. "La voluntad interna de las partes no persigue jamás un resultado jurídico".

Y no se puede decir que las partes, porque sea necesario hacer uso de alguna forma que la ley prescribe como necesaria para la validez de un contrato, persiguen un resultado jurídico. El que compra un bien raíz, se vale de la escritura, no para obligar al otro a entregarle la cosa, por obtener este derecho subjetivo, sino porque la adquisición de la cosa está subordinada a la escritura, sin la cual no puede llegar a ser suya. Saben las partes que para obtener este fin económico necesitan valerse de ciertas formas, pero no lo hacen de otro modo que el ladrón, que creyendo encontrar el dinero a mano, encima de la mesa, tiene que valerse de una ganzúa para abrir la caja y robarlo.

Todos sabemos que quien promete suele cumplir. En los contratos lo que pretende la parte que celebra es que la otra prometa cumplir una prestación económica. Solamente los juristas se dan cuenta de que al contratar nace una obligación; las otras personas ni siquiera piensan en ello; contratan por obtener la prestación que pretenden, pues la obligación que de allí nace no les interesa; nadie contrata con otro si sabe que para hacerle cumplir la prestación ha de tener que recurrir al juez.

Es el Estado el que hace nacer este resultado jurídico consistente en el derecho subjetivo por una parte y por la otra en la obli-

gación, pues sólo mediante él se puede alcanzar la efectividad de las prestaciones económicas. No es necesario para que este resultado llegue a existir que las partes hayan querido o no, que naciera. Ni siquiera influye el que las partes convinieran en el nacimiento de este resultado; él nace de **"suyo, por virtud de la ley"**, tan pronto como existe una declaración de voluntad encaminada a obtener fines económicos. Si la ley atendiera a la voluntad interna de las partes para ordenar o no el nacimiento de la obligación y del derecho, la mayor parte de las veces no nacerían, puesto que las partes al celebrar, sólo atienden a obtener una prestación económica y en manera alguna a obtener un resultado que no sirve para satisfacerles sus necesidades.

Mas como es a la declaración de voluntad a la que la ley señala estos resultados jurídicos y no a la voluntad interna, al acto psicológico, si de la declaración de voluntad aparece que no se persigue ningún resultado económico, entonces la ley no le fija ninguno. Así por ejemplo, la declaración de voluntad hecha por un actor en la escena, aunque es perfecta, de las circunstancias aparece claramente que no tenía por objeto fin económico ninguno.

Así, también, cuando de la declaración de voluntad aparece que no tiende a producir resultado alguno jurídico. Esto porque como de ella salen aquellos resultados que se conforman con su significación, claro está que si de ella no aparece provocado ningún resultado jurídico, no ha de engendrar ninguna obligación para las partes.

"La declaración de voluntad es **"la conducta de una persona que, según la experiencia del comercio social y apreciando todas las circunstancias, permite ordinariamente inferir la existencia de una determinada voluntad, aunque en un caso concreto resulte falsa esa deducción, es decir, aunque la persona de que se trate no tenga en realidad esa voluntad interna que de su declaración se infiere"**.

Lo que se desprende de esta conducta en la vida jurídica ordinaria, lo que el común de las gentes entiende, por ella, es la voluntad a que los efectos jurídicos han de ajustarse. Si uno ha dicho comprar y otro vender, de allí nace el efecto jurídico consistente en la obligación de entregar la cosa para el vendedor, y el precio, para el comprador; y el derecho subjetivo de exigir el primero el precio y el segundo la cosa. Esto, porque en la vida de los negocios, estas palabras significan que las personas que las emplean han querido, adquirir el objeto vendido, la que dice comprar y el dinero la que dice vender. Bien puede ser, que en un caso concreto, la una haya

querido permutar, pero como no expresó esta palabra, y la obligación es adecuada a la expresión y no a la voluntad, lo que hizo fue obligarse a pagar en dinero el precio de la cosa.

Para que nazcan estos efectos jurídicos es, además, necesaria la capacidad. Por esto la declaración de un hipnótico no vale. En cambio el que quiere comprar una libra de café y dice un quintal, creyendo que significa libra, hace un contrato sobre un quintal.

La simulación en cambio, no tiene eficacia jurídica, porque del **estado general** se desprende claramente la realidad. No se debe tener en cuenta tan sólo el contrato principal sino el pacto accesorio que quita al principal toda eficacia. No deja de producirse, pues, el efecto jurídico porque falte una voluntad, mas porque de la declaración aparece que no ha de nacer la obligación. Asimismo las declaraciones de voluntad no serias, o sea sin intención de que produzcan obligación, no valen, pero no por esta falta de intención, sino porque de la declaración misma, según el conjunto de los hechos, no aparece esta intención. Así, por ejemplo, si el profesor de civil dice a sus discipulos que les da su casa de campo, bien se entiende que esta declaración es por explicar la donación.

La reserva mental no invalida el negocio puesto que el que la hace se niega a querer lo declarado conforme a su significación usual. Esto porque "toda declaración de voluntad constitutiva de negocio jurídico, produce normalmente los efectos jurídicos que corresponden al **significado usual** de las palabras".

Con esta teoría, dice Danz, no se pretende negar que detrás de la declaración de voluntad hay un acto interno la mayor parte de las veces. Sólo se pretende objetivar esta voluntad en su declaración. La razón de ello es que los hombres conocen los signos por los cuales se expresan y sobre todo el idioma de su país, pues se han levantado en esas costumbres, sobre todo en la del lenguaje. Ellos se sirven, pues, de esos signos para hacer conocer de otros sus pensamientos y sus deseos. "Así, si el legislador quiere que hagan nacer efectos jurídicos adecuados a su voluntad **interna**, nada mejor que disponer, como hace en el Nro. 242 Cod. civ. que se produzcan aquellos efectos jurídicos que correspondan al **sentido usual** de las palabras; de este modo conseguirá en millones de casos que nazcan precisamente los efectos que persigue la **voluntad interna** de las partes".

Como comparación de esta teoría con la seguida por nuestro código, destacamos a continuación los siguientes párrafos de la o-

bra del doctor Rafael Isaza Moreno, llamada "La Fuerza Obligatoria del Contrato".

"Con los necesarios correctivos, esta teoría de la declaración favorece los intereses del crédito, el cual reclama cierta seguridad en las transacciones. Pero en nuestro concepto, se llega al mismo resultado práctico con la doctrina tradicional del acto jurídico, que, partiendo de la idea de que es la voluntad en sí la que determina sus efectos, reconoce algunas desviaciones de este principio para favorecer el tráfico de buena fe. En efecto, la doctrina clásica admite que cuando uno de los contratantes emite dolosa o culpablemente una declaración disconforme con su voluntad real, no puede invocar esa disconformidad real para impedir que el acto produzca sus efectos. Esta solución, indispensable en la práctica para proteger al contratante que acepta la declaración, no carece de fundamento teórico. El derecho no sanciona la actividad de los particulares sino cuando persigue un fin social, cuando el resultado económico que se busca es como un elemento de la vida económica general y se armoniza con ella. Así como no presta su apoyo a los actos volitivos que no se exteriorizan, que no llegan a ser actos sociales, tampoco protege los que atentan contra los intereses comunes del comercio jurídico".

Y más adelante agrega:

".....nuestro Código Civil no solamente se adelantó a los desarrollos que los tribunales franceses habían de darle a la noción de la sustancia, haciéndola depender cada vez más de los móviles internos, sino que previó las recientes orientaciones que la teoría de la declaración ha venido tomando en la doctrina moderna, especialmente entre los autores alemanes. Qué significa, en efecto, decir que el error no vicia el consentimiento cuando recae sobre una cualidad accidental de la cosa, que para una de las partes constituye el motivo principal del contrato, sino cuando el carácter determinado de ese motivo, **ha sido conocido de la otra parte?** (artículo 1.511). Es como decir que el error en ese caso no debe ser tomado en consideración sino cuando versa sobre **un hecho declarado**. No exige que el hecho determinante haya sido previsto formalmente en el contrato; pero, en cierto modo, lo requiere como elemento tácito del acuerdo, so pena de no estimar el error que sobre él recaiga como causa de inhabilidad".

No estamos, pues, de acuerdo con esta teoría, que por otra parte es contraria a la de nuestro código y por tanto inaceptable en

bra del doctor Rafael Isaza Moreno, llamada "La Fuerza Obligatoria del Contrato".

"Con los necesarios correctivos, esta teoría de la declaración favorece los intereses del crédito, el cual reclama cierta seguridad en las transacciones. Pero en nuestro concepto, se llega al mismo resultado práctico con la doctrina tradicional del acto jurídico, que, partiendo de la idea de que es la voluntad en sí la que determina sus efectos, reconoce algunas desviaciones de este principio para favorecer el tráfico de buena fe. En efecto, la doctrina clásica admite que cuando uno de los contratantes emite dolosa o culpablemente una declaración disconforme con su voluntad real, no puede invocar esa disconformidad real para impedir que el acto produzca sus efectos. Esta solución, indispensable en la práctica para proteger al contratante que acepta la declaración, no carece de fundamento teórico. El derecho no sanciona la actividad de los particulares sino cuando persigue un fin social, cuando el resultado económico que se busca es como un elemento de la vida económica general y se armoniza con ella. Así como no presta su apoyo a los actos volitivos que no se exteriorizan, que no llegan a ser actos sociales, tampoco protege los que atentan contra los intereses comunes del comercio jurídico".

Y más adelante agrega:

".....nuestro Código Civil no solamente se adelantó a los desarrollos que los tribunales franceses habían de darle a la noción de la sustancia, haciéndola depender cada vez más de los móviles internos, sino que previó las recientes orientaciones que la teoría de la declaración ha venido tomando en la doctrina moderna, especialmente entre los autores alemanes. Qué significa, en efecto, decir que el error no vicia el consentimiento cuando recae sobre una cualidad accidental de la cosa, que para una de las partes constituye el motivo principal del contrato, sino cuando el carácter determinado de ese motivo, **ha sido conocido de la otra parte?** (artículo 1.511). Es como decir que el error en ese caso no debe ser tomado en consideración sino cuando versa sobre **un hecho declarado**. No exige que el hecho determinante haya sido previsto formalmente en el contrato; pero, en cierto modo, lo requiere como elemento tácito del acuerdo, so pena de no estimar el error que sobre él recaiga como causa de inhabilidad".

No estamos, pues, de acuerdo con esta teoría, que por otra parte es contraria a la de nuestro código y por tanto inaceptable en

nuestro derecho positivo, por cuanto hace más caso de la declaración de voluntad que de la intención, siendo así que si aquella tiene algún valor es porque está animada por ésta. Se aleja, además, de la realidad, porque entiende la declaración como la entenderían las personas sensatas, en vez de estudiar en los contratantes mismos el valor de su declaración y buscar en ellos la intención con que verificaron el contrato.

### NORMAS DE INTERPRETACION

Nuestro Código Civil, dedica el Título 13 del libro 4o., a dar al juez algunas normas de interpretación de los contratos.

Como es sabido, esta interpretación es una cuestión no de derecho sino de hecho. Las partes tienen libertad para contratar y el contrato es una ley para ellas; pero es una ley, en cuanto ellas han querido obligarse; así, pues, lo que importa fijar es a qué han querido obligarse, hasta dónde han concurrido sus voluntades. No más que hasta allí, el contrato es una ley.

Las normas de interpretación de nuestro código, fueron tomadas de las del código civil francés, que a su vez fueron sacadas de Pothier. Así, pues, nada mejor para ilustrar estas normas, que los ejemplos mismos que trae este autor:

"Artículo 1.618. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más bien que a lo literal de las palabras".

Ejemplo: te arriendo un apartamento en mi casa, de la que yo ocupo lo restante; luego te hago un nuevo arrendamiento en éstos términos: te arriendo mi casa por tantos años, al precio estipulado en el contrato anterior. Tendrías por esto fundamento para pretender que te habría arrendado toda mi casa? No; puesto que si **mi casa**, en el sentido gramatical, significa mi casa entera y no un simple apartamento, no es menos claro que nuestra intención no ha sido otra que renovar el arrendamiento que antes teníamos y esta intención de la cual no se puede dudar, debe prevalecer sobre los términos del contrato.

Tiene lugar la aplicación de este artículo cuando la intención de los contratantes es distinta a la que significan las palabras empleadas. Como éstas no son sino un medio de que las partes se han valido para expresar su voluntad, no tienen más valor que el que toman de esta voluntad; así, pues, cuando no son conformes con

ella, son signos sin significado, a los cuales no debe prestarse atención. Ocurre esto cuando aparece de otra parte, claramente, una intención que no cabe en el significado de las palabras, intención que según dice el artículo, debe aparecer claramente. Es esto muy razonable, pues siendo las palabras el medio más eficaz de dar a conocer el pensamiento, a ellas debe estarse antes que a todo. Solamente la intención que les da vida es poderosa a quitársela; de ahí que únicamente cuando es evidente que no se contiene en ellas, pueda negárseles el valor, como en el ejemplo transcrito.

En aplicación de esta misma regla el juez no ha de hacer caso al nombre que las partes den al contrato, si de los términos de éste, de las cosas de su esencia, aparece que es un contrato distinto el que han celebrado las partes; así pues, si han dicho arrendamiento y es hipoteca, debe atenderse a ésta.

Además, los medios de que el juez dispone para conocer la intención de los contratantes, distintos al tenor literal del contrato, no siempre son contrarios a este tenor. Si algunas veces aparece de ellos que la intención verdadera no es la consignada en las palabras, muchas veces también, aparece que lo que éstas dicen lo corroboran estos otros medios. No son pues, lo literal, y los hechos y circunstancias que rodean el contrato, medios antagónicos y reñidos; antes bien, muchas veces éstos dan a conocer la intención que de la letra del contrato resulta oscura por un doble sentido o por una aparente contradicción. Son medios, por consiguiente, que las más de las veces se hermanan y complementan.

"Artículo 1619.—Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado".

Por ejemplo, dice Pothier, si un legatario vende al heredero por una suma sus derechos resultantes del testamento del difunto, no será excluido de pedir otro legado que se le hizo por un codicilo no aparecido hasta después de la venta.

"Artículo 1.620.—El sentido en que una cláusula debe producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno".

Ejemplo: en un acto de partición se ha convenido entre Pedro y Pablo que éste podría pasar por sus heredades; entiéndese por las heredades de Pedro, pues de otro modo la cláusula no tendría efecto, porque es claro que Pablo sin necesidad de esta cláusula, podía pasar por sus propias heredades.

El hombre siempre obra movido por un fin; por consiguiente no

es lógico suponer que obró no más que por obrar. Muchas veces no conocemos los fines porque obran los demás, pero si sabemos que los persiguen. Así pues, si un acto interpretado de una manera no alcanza ningún fin y de otra sí lo alcanza, pudiendo dársele a este acto cualquiera de las dos interpretaciones, es más razonable que se le de la segunda.

Para fijar el efecto que tiene una cláusula se atiende al momento en que se celebró el contrato; así, en el ejemplo puesto antes, para Pablo pasar por la heredad de Pedro se ha fijado una condición suspensiva y mientras tanto la heredad de Pedro llega a ser de Pablo, la cláusula queda sin efecto, a pesar de lo cual tiene que interpretarse en el sentido que no lo tiene y no en otro, ya que cuando las partes estipularon, la cláusula si podía llegar a producirlo.

Un acto cuyo carácter es dudoso, dice Baudry Lacantineri, debe ser interpretado en el sentido que permita considerarlo como válido más bien que en el sentido en que sería nulo. Cita a este respecto una jurisprudencia de un tribunal francés que en el caso de un acto enteramente escrito, fechado y firmado de puño y letra del causante que decía: "Yo dono a mi mujer todo lo que poseo en propiedad" declaró que era válido como testamento, ya que como donación era nulo, pues no se puede hacer donación de todos los bienes.

"Artículo 1621.—En aquellos casos en que no apareciere voluntad contraria deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre a la naturaleza del contrato".

"Las cláusulas de uso común, se presumen aunque no se expresen".

Ejemplo: si te arriendo por nueve años mi predio rústico por mil francos, se deberá considerar que no es una suma de mil francos por todo el tiempo, sino de mil francos por año, pues es de la naturaleza del arrendamiento que el precio de los predios rústicos consista en una suma anual.

Si contrato con un mayordomo para mí finca y nada dijimos sobre el cuidado de los animales, pero ésta es una cláusula que se acostumbra poner en esta clase de contratos, el mayordomo estará obligado a este cuidado.

De la naturaleza de un contrato son aquellas cosas que no siendo esenciales en él, como el precio en la compraventa, se entiendan pertenecerle, dice el artículo 1.501 del código civil.

"Artículo 1622.—Las cláusulas de un contrato se interpretarán

unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor conven-  
ga al contrato en su totalidad."

"Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las  
mismas partes y sobre la misma materia;"

"O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas am-  
bas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra parte".

Si Juan vende a Pedro un caballo, y la cláusula que trata del  
precio es oscura, pero en la que se habla de la forma del pago di-  
ce que se pagará en contados de a veinticinco pesos cada uno, y en  
otra cláusula se expresa que los contados son mensuales y se co-  
menzarán a pagar al mes de la venta, de modo que al correr cuatro  
meses el caballo esté totalmente pagado, la oscuridad de la primera  
cláusula desaparece, porque interpretándola por las otras dos se en-  
tiende que el caballo fue vendido por cuatro contados de a veinticin-  
co pesos o sea por cien pesos.

Es natural que la interpretación del contrato se haga por la in-  
terpretación armónica de sus cláusulas, porque éstas no son más que  
partes del todo que se llama contrato, al cual integran mediante su  
unión.

Podrán también interpretarse mediante otros contratos celebra-  
dos entre las mismas partes y sobre la misma materia, porque es  
natural que si no han variado las circunstancias tampoco haya vari-  
ado la voluntad de las partes, que suele atender a éstas.

La aplicación práctica que las partes hacen del contrato tiene  
valor para su interpretación, porque demuestra el modo como éstas  
han entendido el contrato; esta aplicación práctica equivale en cier-  
to modo a la interpretación auténtica, interpretación que se ante-  
pone a la judicial y que por consiguiente no debe ser desatendida  
por el juez.

"Artículo 1623.—Cuando en un contrato se ha expresado un  
caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso ha-  
berse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los  
otros a que naturalmente se extienda".

Es tan sencillo este artículo que no necesita comentario. Don-  
de podría presentarse la dificultad sería en saber si el caso verda-  
deramente tiene por fin explicar la obligación, o restringir a ese so-  
lo caso el alcance de ella; sabido esto lo demás es muy claro.

"Artículo 1624.—No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas  
precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambi-  
guas a favor del deudor."

"Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella".

Hay que tener en cuenta que esta regla es subsidiaria, que no se aplica sino cuando las anteriores no han sido suficientes para esclarecer el contrato. En general, en los contratos, cada cláusula se dicta por el estipulante, y por consiguiente, si no se explica claramente, es natural que se interprete contra él la duda que de su redacción resulte.

Con mayor razón si, como dice el artículo, la ambigüedad proviene de una explicación que debió darse por la parte que ha redactado la cláusula.

Es también natural que se interprete a favor del deudor la cláusula dudosa cuando no ha sido redactada por él o no proviene la duda de su culpa o descuido, porque la obligación es una limitación de la libertad; así, pues, es razonable suponer que se ha obligado a lo menos posible.

Con este artículo termina el título sobre interpretación de contratos. Como se ve, las reglas son sencillísimas, muy fáciles de entender: "Son claras, dice don Fernando Velez, pero es difícil su aplicación". Necesita el juez para aplicarlas, de todo el tino posible, del más completo conocimiento, no sólo del contrato, sino de las circunstancias en que se hizo, de las costumbres que haya al respecto, de los contratantes mismos.

Otros artículos hay en nuestra ley que hablan de la interpretación, como el 1127 del código civil, cuyo segundo inciso, con referencia a los testamentos, da una norma idéntica a la del artículo 1618, con referencia a los contratos y que por eso no comentamos.

Los artículos 1540 y 1541 se refieren tanto a la interpretación de la condición impuesta en un testamento como a la impuesta en un contrato. Dice el primero:

"La condición debe ser cumplida del modo que las partes han probablemente entendido que lo fuese, y se presumirá que el modo más racional de cumplirla es el que han entendido las partes".

"Cuando, por ejemplo, la condición consiste en pagar una suma de dinero, a una persona que está bajo tutela o curaduría, no se tendrá por cumplida la condición si se entrega a la misma persona, y ésta la disipa".

Este artículo está de acuerdo con el 1618, pues establece que

el modo como se ha de cumplir la condición es aquél que se conforme con la intención de las partes.

El artículo siguiente no se refiere al modo como se ha de cumplir la condición, como el 1540, sino a los hechos en que la condición consiste: dice así: "Las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida". Es este artículo una excepción al principio que rige la interpretación de los actos civiles? Vimos cómo el anterior se ciñe a ese principio, en virtud del cual atiende a la intención y no a lo literal. No es probable, pues, que a renglón seguido, y en materia tan semejante, por no decir en una misma, el código haya aplicado un principio distinto. Lo que se ha querido evitar diciendo que el cumplimiento ha de ser literalmente en la forma convenida, es que la condición se cumpla por equivalencia y no *in forma específica*. Así lo demuestra el artículo del proyecto de código que decía: "Las condiciones deben cumplirse literalmente, en la forma específica designada por el testador. Podrán, con todo, cumplirse de un modo equivalente cuando tal haya sido verosímelmente el ánimo del testador".

Así, si se pone por condición en un contrato la de dar a Pedro una casa, no queda cumplida la condición si se le da el valor para que la compre. Este cumplimiento de la condición en la forma literal convenida por las partes, supone que lo convenido por éstas es claro, que no necesita interpretación. Por consiguiente, el artículo 1541 no va en nada contra la norma del 1618.

El artículo 1603 del código civil, dice: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".

Con este artículo queda abolida en nuestro derecho la distinción que existía en el Derecho Romano, entre los contratos de derecho estricto o sea aquellos que no obligaban sino a lo que en ellos se decía y en los cuales había que atender a la extensión de la fórmula, para determinar el alcance de la obligación, y los contratos de buena fe que eran los que obligaban a todo lo que emanaba de ellos, ya por la naturaleza del contrato, ya por la costumbre, ya por la ley.

En nuestro derecho no hay contratos sino de buena fe; de aquí la importancia de la interpretación que en los de estricto derecho, o no tenía cabida o era muy restringida, porque la ley les señala-

ba sus resultados precisos, y fijos. No así en los de buena fe, en que se atendía a la intención de las partes y en los cuales, por consiguiente, había de hallarse esta intención.

Ahora para terminar estos breves comentarios a las normas de interpretación, pasemos al código de comercio, para indicar no más, algo de lo que a este respecto se encuentra en él.

Dice el artículo 182: "Los principios que gobiernan la formación de los contratos y obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modos de extinguirse, anularse o rescindirse, y su prueba, son aplicables a los contratos y obligaciones mercantiles, salvo las modificaciones que establecen las leyes especiales del comercio".

De acuerdo con este artículo, la interpretación de los contratos mercantiles ha de hacerse en conformidad con las normas que hemos visto en este capítulo. El juez no ha de hacer diferencia en la interpretación de un contrato mercantil y uno civil, mientras la ley especial del comercio no la establezca; la intención de las partes, que es la norma principal en la interpretación, tiene cabida en unos como en otros.

Con todo, como al interpretar un contrato debe tenerse en cuenta la costumbre y ésta es muy distinta según se trate de negocios civiles o comerciales, se sigue que de un contrato celebrado entre comerciantes y otro entre personas que no lo son, se pueden inducir diversas obligaciones aunque los contratos sean idénticos, obligaciones que nacen no propiamente de lo expresado entre las partes, sino de la costumbre a que dichos contratos se reputan sometidos.

Este modo de interpretar el contrato de acuerdo con los usos y costumbres, está consagrado en el artículo 4º del código de comercio que dice:

"Las costumbres o los usos mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, e interpretar los actos y convenciones mercantiles".

Como más adelante trataremos de este tema, nos abstenemos de hacerlo aquí más largamente.

## COSTUMBRE

El artículo 1618, al ordenar al juez que en la interpretación de los contratos, conocida claramente la intención de las partes debe

estarse a ella más bien que a lo literal de las palabras, admite que el juez puede llegar al conocimiento de la intención por otros medios distintos de las palabras de que las partes se han servido para contratar; todavía más, que cuando estos medios producen un conocimiento claro de la intención, el juez debe atenerse a lo que de ellos resulta aunque su sentido sea contrario al de las palabras empleadas. La costumbre, muchas veces es uno de estos medios.

Es éste un modo de obrar a que se ciñe la generalidad de las personas de un lugar o de cierta clase. Por ejemplo; es costumbre de Medellín el ir a misa los días de fiesta religiosa porque la generalidad de la gente de Medellín va a misa esos días; asimismo, es costumbre de los marineros embriagarse cuando llegan a tierra, porque la generalidad de ellos así obra. Cuando oímos decir que en tal lugar o entre cierta clase de personas hay una costumbre, entendemos que las personas de ese lugar o esa clase de gente tienen, en el modo de obrar, algo que es uniforme y común a la generalidad de ellas. Si alguna de esas personas obra de manera distinta, decimos entonces, no que ya no existe la costumbre, sino que esa persona se aparta de ella; a pesar de eso, la costumbre permanece, pues la constituye no una universalidad, sino una generalidad, que no es destruida por las excepciones. Ahora bien, excepción es lo que no es común, lo que es raro, lo que se aparta de la generalidad y por consiguiente, quien para buscar el modo de obrar un individuo se atiene a la costumbre, lleva más probabilidades de acertar que quien, apartándose del dato que ella le da, quiere encontrar la excepción. Por esto la costumbre es para el juez un auxilio en la interpretación de los contratos. El legislador, que es sabio, no la ha desdeñado; antes la ha colocado a la altura de la ley. Dice el artículo 2 del código de comercio: "Las costumbres o los usos mercantiles tendrán la misma autoridad que la ley, siempre que no la contrarién expresa o tácitamente.....". El 4 del mismo código dice: "Las costumbres o los usos mercantiles servirán de regla para determinar el sentido de las palabras o frases técnicas del comercio, e interpretar los actos y convenciones mercantiles"; el artículo 8 del código civil al decir que la costumbre no tiene fuerza contra la ley, implícitamente se la reconoce cuando no es contrario a ésta. El mismo código, en el contrato de arrendamiento, artículo 1998, se refiere a ella cuando dice que se entiende por reparaciones locativas, las que según la **costumbre**, son de cargo de los arrendatarios; y cuando en el título sobre la interpretación de los contratos, artículo 1621,

dice que las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen; por cláusulas de uso común entiendo las acostumbradas.

No debe la ley desatender la costumbre, antes ceñirse a ella y acatarla, no olvidando que muchas veces en ella tuvo su origen. A la ley toca dirigir y ordenar la sociedad; en ella mejor que en nada, se manifiesta su cambio y su desarrollo. La sociedad está constituida, por decirlo así, de costumbres; la mayor parte de los actos del hombre que vive en sociedad, sobre todo en los que tienden a relacionarlo con los demás, entra en gran parte la costumbre. Podríamos decir, que un idioma determinado, no es otra cosa que una costumbre que tienen los que lo hablan de llamar cada cosa con un nombre determinado.

Se comprende pues, qué importancia tiene la costumbre como medio auxiliar para la interpretación de los contratos. Sirve no sólo para fijar el valor que las partes han dado a cada palabra, sino también para determinar hasta dónde han querido obligarse las partes en lo no previsto, como lo veremos en algunos ejemplos.

Si dos personas que viven en una misma ciudad y tienen la misma profesión, por ejemplo, carpinteros, hacen un contrato sobre unas **cerraduras** y luégo no se ponen de acuerdo sobre qué es **cerraduras**, el juez para interpretar sobre qué objeto ha recaído el contrato, ha de averiguar qué sentido tiene esta palabra en el lugar en que se efectuó el contrato y entre las personas contratantes.

Si encuentra que el significado que a esa palabra se acostumbra dar en ese lugar y por esa clase de gente, es el de puertas, de modo que al contratarse tantas cerraduras lo que se quiere decir, es tantas puertas, ha encontrado por medio del uso o la costumbre, que el objeto sobre que se quiso contratar son puertas y no otra cosa, porque no es verosímil que dos individuos que viven en el lugar, no sepan el significado de las palabras propias de su oficio, que allí se acostumbran. El contrato, pues, se refiere a puertas y no a lo que llamamos chapa, que es lo que en buen castellano significa cerradura.

La costumbre tiene cabida unas veces para determinar el alcance y significado de las palabras como en el ejemplo anterior; otras para aclarar el alcance de la obligación misma, como en el ejemplo que pondremos.

Mando a hacer un vestido a un sastre de Medellín, y éste me lo entrega sin aplanchar alegando que la palabra hechura no comprende tal cosa porque entonces podría decirse cada vez que el ves-

tido se ajara que no estaba acabado de hacer, lo cual no es así. Yo le contesto que en verdad, dicha palabra no tiene ese alcance, pero que sin embargo él está obligado a aplancharlo porque esto entraba tácitamente en el contrato.

Como no logramos ponernos de acuerdo, vamos al juez. Este dice: de las palabras mismas del contrato no se saca que el sastre tenga la obligación cuyo cumplimiento se pide; las partes mismas están de acuerdo en que nada se habló de aplanchar, pues este acto según ellas lo dicen no queda comprendido en la palabra "hechura". Con todo, atendiendo a la intención y dejando el tenor literal, encontramos que en todos los contratos idénticos a éste se entiende incluida la obligación que se reclama, no obstante no hablarse nunca de ella. Siendo, pues, ésta la costumbre, que es lo general, es natural suponer que las partes, que la conocían, se sometieron a ella, ya que no expresaron nada en contrario. Así, pues, de la costumbre se saca la intención, esencia del contrato, a la cual hay que atenerse.

Si una persona alquila una casa para vivir en ella, pero en el contrato nada se ha dicho sobre el pago de agua, luz y teléfono y en el lugar del contrato es costumbre uniforme y reiterada que estos servicios los pague el inquilino, es lo más acertado juzgar que la intención de los contratantes ha sido la de seguir la costumbre, ya que costumbre de un lugar es lo que la generalidad de las personas de ese lugar suele hacer. Si al contrario, es el acreedor el que acostumbra pagar el agua, la luz y el teléfono, interpretando el contrato por medio de la costumbre, es a éste a quien el pago corresponde.

Hay además de las costumbres de un lugar, las costumbres de un individuo particular y si aquéllas prestan una ayuda para interpretar la voluntad de todas las personas de ese lugar, éstas prestan ayuda para interpretar la del individuo cuya es la costumbre.

Así, por ejemplo: en el comercio de tal ciudad, se acostumbra, entre comerciantes, un mes de plazo para el pago de las mercancías compradas. Si un comerciante de esa plaza vende a otro diez piezas de género y nada se dice acerca del pago, es lo natural creer que se ciñen a la costumbre. Pero resulta que hace diez años que Juan viene comprándole a Pedro las mercancías de que surte su almacén; durante todo este tiempo, Pedro, rompiendo la costumbre del lugar, da a Juan no uno sino tres meses de plazo, para el pago de lo que compra y Juan, aprovechándose de este plazo, no paga

nunca hasta su vencimiento. Si Juan realiza una compra a Pedro y nada se dice sobre el pago, parece claro que las partes han contratado en las mismas condiciones que antes y mientras no se pruebe lo contrario, el juez, por la costumbre observada anteriormente, encuentra motivos para creer que el plazo concedido es el de tres meses.

El artículo 1622 del código civil dice que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse por las de otros contratos entre las mismas partes y sobre la misma materia. Esta norma que da el código mismo, tiene aplicación en el caso anterior.

La costumbre, como medio de interpretación es traída no sólo por la ley y por el juez, sino por las partes mismas. Muchas veces éstas en la imposibilidad de prever las circunstancias en que el contrato ha de ejecutarse o las situaciones a que éste puede dar lugar, estipulan ceñirse a la costumbre. El juez, por consiguiente, al interpretar dichos contratos, no echará mano de ésta en busca de la intención solamente, sino en cumplimiento de la misma intención.

## CIRCUNSTANCIAS

Asimismo deben tenerse en cuenta las circunstancias del caso, para conocer por medio de ellas la intención de las partes. El tan citado artículo 1618, al decir que se ha de atener el juez a la intención, más que a lo literal de las palabras, da también cabida a estas circunstancias en la interpretación de los contratos.

Qué definición podríamos dar de estas circunstancias? A este respecto dice Danz. "Es imposible, naturalmente, dar una definición de estas circunstancias del caso concreto, porque se resiste a ello la infinita e incesante variedad que la vida ofrece; podría acaso decirse que estas circunstancias que el juez ha de observar forman el ambiente general del caso, pero nada saldríamos ganando con esto".

Estas circunstancias son hechos que deben establecerse o por la confesión de la parte o por medio de prueba. Una vez conocidas se pasa de ellas a la interpretación. \*

Sabido es que las circunstancias determinan muchas veces nuestros actos y que éstos suelen tener un valor diferente en diferentes circunstancias. Un abrazo que damos a un amigo cuando acaba de morir su madre, significa que le damos el pésame; muy al contrario, si lo abrazamos cuando acaba de llevarse un premio en

un reñido concurso, significa que lo felicitamos. Una misma acción, pues, significa dolor o alegría, por las circunstancias en que se lleva a cabo. Por esta razón en la interpretación de los contratos, en que se trata de hallar la voluntad de las partes manifestada siempre en algunas circunstancias, no se pueden desechar éstas, sin perder en esa interpretación una poderosa ayuda. Ya dijimos cómo el artículo 1618 le da cabida. Nuestros códigos civil y de comercio también lo hacen: el segundo en el artículo 222, donde dice: "Siempre que la cosa vendida a la **vista** sea de las que se acostumbra comprar **al gusto**, la reserva de la prueba **subentiende** de derecho, e implica la condición suspensiva si la cosa fuere sana y de mediana calidad, a menos que resulte de las **circunstancias** o de los términos del contrato que la intención de las partes ha sido celebrar un contrato puro".

Si el contrato es o no condicional, en el caso contemplado por el artículo transcrito, depende de la intención que al celebrarlo han tenido las partes. El medio de llegar a conocer esta intención, según el mismo artículo, es los términos del contrato o las circunstancias en que fue celebrado. El juez, por consiguiente, mediante estas circunstancias, ha de decidir si el contrato fue o no celebrado bajo condición suspensiva. Si fue celebrado bajo esta condición, y resulta que la cosa materia del negocio no es sana ni de mediana calidad, no hay compraventa. En cambio si de las circunstancias aparece que no fue celebrado bajo condición sino pura y simplemente, entonces hay compraventa. De aquí vemos qué importancia tienen las circunstancias, pues por ellas se llega muchas veces a saber si hubo o no convención. No dice el artículo qué circunstancias son las que dan a conocer la intención de las partes, luego todas aquéllas, por donde se pueda conocer la intención de las partes, son aprovechables.

Un caballo de silla es uno de estos objetos que se acostumbra comprar al gusto. Tenemos en cuenta al negociarlo, el color, la figura, la edad, los bríos, el paso, los resabios, etc. Juan pasa montado en el suyo y Pedro dice: te compro ese caballo. Juan se lo vende. Resulta después, que el caballo no es ni sano, ni de mediana calidad; le dan calambres a poco andar, es resabiado y no tiene paso de animal de silla, sino de carga. Según el artículo citado, Juan tiene obligación de recibir de nuevo el caballo y devolverle el precio a Pedro, pues no aparece ni de los términos ni circunstancias del contrato que éste haya querido celebrar un contrato puro. Pero re-

sulta que Pedro y Juan son herederos de Antonio y conocen el testamento, en el cual se ha ordenado a Pedro comprarle a Juan el caballo para pagárselo como legado a un sobrino de Antonio. Es ésta una circunstancia que da a conocer que la intención de Pedro era no más que la de cumplir con el legado que consistía en dar al sobrino de Antonio ese caballo y no otro; por consiguiente, la compra del animal según las circunstancias, aparece hecha pura y simplemente y no bajo la condición suspensiva de que el animal fuera sano y de mediana calidad, pues no tenía ningún objeto en probarlo siendo así que por malo que fuera el animal, no cumpliría el legado sino comprándolo y dándolo al sobrino del difunto Antonio.

El artículo 1693 del código civil, también da cabida a estas circunstancias: "Para que haya novación, dice, es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar...."

El 2226 del mismo código dice: "Si se hubiere pactado que el mutuario pague cuando le sea posible, podrá el juez, atendidas las circunstancias, fijar un término".

Tanto estos artículos como el citado atrás del código de comercio hablan de la declaración y de las circunstancias, como de cosas que dieran a conocer separadamente la intención. Así suele ocurrir muchas veces, por ejemplo, cuando de lo declarado aparece una intención y de las circunstancias otra; o cuando callan las partes acerca de algo que las circunstancias dan a conocer; o cuando una y otra cosa, son tan claras, que cada una de por sí, da a entender lo que han querido las partes. Pero muchas veces no ocurre así y es cuando para entender el sentido de lo declarado es necesario echar mano de las circunstancias, y en que, según éstas, las palabras pueden tener un valor diferente. Entonces circunstancias y declaración no pueden separarse.

Estas circunstancias pueden ser múltiples: pueden ser, por ejemplo, el lugar en que se digan esas palabras, o las relaciones de las personas que hablan, etc. Veamos ejemplos.

Si yo digo, hágame el favor de darme El Quijote, significa esto que quiero que me entreguen el libro. Ahora bien, qué intención tengo yo al pedir este libro? Qué intención tiene la persona que me lo entrega? Esto se puede fijar por las circunstancias. Si yo entro a una librería y le digo al librero: Hágame el favor de darme El Quijote: del lugar que es destinado a la venta de libros, del oficio del librero que es el de venderlos, de los avisos que he visto en los pe-

riódicos, etc., se desprende que mi intención es la de comprar y la del librero la de vender. Mis palabras, pues, quieren decir: Hágame el favor de venderme El Quijote; si, por consiguiente me llevo el libro, estoy obligado a pagar el precio. En cambio, si digo aquellas mismas palabras, no en la librería sino en la biblioteca de la Universidad, mis palabras tienen un distinto valor; demuestran otra muy distinta intención de la parte del bibliotecario y de la mía, intención que se saca del lugar en donde las he pronunciado. El fin de esta biblioteca es prestar los libros y por consiguiente, su objeto es no celebrar compraventas, sino comodatos. De aquí que si me llevo El Quijote, el bibliotecario tiene derecho a reclamármelo pasado cierto tiempo, pero no el de cobrarme su precio. Con todo, son unas mismas palabras las que han servido para celebrar el mutuo y la compraventa.

La relación entre las partes: va un individuo a una venta de frutas y pide una naranja. El ventero se la da. De las circunstancias se desprende que lo que se ha celebrado es una compraventa. El ventero tiene las naranjas para la venta; él se ocupa en vender en aquel lugar a todo el que va a comprarle; el hecho, pues, de pedir una naranja, implica una intención de comprar. Pero supongamos que el que pide la naranja no es ya una persona cualquiera sino el hijo del ventero. En este caso, es más natural suponer que la intención no ha sido la de celebrar una compraventa, sino la de pedir un favor de los que los padres de un modo gratuito, suelen prestar a los hijos.

Esta circunstancia que consiste en la relación de las personas contratantes la tiene en cuenta el código civil de una manera expresa: en el artículo 2245, dice: "Por el mero depósito no se confiere al depositario la facultad de usar la cosa depositada sin el permiso del depositante".

"Este permiso podrá a veces presumirse, y queda al arbitrio del juez calificar las **circunstancias** que justifiquen la presunción, como las **relaciones de amistad y confianza** entre las partes".

"Se presume más fácilmente este permiso en las cosas que no se deterioran sensiblemente por el uso".

De acuerdo con este artículo, el juez, apreciando el grado de intimidad entre dos amigos, podrá interpretar si el contrato de depósito celebrado entre ellos, confiere al depositario el usar el caballo materia de ese contrato, o no.

La profesión del individuo en relación con el servicio prestado.

Si sufro de un dolor que no se me calma sino con una inyección y llamo para que me la ponga a un vecino mío que es médico, es claro que le debo pagar. El presta esta clase de servicios porque se los remuneran y así lo hacen los de su profesión y eso lo sabemos todos; por eso yo debo pagarle, pues al llamarlo, quise arrendar sus servicios. Pero una noche el médico mi vecino no está en su casa y entonces llamo a otro vecino mío que es abogado, el cual me pone la inyección. En este caso parece que no ha habido arrendamiento sino un servicio que se ha prestado gratuitamente, ya que los abogados no hacen estos actos por negocio como los médicos.

En el primer caso, para que no hubiera arrendamiento de servicios, debió expresarse por las partes que la intención del médico no era la de prestar ese servicio con el fin de que se lo remuneraran y por la mía, que no tenía intención de pagarla. Al contrario, para que naciera en el otro caso la obligación de pagar los servicios era necesario que se expresara por una y otra parte, la intención de pagar y de cobrar respectivamente, pues las personas que no ejercen la medicina, ordinariamente no cobran estos favores.

Cada caso está envuelto en multitud de circunstancias. Unas veces todas ellas llevan a una misma interpretación y lo que parece sacarse de la una es confirmado por la otra hasta producirse la certeza. Otras veces por el contrario, la intención que de una aparece, es incompatible con la que de otra se desprende. Por eso es difícil la interpretación de los contratos, a la cual sólo se puede llegar, no sólo con el conocimiento de los hechos sino de las partes mismas. Si se quiere es preciso ahondar en la psicología de éstas. Así lo requiere el sistema de interpretación que señala nuestro código, el cual no se atiene a la mera declaración de voluntad como lo hace el alemán, sino que más allá de ésta, va a buscar el acto interno, el principio volitivo que la anima. Por esto las circunstancias en que se efectúan los contratos que hemos puesto por ejemplos, tienen valor, en cuanto nos conduzcan a encontrar la intención de los contratantes, no en cuanto sirvan para integrar la mera declaración de voluntad.

### INTERPRETACION DE LA LEY

Antes de terminar estas páginas, señalaremos brevemente algunas de las diferencias y semejanzas que existen entre la interpretación de la ley y la de los contratos.

La ley, como los contratos no es siempre clara y por consiguien-

te, también requiere interpretación. Ahora bien, qué es la interpretación de la ley? **“Es entenderla con verdad y rectitud según el texto y la razón”**. A este entendimiento conduce el estudio de varios elementos que el legislador, si es sabio como se le supone, no ha podido desatender al dictar las leyes. **Uno de estos elementos es el gramatical**, o sea, el estudio de las palabras y giros de que el legislador se ha valido al dictar las leyes: pues si éstas son su pensamiento, claro está que no podemos desatender los signos en que este pensamiento se encierra. **Otro es el lógico** que consiste en atender a las diferentes partes de que la ley se compone, para hallar la debida armonía que entre ellas debe haber, ya que no es lógico suponer que el legislador se haya contradicho. **Otro es el histórico**, elemento que atiende al estudio de los motivos que el legislador tuvo en cuenta para dictar las leyes y a las fuentes en que se inspiró para ello. **Otro es el sistemático por medio del cual estudiamos los principios** a que en determinada materia se han ceñido las leyes, principios que al dictarlas debe haber tenido en cuenta el legislador y que por consiguiente nos dan a entender el sentido de la ley.

A veces uno de estos elementos, a veces todos combinados, nos conducen a descubrir el pensamiento del legislador cuando éste no lo ha consignado de una manera clara en la letra de la ley.

El estudio de ésta no es, pues, estudio fácil y sencillo sino labor ardua y complicada que requiere penosos esfuerzos y verdaderas dotes de intérprete. Solamente así se llega a saber las leyes que dice don Alfonso el Sabio **“non est tan solamente en aprender las letras dellas, mas en saber el su verdadero entendimiento”**.

De la recta interpretación de la ley depende su recta aplicación y no aplicarla rectamente y conforme a razón por obra de una mala inteligencia, es lo mismo que prescindir de ella, puesto que no hallándose su sentido verdadero, se desatiende el fin que el legislador ha perseguido: aun más, es erigirse el intérprete en legislador mismo, ya que no otra cosa es darle a su propia concepción la fuerza de la ley.

Resalta, pues, la importancia de una interpretación exacta, tanto más importante en la ley que en el contrato, cuanto aquélla es de carácter público y abarca un extenso campo, mientras éste no afecta sino a las partes contratantes.

Además **“el orden jurídico positivo de un país dado, jamás se satisface con los preceptos de sus leyes escritas”** y por consiguiente es necesario desenvolver todo su contenido, extenderlas, ha-

llar sus principios y abarcar con ellas el mayor campo que sea posible, siempre sin desvirtuarlas, pues no se trata de torcer la intención del legislador, sino de darle toda su plenitud.

La interpretación de la ley que en muchos puntos se hace de una manera similar a la de los contratos, se hace en otros de manera radicalmente distinta. Tanto lo uno como lo otro es muy lógico, ya que por una parte la ley y el contrato se asemejan en ciertos aspectos y difieren en otros totalmente.

“La interpretación que se hace con autoridad para fijar el sentido de una ley oscura de una manera general, sólo corresponde al legislador”, dice el artículo 25 del código civil.

“Los jueces y los funcionarios públicos, en la aplicación de las leyes a los casos particulares y en los negocios administrativos, las interpretan por *vía de doctrina*, en busca de su verdadero sentido así como los particulares emplean su propio criterio para acomodar las determinaciones generales de la ley a sus hechos e intereses peculiares”, dice el 26 del mismo código. Es, pues, de tres maneras la interpretación de la ley: la que hace el legislador con autoridad y de una manera general; la que hacen los jueces y funcionarios por *vía de doctrina*, en los casos que se presentan; y la que hacen los particulares de acuerdo con su criterio para acomodarse a la ley.

La primera de estas interpretaciones la podemos comparar a la que de los contratos hacen las partes de común acuerdo. Así como la ley es la voluntad del legislador, el contrato es la voluntad de las partes; la obligatoriedad de la una y del otro emana del poder de sus autores; lógicamente, si éstos tienen capacidad para producir la ley y el contrato, respectivamente, deben tenerla para señalar el sentido de estos actos que nadie mejor que ellos puede conocer, pues son su voluntad por ellos mismos manifestada. De aquí que esta interpretación tenga el mismo valor y la misma fuerza que la ley y el contrato interpretados, que sea una misma cosa con ellos. En cambio, la que el juez puede hacer es subsidiaria, es decir, siempre que sus autores no la hayan hecho, pues en este caso esta interpretación se impone al juzgador. En aquellos puntos en que el legislador dijo: esta ley tiene este sentido, no puede el juez atribuirle otro, como tampoco puede en el contrato, cuando las partes se hallan de acuerdo, disponer cosa distinta.

Esta interpretación auténtica de las leyes y contratos tiene tanta autoridad que se confunde con la misma ley y el mismo contrato, precisamente porque emana de los mismos autores de éstos.

El legislador es el congreso; los contratantes, las partes que han celebrado el contrato: así, pues, de ellos y no de otra persona ha de ser la interpretación, para que tenga esta fuerza. Una interpretación que pertenezca a un solo miembro del congreso, no tendría el mismo valor que la que emanara del congreso mismo en forma de ley. El legislador no es cada uno de los representantes, sino el número de ellos que sea necesario, según la Constitución, y no reunidos como quiera, sino con los requisitos que la misma Constitución señala. De la misma manera la interpretación del contrato, hecha por una sola de las partes, no tiene el mismo valor que la que se hace por ambas, pues el contrato no resulta de una y otra voluntad, separadamente, sino del concurso real de las dos.

La segunda manera de interpretación, o sea la que hacen los jueces y funcionarios, en vía de doctrina y en busca del verdadero sentido, tiene también lugar, a su modo, en los contratos. Para una y otra da normas al legislador, normas que compararemos a vuelta de unos pocos párrafos.

Ya dijimos que esta interpretación tiene lugar a falta de la auténtica y cuando el sentido de la ley no es claro, pues siéndolo, no hay más que acatarlo.

La interpretación que de la ley hacen los jueces y funcionarios no es uniforme, ni podía serlo, ya que cada uno la hace conforme a su criterio y conocimiento y en casos aislados, no de una manera general como el legislador. No es, por consiguiente, obligatoria sino en el caso a que se aplica y a ella no tienen que someterse sino las personas comprendidas en él. Sobra decir que la interpretación que del contrato hacen los jueces, no tiene efecto sino en el caso particular, puesto que un contrato no tiene un carácter general como la ley, sino que de suyo es un caso particular.

La interpretación que de la ley hacen las personas en su carácter privado no tiene otro valor que el una opinión; no conllevan ninguna obligatoriedad; a esta interpretación en materia legal, podemos comparar la que en materia contractual hace una sola de las partes, que si no es confirmada por la otra no tienen ningún valor.

Pasemos ahora a las normas que el código civil da al juez para la interpretación de la ley y de los contratos.

A este respecto hay dos reglas completamente distintas y que de referirse a una misma cosa serían contradictorias. Una se refiere a la ley y otra al contrato.

El artículo 27 del código civil dice: "Cuando el sentido de la

ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestado en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

El 1618, del mismo código, dice: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Con sólo contraponer estos artículos se ve de manera clara y distinta el criterio diferente que aplica la ley a la interpretación, según se trate de ella misma o del contrato. En el primer caso si el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal; en el segundo, aun siendo claro, se desatenderá éste si se conociere claramente por otra parte que la intención es distinta de la que aparece del tenor literal. Es decir, que apareciendo del tenor literal de la ley y del tenor literal del contrato un sentido claro, tendría que aceptarse forzosamente el primero, en tanto que el segundo podría rechazarse si claramente apareciera de fuente distinta que la intención de las partes no es la consignada en la letra del contrato. Equivale esto a decir que la ley que es clara es ininterpretable, aunque sea torpe y falta de equidad y que el contrato es siempre interpretable a pesar de lo claro de su sentido, pues la ley admite que la intención de las partes pudo ser distinta.

**Cuándo ocurre entonces la interpretación de la ley?** Lo dice la segunda parte del artículo 27 transcrito, al expresar que bien se puede para interpretar una expresión oscura, recurrir a la intención o espíritu de la ley claramente manifestado en ella o en su historia.

**A qué se debe este diferente criterio entre las dos interpretaciones?** Trataremos de decirlo en seguida. Ya expresamos que si entre la ley y el contrato hay semejanzas también hay marcadísimas y esenciales diferencias, las cuales resultan, no solamente del contrato y la ley en sí mismos, sino también de sus autores.

La ley, según la define el artículo 4 del código civil, “es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución nacional”.

El contrato es, según el artículo 1495 “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”. Este acto, según el artículo 1494, y el 1502, es una declaración de voluntad.

Ambos, pues, la ley y el contrato son declaraciones o manifestaciones de voluntad; la ley, de la voluntad soberana; el contrato, de la de las partes. La primera tiene que ser manifestada en la forma que manda la Constitución nacional y no en otra cualquiera; asimismo el contrato, en ocasiones, tiene también que guardar ciertas formas, como, por ejemplo, la compraventa de inmuebles, que para que valga ha de hacerse por escritura pública.

Ahora bien, como la voluntad soberana es aquella que no tiene otra que la iguale ni la supere, sino que ella es superior a todas, se sigue que debe ser respetada y acatada de una manera especialísima. No conviene que cuando esa voluntad aparece con claridad se ponga en tela de juicio, porque esto se prestaría para torcer su intención y desatender sus mandatos, so pretexto de obedecerla. No es tampoco conveniente que la ley dejándose traer y llevar sea manoseada por cuantos quieren con mala intención y torcido criterio adaptarla a sus intereses particulares.

Sabe muy bien el legislador que en ocasiones el sentido claro que resulte del tenor literal de una ley puede no ser el que tuvo en mientes al dictarla sino otro muy distinto. Con todo, considerando que estos casos son relativamente pocos y que mucho mayor sería el mal que resultaría de dar a torcer el brazo la ley y andar sometida al mal criterio y a la peor conciencia, que de equivocarse ella misma algunas veces, prefirió más bien que no se interpretara cuando su sentido fuera claro. Cuanto más que dejó campo a la interpretación, y no poco amplio, al permitir que se hiciese en caso de obscuridad.

En efecto, no sólo porque en la mayor parte de los casos particulares se acierta mejor, ateniéndose al sentido claro de la ley que desatendiéndolo por andar en busca de su espíritu; sino también, porque de obedecer la ley errada resulta menor mal que de desobedecerla, es conveniente que acate su diáfano sentido sin entrar a interpretarlo, como dispone el artículo 27.

El legislador se presume sabio aunque no lo es y está sujeto a equivocaciones, porque de lo contrario todo el que tuviera autoridad para interpretar sus disposiciones, se creería con derecho a enmendarle la plana. Esta presunción, a mi entender, está consagrada en la primera parte del artículo 27, parte que equivale a decir que el legislador no se equivocó al expresar claramente una idea.

Para la interpretación de los contratos no existen estas razones; las graves consecuencias que trae la violación de la ley no las

trae la violación del contrato, porque éste no tiene un carácter público como aquélla, sino meramente privado y por consiguiente su violación no acarrea a la sociedad los mismos perjuicios; en atención a esto la ley ha dado más amplitud a la interpretación del contrato que a la suya propia.

Así, pues, si lo esencial en el contrato es la intención de las partes; si la obligación no nace sino en la medida de esta intención, nada más lógico y natural que ante todo se busque ésta.

Además, aunque el legislador no es sabio como se le supone y muchas veces puede equivocarse y en efecto se equivoca, **tiene, con todo, una marcada diferencia con el contratante en cuanto a ilustración.** El legislador por regla general es ilustrado; tiene conocimientos más o menos profundos sobre el idioma en que dicta sus leyes y por esto es natural suponer que el sentido que aparece en ellas corresponde a su pensamiento. En cambio, el contratante, en innumerables casos, no posee esta ilustración y de allí que a su expresión no se le atribuya el valor que a la expresión de la ley sino que muchas veces se desatienda ésta para buscar en otra parte la intención verdadera.

Pero la ley es prudente y si ordena al juez atenerse a la intención más bien que a lo literal, no le permite hacerlo a humo de pajas, sino cuando esta intención aparece claramente.

Veamos ahora qué reglas da el legislador para hallar el sentido de la ley cuando éste no se desprende con nitidez de su tenor literal y qué comparación admiten con las que da para la búsqueda de la intención de las partes.

Ante todo, hacemos notar que el código al dar normas de interpretación, **ha invadido el campo de la filosofía.** La interpretación es tan difícil, son tantas las cuestiones a que hay que atender en ella y depende tanto del criterio personal, que señalar reglas fijas y obligatorias al efecto, es entorpecerla en cierto modo. Por esto nuestro código lo ha hecho en tan pocas reglas y ha consultado tan bien la lógica y el buen sentido, que una acertada interpretación no puede menos que regirse por ellas.

Artículo 28.—“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”.

Esta regla, que atiende al elemento gramatical de la interpretación, es tan sencilla que sobra todo comentario. Es natural tomar

en su sentido natural y de acuerdo con el uso común, las palabras. Ahora bien, si el mismo legislador ha dicho que las entiende de tal manera, es lógico que cuando use esas palabras se entiendan de esa misma manera y no de otra.

Artículo 29.—“Las palabras técnicas de toda ciencia o arte, se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso”.

Esta regla tiene su semejante en la del artículo 4 del código de comercio, que señala la costumbre y los usos mercantiles para fijar el sentido técnico de las palabras empleadas en los contratos comerciales. Pero como en materia de interpretación no se pueden dar normas rígidas, pues se impediría el fin que con ella se persigue, el artículo 29 deja campo para que el intérprete si claramente ve que esas palabras no han sido empleadas por el legislador en sentido técnico sino en otro, les atribuya ese valor.

Artículo 30.—“El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

El artículo 1622 del código civil que atrás comentamos, dice que las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, del modo que mejor convenga al contrato en su totalidad. Como se ve es la misma regla que da el artículo 30, en su primera parte. Esto es razonable porque la ley como el contrato, es un todo armónico; así que sus partes deben estar informadas de un mismo espíritu que sirve para explicarlas las unas por las otras. Este modo de interpretar la ley y el contrato por su contexto cuadra mejor y con más razón, si se quiere, a aquélla que a éste, puesto que las capacidades del legislador y su ilustración, son generalmente mayores que las de los contratantes por lo cual es menos probable que el sentido de una disposición contradiga el de otra.

En cuanto a la segunda parte del artículo 30, también tiene su similar en el segundo inciso del 1622, que dice que las cláusulas de un contrato podrán interpretarse por las de otro contrato sobre la misma materia y entre las mismas partes. El elemento sistemático que reconoce el artículo 30, es lógico y de sentido común, por cuanto es lo más natural que el legislador en las mismas materias obre

con el mismo criterio, el cual sirve de norma para hallar el sentido de una disposición oscura.

Artículo 31.—“Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”.

Quiere ante todo la ley que su significado se determine por su genuino sentido, según las reglas de interpretación, no según lo favorable u odioso de su disposición, lo cual se prestaría a numerosos abusos. El último artículo de la interpretación de los contratos, que pudiéramos contraponer a éste, ordena que no pudiéndose aplicar otra norma de interpretación, se entienda la cláusula en el sentido más favorable al deudor. Esto, que en los contratos es lo más equitativo, no sería conveniente consignarlo en la ley, entendiéndola en su sentido más favorable al obligado por ella, por los abusos a que, como regla subsidiaria, la del artículo 32, en que hace caso a la vez de la equidad natural indispensable en materia jurídica y del elemento sistemático de interpretación.

Artículo 32.—“En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación anteriores, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural”.

Como ya dijimos, las normas de interpretación de la ley y los contratos tienen un buen por qué de lógica y de sentido común. Por esta razón, estas normas no son tan sólo aplicables respectivamente, es decir, **las de la ley a la ley y las del contrato al contrato**, sino que habrá casos en que al interpretar uno de estos actos se pueda aplicarle las normas de interpretación que se refieren al otro, por lo que éstas tienen de lógico y sensato. Por ejemplo, si una ley tiene dos sentidos y en el uno produce efecto y en el otro es inoficiosa, lo indicado será entenderla, como la cláusula del contrato que se encuentra en el mismo caso, en el sentido en que la disposición no quede inútil.

Para terminar, señalaremos como diferencia entre las interpretaciones de la ley y del contrato, la que se refiere a la casación. Según el artículo 520 del código judicial da lugar a ella la violación de la ley por errada interpretación. No así la violación del contrato, desde que a su vez, esta violación no envuelva la de la ley. Pues si al reconocer la existencia de un contrato dado, el juez le asigna efectos distintos de los que la ley le atribuye, hay lugar a la casación, por-

que no sólo el contrato se violó, sino también la ley que le asignó esos efectos. Tampoco pueden los jueces, desnaturalizando los contratos, suprimirles una cláusula clara o desvirtuárselas, pues violarian el principio de que el contrato es una ley para las partes y no puede ser invalidado sino por su mutuo consentimiento o por causas legales.



# LOS FACTORES SOCIALES DE LA CRIMINALIDAD

(Capítulo de la tesis de grado 'Contribución al estudio de nuestra sociología criminal').

Desgajar de un todo la parte para que no lo parezca, es trabajo difícil.

No obstante, para honrarme con la inseción de un estudio mío en este portavoz ilustre de la cultura colombiana, he de acomodar lo que sobre el tópico que indica el título de estas líneas hube de consignar en mi tesis de grado.

Parece ser procedente anotar algunas generalidades que den frente o fachada a las líneas siguientes.

Una breve noticia del contenido total de la tesis, puede ser suficiente para el efecto propuesto.

Y, en efecto, para estudiar un problema de la magnitud que indica la delincuencia en un territorio y tiempo dados, es preciso asentar bases históricas, filosóficas, geográficas y sociológicas exactas. Por eso, al estudiar nuestra delincuencia creí de mi deber hacer un poco de sociología general, así como ubicar exactamente en la historia y en la geografía el fenómeno en estudio.

Es verdad que mucho de ese trabajo ha sido anticipado por los grandes maestros de la escuela positiva, quienes durante medio siglo entregaron su vida a la investigación de los factores endógenos y oxígenos, individuales, sociales y étnicos de la criminalidad, lo que logró en síntesis sociológica que maravilla el gran Ferri, así

como Lombroso aunó los factores endógenos o antropológicos de la delincuencia.

Rastreando esos senderos de los grandes maestros, recogí lo que entre nosotros existía para explicar nuestras principales causas de delincuencia, tanto en lo que respecta a factores sociales, como a factores geográficos, antropológicos e históricos.

Esta parte que va a leerse, constituye el estudio de los factores sociales de criminalidad, que influyen de manera más dominante entre nosotros. Los datos numéricos han sido tomados de las estadísticas oficiales, muy incipientes todavía, pero bastantes para revelar la magnitud de un problema que, por ignorancia seguramente, no preocupa todo lo que debiera a los mandatarios, sociólogos y profesores universitarios.

Sobra decir que la sociología en general, y muchísimo más al hablar de la nuestra, es una ciencia en formación que carece por ello de leyes generales y de principios inmutables. Por lo mismo, las conclusiones de hoy, serán rectificadas por hechos posteriores o por nuevas investigaciones que descubran más de fondo la raíz de los fenómenos sociales.

Con estos liminares, entremos en materia.

En cuanto a los factores sociales podemos observar:

1o.—Que la densidad de la población, "gracias a los medios rápidos de comunicación, a las concentraciones burocráticas, a las actividades comerciales e industriales, la civilización tiende a engrosar más cada día los centros de población, que es donde surgen los delincuentes habituales", como dice Lombroso, tiene grande influencia sobre la criminalidad y la incrementa, especialmente en relación con el hurto (C. Lombroso: "Medicina Legal", t. I., p. 235).

Véase cómo el número de delitos es mayor en los centros más poblados: el cuadro número 21 está elaborado con los municipios de más de 20.000 habitantes; el 22 lo componen los de menos de 3.000 habitantes.

**CUADRO No. 21.**—Que demuestra la relación entre los delitos denunciados y la densidad de la población, conforme al censo de 1918.

Municipios	Habitans.	Delitos durante el año.				Totales
		1933	1934	1935	1936	
MEDELLIN	120.000	183	517	218	279	1.197
Sonsón	32.699	91	70	58	118	337
Abejorral	25.093	45	47	36	47	175
Andes	33.299	46	64	41	73	224
Fredonia	22.780	52	30	16	95	193
Yarumal	22.020	105	46	49	141	341
Jericó	20.741	20	29	32	48	129

**CUADRO No. 22.**—Que relaciona la densidad de la población con el número de sumarios iniciados en el año, sobre la base del censo de 1918. Municipios de menos de 3.000 habitantes.

Municipio	Habits.	Delitos en el año				Total
		1933	1934	1935	1936	
Guarne	2.984	20	10	13	18	61
San Luis	2.883	9	5	5	18	37
Giraldo	2.667	4	4	6	12	26
Olaya	2.436	8	4	9	11	32
Abriaquí	2.400	10	14	0	21	45
Cáceres	2.385	8	18	8	16	50
Alejandría	2.176	4	5	9	13	31
Murindó	1.551	6	2	7	9	24
Chigorodó	690	0	3	3	10	16
Pavarandocito	671	18	3	5	7	33

Hay, naturalmente, municipios de menos de 20.000 habitantes y de más de 3.000 que presentan un índice muy grande o muy bajo de criminalidad que no corresponde a su densidad. Ello obedece a que, según el mismo Lombroso apunta, "la influencia étnica y climatológica elimina la influencia de la gran densidad; pero esta última ejerce una acción directa evidente sobre los robos, mul-

tipicándolos, y los homicidios, disminuyéndolos". (C. Lombroso: "El delito, sus causas y remedios", trad. Bernaldo de Quiros. 1902, p. 91).

2o.—La ciudad y el campo tienen delincuencia específica. Los delitos del campo son feroces, salvajes y tienen por origen la venganza, la codicia y la brutal satisfacción sexual; en los delitos de la ciudad predominan la pereza, la falsedad y las pasiones carnales referidas". (Lombroso, op. cit. p. 104).

Así vemos que en los campos se cometen los homicidios más feroces, los asesinatos alevosos, en tanto que en la ciudad ocurren más frecuentemente homicidios pasionales, en legítima defensa, etc. En el campo se operan las violaciones y estupro; en la ciudad, las seducciones. En el campo ocurren robos, asaltos, atracos; en la ciudad, estafas, abusos de confianza, chantajes.

Veamos un poco de esta influencia en los homicidios:

**CUADRO No. 23.—Manifiesta los lugares donde ocurrieron los homicidios.**

Año	Poblado	Camino	Campo	Total
1923	53	30	60	155
1924	84	35	85	206
1925	54	49	95	198
1926	85	51	92	228
1927	49	31	76	169
1928	78	61	91	230
1929	41	61	101	203
1930	52	55	116	223
1931	68	42	114	224
1932	62	40	111	217
1933	62	59	87	213
1934	67	30	98	212
1935	91	48	104	243
1936	104	38	133	275

3o.—Para la mayoría de los tratadistas la alimentación es un factor que influye no sólo en la especificidad del delito sino igualmente en sus formas.

Nosotros no podemos hacer propiamente un estudio de la alimentación porque carecemos de estadística apropiada. Sabemos, porque es uso general en Antioquia, que la base de la alimentación es el maíz y las llamadas legumbres, coles, frísoles, papas, etc.—Los pueblos o núcleos del interior consumen carne; los riberanos, tanto de los ríos como del mar, consumen mayormente pescado.

En general, nuestro pueblo no sabe comer. Por este aspecto, como por muchos otros, (habitación, diversiones, etc.) nuestra gente es absolutamente rudimentaria.

Con los datos de nuestra estadística pudiera elaborarse el cuadro del valor de los artículos de primera necesidad en cada una de las poblaciones para compararla con la criminalidad de esas poblaciones, pero sin un estudio completo y clasificado de nuestros productos naturales, hecho por médicos competentes, poco valor tendría esa investigación.

4o.—“A veces se ve surgir una extraña contradicción por el hecho de que cuando el pan está caro, falta dinero para adquirir bebidas, y, por consiguiente, disminuyen los homicidios y lesiones, pero en cambio sucede que, en las mismas condiciones, se asesina más como en Nueva Gales, para procurarse el dinero necesario”, dice Lombroso. (op. cit. p. 117).

Importantes y elocuentes investigaciones podemos presentar sobre este aspecto de la delincuencia.

CUADRO No. 24.—Relaciones económicas del homicidio.

Año	Costo-vida Indie.	Ind. econ.	Cons. lic. p/. habit.	Homici- dios.
1923	120.8	100	0.702	155
1924	125.9	110	0.583	218
1925	135.5	134	0.600	198
1926	186.9	149	0.682	228
1927	190.7	182	0.503	169
1928	193.9	189	0.424	230
1929	167.8	167	0.327	203
1930	117.5	115	0.201	223
1931	98.0	95	0.358	224
1932	67.1	82	0.334	217
1933	80.1	96	0.555	213
1934	111.7	123	0.810	212
1935	118.1	133	0.769	243
1936	126.9	147	0.700	275

CUADRO No. 25.—Relaciones económicas del delito.

Año	Ind. econ.	del c/. prop.	cons. lic. p/. hab.	del. de sangre	c/to. vida.
1930	115	1202	0,201	1304	117.5
1931	95	1318	0,358	874	98.0
1932	82	1194	0,334	961	67.1
1933	96	1189	0,555	940	80.1
1934	123	1081	0,801	1488	111.7
1935	133	935	0,769	1045	118.1
1936	147	1495	0,700	1466	126.9

Pero esto se relaciona directamente con el problema económico del cual tenemos que ocuparnos más extensamente, ya que a nadie escapa la grande influencia que el fenómeno y la constitución de la economía nacional, su organización y movimiento, ejerce sobre el desarrollo de la criminalidad.

De otro lado, puede observarse que nuestra criminalidad no progresa con el alcoholismo, lo que, según Napoleone Colajanni y por Zerboglio (*L'alcoolismo*, Turín, 1893), en los países más civilizados donde se abusa del alcohol, su acción se debilita, no porque sea menos terrible la labor degenerativa y destructora, sino porque, habiéndose introducido en un estado muy adelantado de civilización, ésta ha dado ya sus frutos y protege al individuo contra los grandes delitos mediante una mayor inhibición y actividad psíquica. (cita de Lombroso, "El delito, etc.," ps. 137-138).

Esto desde luego aparece falso, puesto que el alcoholismo tiene por efecto "desfrenar" al individuo, esto es, hacer desaparecer su personalidad artificial o adquirida, dejando al individuo con su personalidad innata. De consiguiente, mal puede el hecho de la mayor o menor civilización del pueblo restar o anular su influencia sobre la criminalidad.

Entre nosotros, además, tenemos como circunstancia especial el que este factor del consumo de bebidas espirituosas nos tomó desde la infancia, ya que lo introdujeron los españoles con la conquista y nuestros aborígenes aprovecharon la lección, entregándose con desenfreno al consumo del aguardiente y de la "chicha", producto elaborado por ellos por fermentación del maíz. Estos productos degeneraron a nuestros abuelos hasta el extremo de hacer presa fácil de esos pueblos para los conquistadores.

De tal manera, que el alcoholismo entre nosotros sí es un factor criminógeno de primer orden.

5o.—Lombroso estudia ligeramente la civilización como factor criminógeno, y se detiene especialmente en uno de los aspectos de la civilización diciendo:

"La prensa, por ejemplo, es sin duda un peligroso factor de criminalidad, por lo mismo que halaga la vanidad y excita a las gentes con el ejemplo de los delitos a que da publicidad enorme". (*Medicina Legal*, t. I, p. 234).

"La relación de un crimen cualquiera —escribe Sighele— sugiere la imitación. El ejemplo es contagioso. La idea toma posesión del alma débil y se convierte en una especie de fatalidad, contra la cual toda defensa es imposible". (Scipio Sighele: "*Littérature et Criminalité*", París, 1908).

De tal suerte que la llamada crónica roja, o literatura criminal, folletines, etc., son la más perniciosa divulgación del crimen que pueda hacerse. Sobre este particular, encontramos acertada la

medida adoptada en la Argentina y de que da cuenta este cablegrama publicado hace algún tiempo en la prensa: "Washington (Sipa).—El Ministerio de Correos y Telégrafos de la República Argentina, bajo cuya jurisdicción se halla el radio, ha prohibido terminantemente en los perifoneos, la representación dramática de todo suceso criminal o inmoral, cosa que se hacía antes allá —como se hace en este propio país, al menos en lo que respecta a los crímenes— con las noticias obtenidas en las estaciones de policía".

Entre nosotros tuvieron varios congresistas el valor de presentar la iniciativa a las cámaras del parlamento, pero ante el tronar de las imprentas, por una mal entendida libertad de imprenta, hubo de suspenderse la discusión de tan benéfico proyecto.

Porque a decir verdad, la prensa ha usado indebidamente de las garantías amplísimas, desconsideradas para con la sociedad, pudiera decirse, de que goza en Colombia. Nuestra prensa es prácticamente irresponsable aun cuando otra cosa digan las leyes. En ella se publica inclusive lo que está prohibido bajo fuertes sanciones publicar o siquiera divulgar entre personas particulares. La reserva del sumario que en la legislación de todos los países es sagrada, entre nosotros es una ficción. Las piezas mismas de toda instrucción las conoce y publica la prensa diaria, hablada o escrita, casi sin que obre en los expedientes todavía.

La libertad es para nosotros el libertinaje, como dice algún autor. Ni siquiera los fueros sagrados de la sociedad los respetamos para respetar una mentirosa libertad de prensa.

Los resultados de tales abusos los vemos constantemente con la repetición de hechos criminosos con caracteres de reproducción o adaptación de las leyendas que relatan los periódicos o de otros crímenes ocurridos en lugares distintos.

Toda causa que aumenta las relaciones y los contactos humanos, aumenta el número, si no la gravedad de los delitos, a causa del mayor entrecruzamiento y de los mayores rozamientos de las relaciones sociales, en medio de las cuales se desenvuelve la vida difícilmente y con mil obstáculos.

Pero la civilización moderna tiene multitud de manifestaciones, interrelaciones que determinan multitud de formas nuevas de criminalidad.

6o.—No resisto a la necesidad y al placer de reproducir los apartes que Lombroso dedica a la miseria y a la riqueza, a las condiciones económicas determinantes de la criminalidad.

"Es indudable que la miseria impulsa a la comisión de delitos, especialmente de delitos contra la propiedad, por la falta de satisfacción de las necesidades legítimas; puede también provocar la comisión de delitos de sangre y de violencia, haciendo al hombre más impulsivo, efecto de la intoxicación alcohólica, de la nutrición deficiente y de la degeneración, que producen en el organismo el escorbuto, la escrófula, la pelagra y todas las demás enfermedades de la miseria; con menos frecuencia provoca delitos contra las buenas costumbres, por efecto de la promiscuidad sexual y precoz en las fábricas y en las minas, y por la abundancia del infantilismo y la feminidad en los hijos. Pero no hay que exagerar esta influencia, porque hay muchísimos individuos que diariamente están resistiendo los estímulos criminosos de la miseria, y continúan siendo honrados, cuando no se asocia con esta causa alguna anómala predisposición orgánica.

"También la riqueza es causa de delito, bien porque aún ella puede producir, efecto de la sífilis, abuso de la vida, etc., una degeneración individual; bien impulsando a la comisión del acto criminoso con el fin de satisfacer la vanidad, de ser más que otros, figurar en el mundo, de dar satisfacción a las necesidades ficticias, que las llamadas exigencias sociales han hecho infinitamente numerosas, bien favoreciendo indirectamente el delito por la facilidad de efectuarlo, como acontece con los delitos comerciales, bancarios, de concusión, etc., o por la certidumbre de la impunidad, o, finalmente, por la abundancia de una alimentación excitante, que impulsa a la realización de abusos sexuales, de estupro, de aberraciones homosexuales". ("Medicina Legal", t. I, p. 236).

De otro lado es evidente que las condiciones del trabajo (jornada, salario, fábrica, talleres, etc.), influyen directamente en la forma del crimen.

El salario sobre todo es uno de los factores más decisivos en la honestidad de las clases proletarias, porque si con sus entradas no alcanzan a cubrirse las necesidades familiares, prontamente las necesidades se imponen y acaban por romper el dique moral que impide su satisfacción. La hija, la esposa, la hermana del obrero, van a la prostitución en busca de la satisfacción que la insuficiencia del salario les niega; el obrero va al robo, al hurto, al asesinato en busca de la diferencia entre su salario y el monto total de sus necesidades.

Nuestras investigaciones sobre el salario son muy reducidas.

Sin embargo tenemos un índice de jornales adoptado por el doctor Jorge Rodríguez en la elaboración del índice económico de Antioquia, del cual podemos servirnos para nuestro efecto.

Comparamos en el cuadro que sigue el índice de los jornales, y el costo de los víveres con los delitos contra la propiedad y contra las personas, y su influencia, aunque relativa y un poco difusa, se manifiesta aparente.

**CUADRO No. 25.—Indicativo del índice de los precios del café, de los víveres y el índice de jornales, en relación con los delitos de sangre, contra la propiedad y contra la moral.**

	Índice p/. caf.	del. c/. prop.	del. c/. moral.	IND. vív.	del. sangre	Índice jornal.
1930	93	1202	231	97	1304	146
1931	86	1318	164	81	874	115
1932	70	1194	101	55	961	98
1933	71	1189	96	66	940	111
1934	115	1081	108	92	1488	110
1935	99	935	72	98	1045	135
1936	107	1495	135	105	1466	152

La situación económica general es también determinante y lo vemos en el siguiente cuadro, relacionado igualmente con el índice de matrimonios, que, como es bien sabido, va parejo con la situación económica general, hasta el extremo de que de los estudios efectuados por nuestros investigadores, el número de matrimonios depende especialmente de la buena o mala cosecha de café.

CUADRO No. 27.—Indicativo de las relaciones económicas y demográficas con los delitos contra la moral.

	delit. c/. moral	ind. econ.	ind. de matrimonios
1930	231	115	70
1931	164	95	70
1932	101	82	72
1933	96	96	82
1934	108	123	97
1935	72	133	93
1936	135	147	93

Sobre el tema principal que vengo desarrollando hay un trabajo interesantísimo, "La criminalidad y las vicisitudes económicas en Italia", 1895, en que Fornasari di Verce estudia despaciosamente y completamente todos los aspectos del problema.

La afirmación de Lombroso respecto de que el hecho de que los presidios se encuentren poblados con un 85% de pobres, se explica porque, como dice Shakespeare, "Viste de oro el delito, y sin ofensa de nadie —se romperá en él el asta poderosa— de la justicia; vístelo de harapos, —y una débil pajilla en manos de un pigmeo— lo herirá". (W. Shakespeare, "El Rey Lear", acto IV, escena IV), es absolutamente falsa como generalización.

Naturalmente que casos habrá en que se logre la impunidad con el oro. Pero más científica, menos romántica me parece la explicación antropológica y social.

La miseria degenera al individuo. Alfredo Nicéforo nos lo demuestra con estudios bien conducidos y técnicamente elaborados. Así dice este eminente investigador:

"Pues en efecto, los fenómenos tan interesantes que se encuentran en el estudio de las clases pobres —y por consiguiente en el estudio de la miseria y el pauperismo— han sido estudiados bajo un aspecto abstracto, y a veces hasta metafísico, más que desde un punto de vista concreto y positivo. Se ha estudiado bajo toda clase de aspectos la miseria, pero se ha dejado en plena sombra al **hombre pobre**". (A. Nicéforo: "Fuerza y Riqueza", trad. Miguel Domengue Mir, t. I. 1.ª parte, l. p. 12).

La primera serie de investigaciones de Nicéforo le da por resultado lo siguiente que tomamos de la obra citada (tomo I, 2a. parte, XI, p. 38):

"Las cifras medidas referentes a estas investigaciones (caracteres físicos y fisiológicos de las clases pobres) figuran en el cuadro siguiente:

	Acomodados	Pobres
Estatura	1680	1648
Circunferencia de la cabeza	551,9	547,0
Diámetro antero-posterior (cabeza)	184,5	182,5
Diámetro transversal (cabeza)	154,8	154,6
Altura de la frente	53,6	54,8
Anchura de la frente	108,0	105,0
Anchura bicigomática	136,0	139,2
Largo de la mandíbula	104,9	109,5
Índice cefálico	83,8	84,3
Índice de la capacidad del cráneo	891,2	884,1

Por consiguiente, en todas las edades examinadas, los acomodados presentan mayor desarrollo del cuerpo que los sujetos pobres".

De modo, concluye, después de otra serie de investigaciones con análogo resultado, que los diferentes grados de desarrollo físico están en razón directa de los diversos grados de situación social". (op. cit. p. 95).

Estudiando la fisonomía del pobre, Nicéforo concluye que es perfectamente distinta, totalmente diferente de la fisonomía del rico, por cuanto el primero tiene multitud de anomalías craneanas hereditarias, y dice:

"Las anomalías que caracterizan de tal modo el tipo fisonómico de los pobres, en nuestra misma raza blanca, son debidos a desórdenes y faltas de nutrición o desarrollo de los huesos faciales durante el período de la vida intra-uterina. Por lo tanto, el tipo fisonómico de los pobres es innato, esquelético, y está constituido por una serie de estigmas de pobreza fisiológica y de anomalías debidas a desórdenes en la evolución del feto; desórdenes producidos por la fatiga, desnutrición general, intoxicación del organismo de los

padres, transmitidos y agrandados de generación en generación". (op. cit. t. I., 2a. parte, XIV, p. 114).

"Uniendo los resultados de nuestras investigaciones sobre la sensibilidad de los obreros, a los obtenidos por otros observadores se podría deducir que, en el estado actual de nuestros conocimientos, las clases sociales formadas por el proletariado obrero parecen tener una sensibilidad física menos desarrollada que la de las clases acomodadas.

"El eminente alienista italiano M. Verga, escribía a propósito de esto que la sensibilidad moral no es más que evolución última de la sensibilidad física, y que no era posible encontrar sensibilidad moral donde la física no había podido desarrollarse.

"Según esto, una débil sensibilidad física en las clases sociales inferiores podría tener como consecuencia una sensibilidad moral igualmente débil. Y, podría explicarse el hecho observado por muchos de que existen tantas morales como capas se encuentran en la sociedad, y los sentimientos morales del hombre del pueblo son diferentes y, en cierto modo, menos desarrollados que los sentidos por los hombres de las clases elevadas". (A. Nicéforo: op. cit. id. id., p. 148).

Finalmente, el autor deja este dato criminológico fundamentado en las estadísticas de criminalidad de varios países.

"De modo que los crímenes cometidos con la astucia predominan en las clases acomodadas y están en minoría en las bajas.

"Por lo tanto podemos deducir que la criminalidad se manifiesta bajo la forma violenta en las clases bajas y bajo la forma de fraude en las acomodadas; lo que indica en estas dos clases sociales la presencia de dos diversas formas de civilización, la más moderna en las elevadas, y la civilización primitiva y retrasada en las inferiores".

Resumiendo, los diferentes indicios de la civilización moderna, cultura intelectual, natalidad, mortalidad y forma del crimen, se relacionan entre sí para demostrar que la civilización de las clases pobres es una civilización menos moderna que la de que disfrutaban las clases elevadas". (op. cit. t. II. XX, p. 24).

Auncuando pudiéramos agregar muchísimos otros datos, tales como los que demuestran la falta de sentido moral o su escaso desarrollo; la primitiva forma de vida, etc., lo dicho y transcrito basta para concluir que no es precisamente por la riqueza en sí, como fenómeno individual, por lo que la mayor parte de los criminales per-

tenece a la más baja clase social. Es la riqueza en su aspecto social, como sistema económico de opresión y explotación, lo que determina dicho fenómeno.

Y si, pues, las clases pobres reúnen en sí muchísimos de los estigmas que los antropólogos criminalistas señalan como propios del delincuente; si sus condiciones sociales y económicas las ponen en situación de delinquir, y si, además, sobre estas bases se construye un edificio moral propicio al crimen, qué de raro tiene que resulte lo que se quiso o que, no queriéndolo se tolere por desidia, por egoísmo o por ignorancia?

Veamos ahora cómo la afirmación de Lombroso se encuentra confirmada ampliamente entre nosotros.

**CUADRO No. 28.—Los penados entrados a la penitenciaría, clasificados por profesiones.**

Profesión	1933	1934	1935	1936
Agricultores	108	119	82	105
Negociantes	11	14	7	11
Jornaleros	28	14	6	12
Albañiles	16	10	10	10
Mineros	4	5	5	8
Empleados	9	4	4	6

**RESUMEN:**

Año	trabaja. manuales.	trabaja. intelects.
1933	179	21
1934	174	17
1935	136	13
1936	162	20

**CUADRO No. 29.—Profesiones que contribuyen a la población criminal.**

	Sumar. inte.	Sindi- cados	obre- ros	emplea- dos	profes- sión	rentis- tas.
1933	2807	3453	2678	173	29	202
1934	3188	3789	3093	263	44	389
1935	2426	2884	2553	97	29	215
1936	3683	3949	3243	177	26	503

Como estos cuadros podríamos presentar los correspondientes a "causas falladas por el Tribunal Superior", "entradas a la Reclusión de mujeres", entradas al "Reformatorio de Menores", etc. con idénticos resultados.

7o.—Atribuyen muchos autores a la imitación o "contagio mental" la ocurrencia de algunos delitos, en lo cual no les falta razón. No podría presentarse una estadística de este fenómeno porque no siempre el criminal declara la fuente de su inspiración, pero es fácilmente observable y tenemos muy fresca aún la ola de suicidios que en el año de 1938 recorrió todo el país. Durante el mismo año hubo un período en que el rapto, la fuga de menores y la seducción fueron a manera de epidemia para nuestra sociedad. No es seguramente que existan los llamados "clubs de suicidas" o que se hayan acordado los infractores para delinquir. Es que al primer hecho suceden los otros por razón del contagio mental.

Aunque parece que debiera estudiarse en el factor **civilización**, me parece que la influencia del cine encaja mejor en el factor **imitación**.

No podemos olvidar que la influencia del cine proviene de que nuestros delincuentes criollos, pobres diablos sin instrucción y sin imaginación, asimilan y se apropian los elementos inmorales del cine más en consonancia con su formación antisocial.

Por eso me parece que tiene importancia la presentación del índice del producido de los espectáculos públicos, constituidos entre nosotros exclusivamente por el cinematógrafo, aun cuando ese índice no diga nada referente a películas de un género determinado ni pueda clasificarse la calidad de las personas que concurren a las sesiones diarias, ni se refieran a la boletería, que como todos saben

tiene su distinción de clase en el precio, porque el 90% de las películas que se nos presentan a los colombianos en general, y a los antioqueños en particular, son inmorales, no en el sentido religioso sino en el social, y habida cuenta del público a que se destinan.

Es alarmante y vergonzoso para nosotros, que nuestros gobiernos tomen tan poco interés por la moralidad del pueblo cuya representación llevan.

Porque la pantomima que con el nombre de "juntas de censura" funcionan en todas las ciudades del país, no censuran nada por incapacidad. Cómo han de censurar si se componen por lo general de "señores bien" que cuando no tienen intereses vinculados a las empresas de proyección de películas, son bonisimos ciudadanos cuya espléndida e inmensurable bondad se confunde con su ilímite ignorancia, y por señoras y señoritas que, por aparecer modernas e ilustradas, no protestan y permanecen como momias ante los más infames "atentados del celuloide" contra la moral o ante los ataques más vitandos contra la honestidad y el orden social.

Casos recuerdo en que se ha impedido la proyección de cintas rusas porque son inmorales, es decir... comunistas! Películas verdaderamente educativas pero con un rótulo político que les hace daño.

En cambio, otros horrores artísticos y morales pero de etiqueta anglosajona o francesa, cuando no alemana, se proyectan sin obstáculo auncuando la integridad moral de nuestros obreros y niños se quiebre sin remedio y auncuando la virginidad espiritual de nuestras mujeres quede hecha cenizas.

Así somos!

Muchos otros factores generales pudieran estudiarse en la sociología, pero nos falta espacio para emprender esta labor.

# LIBROS Y REVISTAS RECIBIDAS

*durante los meses de enero a junio del  
presente año*

- Hacienda Pública 1 T. 3 Ej. Dr. Esteban Jaramillo
- Envío del Autor:
- Principios fundamentales del Derecho Administrativo. 1 T. 2 Ej. Dr. Diego Toñón Arbeláez
- Envío de la Imprenta Departamental:
- "Flora de Antioquia". Ampliada y editada por Lorenzo Uribe S. J. 1 T. 1941 Joaquín Antonio Uribe
- Envío de la Universidad Autónoma de Cochabamba:
- "Primer Congreso Nacional de Facultades de Derecho reunido en Cochabamba" 1 T. 1939
- Envío de la Universidad Central.—Quito:
- "América". Curso de extensión cultural. 1 T. 1938
- Envío del Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil:
- "Brazil 1939-40. An Economic Social and Geographic Survey" 1 T. 1940
- Colecao Brasileira de Autores Argentinos. "Oracoes Seletas" 1 T. 1940 Bartolomeu Mitre
- Envío de la Biblioteca Venezolana de Cultura:
- "Antología del Cuento Venezolano" 2 T. Arturo Usiar Pietri y Julián Padrón

Envío de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires: "La Literatura de Colombia"

1 T. 1940 Javier Arango Ferrer

Envío del Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil:

"A Convencao complementar de limites entre o Brasil e a República Argentina.

Folleto 1940

"Os Arquivos particulares de Itamarati.

Folleto. Aluizio Napoleao, 1940

"Das origenes do Panamericanismo a Uniao Panamericana".

Folleto. Alvaro Teixeira Soares, 1940

"A zona de segurancia continental" (Declaracao do Panamá)

Folleto 1940

"Fronteiras e limites"

Folleto. Oswaldo Arana, 1940

"Regras gerais de neutralidade estabelecidas pelo Brasil em caso de guerra entre potencias estrangeiras ñao Americanas".

Folleto 1939

"Limites Brasil-Suriname".

Folleto 1939

Envío de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México:

"El soldado Mexicano y los destinos de América".—Discurso.

Folleto —1— Manuel Avila Camacho  
Presidente de la República de México,  
1941

"La Amistad Panamericana"—Discursos.

Folleto —2— Henry A. Wallace, Ezequiel Padilla, Eduardo Salazar, 1941

"Al Segundo Congreso Nacional de la C. T. M.—A los maestros de 1941"—Discurso.

Folleto —3— Manuel Avila Camacho  
Presidente de México, 1941.

## REVISTAS

"Revista de las Indias"—Bogotá

Nos. 25, 26 — 1941

"Boletín Clínico"—Medellín

Nos. 11, 12 — 1940 — 1, 2, 3 — 1941

"Juventud Ignaciana"—Medellín

Nos. 29, 30 — 1941

"Universidad de Antioquia"—Medellín

T. XI Nos. 43, 44, 45, — 1941

"Boletín Comercial"—Medellín

Nos. 188, 189, 190 — 1941

"Letras y Encajes"—Medellín

Nos. 74, 75 — 1941

"Minería"—Medellín

Vol. XVII. Nos. 101, 102 — 1940

Vol. XVIII. Nos. 103, 104 — 1941

"El Mes Financiero y Económico"—Bogotá

Nos. 44 — 1940 — 46 — 1941

"Agricultura y Ganadería"—Bogotá

Nos. 1, 2, 3 — 1940

- "Revista de la Guardia Nacional"—El Salvador Nos. 6, 7 — 1941
- "Jurisprudencia Cordobesa"—Córdoba-Argentina Nos. 5, 6 — 1941
- "Suplemento Estadístico de la Revista Económica"—Buenos Aires Nos. 42, 44 — 1941
- "Revista del Colegio de Abogados"—Buenos Aires T. XIX No. 1, — 1941
- "Revista Judicial"—Manizales Nos. 568 a 572 — 1941
- "Boletín Bibliográfico"—Lima No. 4 — 1940
- "Boletín Agrícola"—Medellín Nos. 257, 258 — 1940
- "Atenea"—Concepción (Chile) T. LXIII. Nos. 187 a 189 — 1941
- "Boletín de la Oficina Sanitaria Panamericana"—Washington Vol. XX. Nos. 2 a 5 — 1941
- "Crónica Judicial"—Ibagué Nos. 623, 624 — 1941
- "Boletín de la Unión Panamericana"—Washington Vol. LXXV. Nos. 2, 3, 5 — 1941
- "Ibero-Amerikanische Rundschau"—Hamburgo Nos. 11, 12, 1, 2 — 1941
- "Boletín del Instituto Internacional de Protección a la Infancia"—Montevideo T. XIV. No. 3 — 1941
- "Cruz Roja"—Medellín Nos. 89, 91, 92, 93 — 1941
- "Revista del Círculo Militar"—San Salvador T. XVII. Nos. 1, 2 — 1941
- "Educación"—Caracas No. 10 — 1940-1941
- "Los Tribunales"—México No. 3 — 1941
- "Revista del Banco de la República"—Bogotá Vol. XIV. Nos. 161, 162 — 1941
- "Anales del Consejo de Estado"—Bogotá Nos. 293, 294, 295 — 1940
- "Anales de Ingeniería"—Bogotá Vol. II. Nos. 254, 255, 256 — 1941
- "Revista Rotaria"—Chicago T. XVI. Nos. 3, 4, 5 — 1941
- "Informaciones Cooperativas"—Ginebra Nos. 1, 3 — 1941
- "Revista Mexicana de Sociología"—México Vol. II. No. 4 — 1940
- "La Nueva Democracia"—New-York Vol. XXII. No. 3 — 1941
- "El Foro Nariñés"—Pasto Nos. 119, 120 — 1941
- "Anales de la Universidad de Santo Domingo"—Ciudad Trujillo Vol. III. Nos. 1 a 4 — 1939 — Vol. IV. Nos. 2, 3, 4 — 1940
- "Revista Jurídica Dominicana"—Ciudad Trujillo Vol. III. No. 1 — 1941
- "Gobierno"—Bucaramanga No. 9 — 1941

- "Cultura Hispánica"—Habana Nos. 88, 89 — 1941  
 "Revista Alemana"—Hamburgo No. 35 — 1940  
 "Boletín de la Cámara de Comercio"—  
 San Salvador No. 136 — 1941  
 "Archivos del Hospital Rosales"—San  
 Salvador. Nos. 68, 69 — 1941  
 "Revista Javeriana"—Bogotá T. XV. Nos. 72, 73, 74 — 1941  
 "Universidad Católica Bolivariana"—Me-  
 dellin Vol. VI. Nos. 18, 19, 20 — 1941  
 "Revista Jurídica"—Cochabamba No. XIII — 1941  
 "Revista do Brasil"—Rio de Janeiro 3 phase Nos. 32, 33 — 1941  
 Envío de la Biblioteca del Banco central  
 del Ecuador:  
 "Causas de la Depreciación monetaria en  
 el Ecuador" Tesis. — José A. Baquero C.



## T A R I F A :

Número suelto. . . . .	\$ 0,40
Suscripción anual de 3 números.....	\$ 1.00

---

Publicación trimestral  
durante el año letivo.

---

El contenido de la  
presente entrega es  
inédito.

Dirigir la correspondencia  
al apartado postal Nro.  
155. Medellín-Colombia --  
Sur América.

