

REPUBLICA DE COLOMBIA  
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA  
PALACIO DE JUSTICIA

INVENTARIO: \_\_\_\_\_

NUMERO  
CLASIFICACION

COMPRA \_\_\_\_\_ DONACION \_\_\_\_\_

FECHA:

12 MAR 2004

PRECIO: \_\_\_\_\_

PROCEDENCIA: \_\_\_\_\_

PAIS

CORRE SUPREMA DE JUSTICIA

MS. 1111111111 M.

03013

# **EL DELITO**

**FRANCESCO CARNELUTTI**

**LECCIONES DE DERECHO PENAL**

# **EL DELITO**



TRADUCCIÓN

DE

**SANTIAGO SENTÍS MELENDO**

DE LA CARRERA JUDICIAL ESPAÑOLA  
MAGISTRADO



**EDICIONES JURÍDICAS EUROPA - AMÉRICA**  
**BUENOS AIRES**



Traducción de la obra italiana  
*Lezioni di diritto penale*  
**IL REATO**  
Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1943

*Copyright by*  
EDICIONES JURÍDICAS EUROPA - AMÉRICA  
(E.J.E.A.)

CHILE 2970  
BUENOS AIRES  
1952

Edición al cuidado de SANTIAGO SENTÍFIS MELENDO

*Queda hecho el depósito  
que exige la ley*

## INDICE SUMARIO

---

|                       |    |
|-----------------------|----|
| <i>Prefacio</i> ..... | XV |
|-----------------------|----|

### INTRODUCCIÓN

|                                           |    |
|-------------------------------------------|----|
| 1. Método .....                           | 1  |
| 2. Institución penal .....                | 2  |
| 3. Delito .....                           | 3  |
| 4. Pena .....                             | 4  |
| 5. Ley penal .....                        | 5  |
| 6. Pena privada .....                     | 7  |
| 7. Pena pública .....                     | 7  |
| 8. Proceso penal .....                    | 7  |
| 9. División de la institución penal ..... | 8  |
| 10. Derecho y ley penal .....             | 8  |
| 11. Código penal .....                    | 9  |
| 12. Derecho y proceso penal .....         | 11 |
| 13. Medios de estudio .....               | 12 |

### PRIMERA PARTE

#### DE LA FUNCIÓN DE LA INSTITUCIÓN PENAL

##### LIBRO PRIMERO

#### DE LOS FINES DE LA INSTITUCIÓN PENAL

|                                           |    |
|-------------------------------------------|----|
| 14. Problema .....                        | 17 |
| 15. Fin principal de la pena .....        | 17 |
| 16. Fin accesorio de la pena .....        | 18 |
| 17. Fin principal de la ley penal .....   | 19 |
| 18. Fin accesorio de la ley penal .....   | 19 |
| 19. Fin principal del proceso penal ..... | 21 |
| 20. Fin accesorio del proceso penal ..... | 21 |

##### LIBRO SEGUNDO

#### DE LOS EFECTOS DE LA INSTITUCIÓN PENAL

|                                             |    |
|---------------------------------------------|----|
| 21. Humanidad de la institución penal ..... | 23 |
| 22. El delito como hecho jurídico .....     | 23 |
| 23. La pena como situación jurídica .....   | 25 |
| 24. Condena penal .....                     | 26 |
| 25. Expiación penal .....                   | 28 |

## SEGUNDA PARTE

## DE LA ESTRUCTURA DE LA INSTITUCIÓN PENAL

|                                              |    |
|----------------------------------------------|----|
| 26. Estructura de la institución penal ..... | 33 |
| 27. Estática penal .....                     | 33 |
| 28. Dinámica penal .....                     | 33 |
| 29. División .....                           | 34 |

## LIBRO PRIMERO

## DEL DELITO

TÍTULO PRIMERO.— *De los elementos del delito.*

|                                |    |
|--------------------------------|----|
| 30. Elementos del delito ..... | 35 |
|--------------------------------|----|

*Subtítulo primero: De las cosas.*

|                                                   |    |
|---------------------------------------------------|----|
| 31. Estructura física del delito .....            | 36 |
| 32. Cuerpos del delito .....                      | 37 |
| 33. Clasificación de los cuerpos del delito ..... | 38 |

*Capítulo primero: Del instrumento del delito.*

|                                        |    |
|----------------------------------------|----|
| 34. Instrumento del delito .....       | 38 |
| 35. El trabajo del delito .....        | 39 |
| 36. La colaboración en el delito ..... | 40 |
| 37. El capital en el delito .....      | 42 |

*Capítulo segundo: De la materia del delito.*

|                                               |    |
|-----------------------------------------------|----|
| 38. Materia del delito .....                  | 43 |
| 39. El hombre como materia del delito .....   | 44 |
| 40. La cosa como materia del delito .....     | 46 |
| 41. La sociedad como materia del delito ..... | 48 |

*Subtítulo segundo: De las personas.*

|                                          |    |
|------------------------------------------|----|
| 42. Estructura psíquica del delito ..... | 52 |
| 43. Partes del delito .....              | 53 |

*Capítulo primero: Del reo.*

|                                                     |    |
|-----------------------------------------------------|----|
| 44. Ofensor .....                                   | 54 |
| 45. Delincuencia .....                              | 56 |
| 46. Personalidad del delito .....                   | 57 |
| 47. Capacidad penal .....                           | 57 |
| 48. Incapacidad penal del rey y del pontífice ..... | 58 |
| 49. Imputabilidad .....                             | 59 |
| 50. No imputabilidad .....                          | 60 |
| 51. Imputabilidad atenuada .....                    | 63 |
| 52. Capacidad para delinquir .....                  | 64 |
| 53. Tendencia a delinquir .....                     | 65 |

|                                                  |    |
|--------------------------------------------------|----|
| 54. Reincidencia .....                           | 66 |
| 55. Habitualidad del delito .....                | 66 |
| 56. Profesionalidad en el delito .....           | 67 |
| 57. Clasificación subjetiva de los delitos ..... | 67 |
| 58. Peligrosidad social .....                    | 68 |

*Capítulo segundo: Del ofendido.*

|                                              |    |
|----------------------------------------------|----|
| 59. Perjudicado .....                        | 69 |
| 60. Ofendido .....                           | 70 |
| 61. Capacidad penal pasiva .....             | 71 |
| 62. Personalidad jurídica del ofendido ..... | 73 |
| 63. Identificación del ofendido .....        | 73 |
| 64. Pluralidad de ofendidos .....            | 74 |

**TÍTULO SEGUNDO. — De las relaciones penales.**

|                                         |    |
|-----------------------------------------|----|
| 65. Relaciones penales .....            | 74 |
| 66. Análisis de la relación penal ..... | 75 |

*Subtítulo primero: Del contenido económico de la relación penal.*

|                                  |    |
|----------------------------------|----|
| 67. Del bien disputado .....     | 76 |
| 68. Conflicto de intereses ..... | 76 |

*Subtítulo segundo: Del contenido ético de la relación penal.*

|                 |    |
|-----------------|----|
| 69. Deber ..... | 77 |
| 70. Poder ..... | 79 |

*Subtítulo tercero: Del contenido político de la relación penal.*

|                                                                |    |
|----------------------------------------------------------------|----|
| 71. Composición política del conflicto de intereses .....      | 80 |
| 72. Relación jurídica .....                                    | 81 |
| 73. Relación jurídica civil .....                              | 83 |
| 74. Relación jurídica penal .....                              | 83 |
| 75. Delitos y contravenciones .....                            | 86 |
| 76. Contenido de la relación jurídica penal .....              | 87 |
| 77. El delito como acto ilícito .....                          | 89 |
| 78. Daño irrogado en el cumplimiento de una obligación .....   | 90 |
| 79. Daño ocasionado en el ejercicio de una facultad .....      | 91 |
| 80. Daño irrogado con el consentimiento del derechohabiente .. | 92 |

*Subtítulo cuarto: De la limitación de la relación penal.*

|                                                                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 81. Límites de la obligación penal .....                                                                  | 96  |
| 82. Daño irrogado por la necesidad de cumplir una obligación inherente a una función pública .....        | 96  |
| 83. Daño ocasionado en guerra .....                                                                       | 99  |
| 84. Daño irrogado por la necesidad del ejercicio de una facultad .....                                    | 101 |
| 85. Daño irrogado por la necesidad del ejercicio del derecho sobre la persona (estado de necesidad) ..... | 102 |
| 86. Daño irrogado por legítima defensa .....                                                              | 103 |
| 87. Retorsión .....                                                                                       | 105 |
| 88. Provocación .....                                                                                     | 106 |

*Subtítulo quinto: De la calificación de la relación penal.*

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| 89. Relación penal calificada .....          | 107 |
| 90. Relación calificante .....               | 108 |
| 91. Calificación constitutiva .....          | 110 |
| 92. Calificación impeditiva .....            | 111 |
| 93. Calificación modificativa .....          | 111 |
| 94. Calificación agravante o atenuante ..... | 112 |

*Subtítulo sexto: De la sustitución de la relación penal.*

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| 95. Sustitución de la relación penal ..... | 112 |
|--------------------------------------------|-----|

**TÍTULO TERCERO. — Del desarrollo del delito.**

|                                                       |     |
|-------------------------------------------------------|-----|
| 96. Desarrollo del delito .....                       | 115 |
| 97. Juridicidad del delito .....                      | 115 |
| 98. El delito como acto jurídico .....                | 116 |
| 99. El delito como acto ilícito .....                 | 117 |
| 100. Forma del delito .....                           | 118 |
| 101. Forma típica del delito .....                    | 119 |
| 102. Requisitos del delito .....                      | 120 |
| 103. Clasificación de los requisitos del delito ..... | 121 |
| 104. Esquema del delito .....                         | 123 |
| 105. Forma legal del delito .....                     | 124 |
| 106. Combinaciones de delitos .....                   | 125 |

*Subtítulo primero: Del esquema del delito.**Capítulo primero: De los momentos del delito.*

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| 107. Requisitos constitutivos estáticos y dinámicos ..... | 126 |
| 108. Clasificación de los momentos del delito .....       | 127 |

*Sección primera: Del fin del delito.*

|                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------|-----|
| 109. Momento económico del delito .....                                | 128 |
| 110. Daño irrogado por constreñimiento físico o por fuerza mayor ..... | 130 |
| 111. Calidad del fin como requisito constitutivo del delito .....      | 131 |
| 112. El fin como requisito agravante o atenuante del delito ....       | 132 |

*Sección segunda: De la intención del delito.*

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| 113. Momento psicológico del delito ..... | 133 |
|-------------------------------------------|-----|

*§ 1. De la previsión del delito.*

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| 114. Verificación del fin .....          | 134 |
| 115. Error en la previsión .....         | 135 |
| 116. Imprevisión del daño irrogado ..... | 135 |
| 117. Caso fortuito .....                 | 136 |
| 118. Culpa sin previsión .....           | 138 |

*§ 2. De la deliberación del delito.*

|                                                          |     |
|----------------------------------------------------------|-----|
| 119. Deliberación del fin .....                          | 139 |
| 120. Delitos sin deliberación; culpa con previsión ..... | 141 |

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| 121. Delito con deliberación; dolo .....      | 142 |
| 122. Error en la deliberación; buena fe ..... | 144 |
| 123. Intención .....                          | 147 |
| 124. Delito sin intención .....               | 150 |

### Sección tercera: De la actuación del delito.

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| 125. Actuación del fin ..... | 151 |
| 126. Análisis del acto ..... | 152 |

#### § 1. Del evento del delito.

|                                                                         |     |
|-------------------------------------------------------------------------|-----|
| 127. Evento del delito .....                                            | 153 |
| 128. Delito de daño y delito de peligro .....                           | 154 |
| 129. Trascendencia jurídica del evento .....                            | 155 |
| 130. Relaciones entre el fin y el evento .....                          | 155 |
| 131. Delito doloso .....                                                | 156 |
| 132. Delito culposo .....                                               | 159 |
| 133. Delito putativo .....                                              | 160 |
| 134. Circunstancias agravantes o atenuantes desconocidas .....          | 161 |
| 135. Delito aberrante .....                                             | 162 |
| 136. Divergencia cuantitativa entre el fin y el evento del delito ..... | 164 |
| 137. Delito intentado .....                                             | 165 |
| 138. Delito preterintencional .....                                     | 166 |

#### § 2. De la acción del delito.

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| 139. Acción del delito .....                 | 167 |
| 140. Delito por comisión o por omisión ..... | 172 |
| 141. Delito instantáneo o permanente .....   | 174 |

### Capítulo segundo: De las circunstancias del delito.

|                                                          |     |
|----------------------------------------------------------|-----|
| 142. Circunstancias estáticas y dinámicas .....          | 176 |
| 143. Circunstancias generales y especiales .....         | 176 |
| 144. Circunstancias subjetivas y objetivas .....         | 177 |
| 145. Clasificación de las circunstancias generales ..... | 178 |

#### Sección primera: De las circunstancias impositivas.

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| 146. Circunstancias impositivas inherentes a la imputabilidad ..  | 180 |
| 147. Circunstancias impositivas inherentes a la relación penal .. | 180 |
| 148. Circunstancias impositivas inherentes al fin .....           | 181 |
| 149. Circunstancias impositivas inherentes a la intención .....   | 181 |
| 150. Circunstancias impositivas inherentes a la actuación .....   | 181 |

#### Sección segunda: De las circunstancias agravantes.

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 151. Circunstancias agravantes inherentes al instrumento del delito .....     | 184 |
| 152. Circunstancias agravantes inherentes a la imputabilidad ...              | 184 |
| 153. Circunstancias agravantes inherentes a la capacidad para delinquir ..... | 184 |
| 154. Circunstancias agravantes inherentes a la persona ofendida ..            | 185 |
| 155. Circunstancias agravantes inherentes a la relación penal ...             | 185 |

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| 156. Circunstancias agravantes inherentes al fin .....         | 186 |
| 157. Circunstancias agravantes inherentes a la intención ..... | 186 |
| 158. Circunstancias agravantes inherentes a la acción .....    | 187 |
| 159. Circunstancias agravantes inherentes al evento .....      | 187 |

Sección tercera: De las circunstancias atenuantes.

|                                                                   |     |
|-------------------------------------------------------------------|-----|
| 160. Circunstancias atenuantes inherentes a la imputabilidad ...  | 189 |
| 161. Circunstancias atenuantes inherentes a la relación penal ... | 189 |
| 162. Circunstancias atenuantes inherentes a la intención .....    | 190 |
| 163. Circunstancias atenuantes inherentes a la acción .....       | 190 |
| 164. Circunstancias atenuantes inherentes al evento .....         | 192 |

Sección cuarta: De las circunstancias determinativas.

|                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 165. Valor de las circunstancias determinativas .....                             | 192 |
| 166. Circunstancias determinativas inherentes a los cuerpos del delito .....      | 193 |
| 167. Circunstancias determinativas inherentes a la capacidad para delinquir ..... | 193 |
| 168. Circunstancias determinativas inherentes a la relación penal                 | 194 |
| 169. Circunstancias determinativas inherentes al fin .....                        | 195 |
| 170. Circunstancias determinativas inherentes a la intención ...                  | 195 |
| 171. Circunstancias determinativas inherentes a la acción .....                   | 197 |
| 172. Circunstancias determinativas inherentes al evento .....                     | 197 |

Sección quinta: Del concurso de circunstancias.

|                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 173. Concurso de circunstancias con requisitos .....                                                | 198 |
| 174. Concurso de circunstancias generales con circunstancias especiales .....                       | 198 |
| 175. Concurso de las circunstancias determinativas con circunstancias agravantes o atenuantes ..... | 199 |
| 176. Concurso de varias circunstancias agravantes o de varias circunstancias atenuantes .....       | 199 |
| 177. Concurso de circunstancias agravantes o atenuantes homogéneas .....                            | 199 |
| 178. Concurso de circunstancias agravantes con circunstancias atenuantes .....                      | 200 |

Capítulo tercero: De las condiciones del delito.

|                                             |     |
|---------------------------------------------|-----|
| 179. Clasificación de las condiciones ..... | 202 |
|---------------------------------------------|-----|

Sección primera: De las condiciones constitutivas.

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| 180. Clasificación de las condiciones constitutivas ..... | 205 |
|-----------------------------------------------------------|-----|

§ 1. De las condiciones constitutivas intrínsecas.

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| 181. Condición objetiva del delito ..... | 206 |
|------------------------------------------|-----|

§ 2. De las condiciones constitutivas extrínsecas.

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 182. Condiciones constitutivas extrínsecas .....                                                 | 207 |
| 183. Traslado al territorio del Estado del culpable de un delito cometido en el extranjero ..... | 208 |
| 184. Querrela .....                                                                              | 208 |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 185. Requerimiento ..... | 210 |
| 186. Instancia .....     | 211 |

Sección segunda: De las condiciones resolutorias del delito.

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| 187. Condiciones resolutorias del delito ..... | 212 |
| 188. Muerte del reo .....                      | 212 |
| 189. Abrogación del delito .....               | 213 |
| 190. Amnistía .....                            | 215 |
| 191. Remisión de la querrela .....             | 216 |
| 192. Perdón judicial .....                     | 218 |
| 193. Perdón judicial de los adolescentes ..... | 218 |
| 194. Suspensión condicional de la pena .....   | 219 |
| 195. Prescripción .....                        | 221 |

Sección tercera: De las condiciones modificativas.

|                                      |     |
|--------------------------------------|-----|
| 196. Condiciones modificativas ..... | 224 |
|--------------------------------------|-----|

§ 1. De las condiciones agravantes.

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| 197. Condiciones agravantes .....                                | 224 |
| 198. Agravación voluntaria de las consecuencias del delito ..... | 225 |

§ 2. De las condiciones atenuantes.

|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 199. Arrepentimiento .....                                                                 | 225 |
| 200. Reparación, eliminación o atenuación espontánea de las consecuencias del delito ..... | 226 |
| 201. Oblación .....                                                                        | 226 |
| 202. Liberación condicional .....                                                          | 227 |
| 203. Rehabilitación .....                                                                  | 228 |
| 204. Indulto y gracia .....                                                                | 229 |
| 205. Extinción de la pena por transcurso del tiempo .....                                  | 229 |
| 206. Muerte del condenado .....                                                            | 231 |

Sección cuarta: Del concurso de condiciones.

|                                                                               |     |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 207. Concurso de condiciones resolutorias con condiciones modificativas ..... | 231 |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----|

Capítulo cuarto: De las combinaciones de delitos.

|                                               |     |
|-----------------------------------------------|-----|
| 208. Unidad o pluralidad de delitos .....     | 232 |
| 209. Complejidad del delito .....             | 233 |
| 210. Clasificación del delito complejo .....  | 235 |
| 211. Clasificación del delito colectivo ..... | 237 |
| 212. Clasificación del delito compuesto ..... | 239 |

Sección primera: De la acumulación de delitos.

|                                                    |     |
|----------------------------------------------------|-----|
| 213. Acumulación de delitos .....                  | 241 |
| 214. Acumulación homogénea .....                   | 242 |
| 215. Acumulación homogénea preterintencional ..... | 243 |
| 216. Acumulación heterogénea .....                 | 245 |



|                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------|-----|
| 217. Acumulación heterogénea preterintencional .....                 | 248 |
| 218. Acumulación impropia .....                                      | 249 |
| 219. Importancia jurídica de la acumulación de delitos .....         | 250 |
| 220. Importancia jurídica de la acumulación impropia .....           | 251 |
| 221. Importancia jurídica de la acumulación propia heterogénea ..... | 253 |
| 222. Importancia jurídica de la acumulación propia homogénea .....   | 255 |
| 223. Independencia de los delitos acumulados .....                   | 256 |

#### Sección segunda: De la continuación de delitos.

|                                                         |     |
|---------------------------------------------------------|-----|
| 224. Delito continuado .....                            | 258 |
| 225. Independencia de los delitos en continuación ..... | 262 |
| 226. Eficacia jurídica de la continuación .....         | 263 |

#### Sección tercera: Del concurso de delitos.

|                                                                                       |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 227. Concurso en el delito .....                                                      | 265 |
| 228. Concurso propio o concurso impropio en el delito .....                           | 265 |
| 229. El problema del concurso en el delito .....                                      | 266 |
| 230. Pluralidad de delitos concurrentes .....                                         | 266 |
| 231. Concurso fortuito .....                                                          | 267 |
| 232. Concurso intencional .....                                                       | 268 |
| 233. Concurso entre delitos dolosos y delitos culposos .....                          | 270 |
| 234. Problema del concurso intencional .....                                          | 271 |
| 235. Interdependencia de los delitos concurrentes en el concurso<br>intencional ..... | 272 |
| 236. La imputabilidad en el concurso intencional .....                                | 273 |
| 237. La calificación en el concurso intencional .....                                 | 273 |
| 238. El fin en el concurso intencional .....                                          | 276 |
| 239. La intención en el concurso intencional .....                                    | 277 |
| 240. La acción en el concurso intencional .....                                       | 279 |
| 241. Valoración causal de los delitos concurrentes .....                              | 281 |
| 242. El evento en el concurso intencional .....                                       | 285 |
| 243. Las circunstancias en el concurso intencional .....                              | 287 |
| 244. Las condiciones en el concurso intencional .....                                 | 288 |

#### Sección cuarta: Del delito plurieventual.

|                                                                                          |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 245. Delito plurieventual .....                                                          | 289 |
| 246. Delito plurieventual propio .....                                                   | 291 |
| 247. Delito plurieventual impropio .....                                                 | 291 |
| 248. Independencia del delito plurieventual respecto de los delitos<br>componentes ..... | 292 |

#### Sección quinta: Del delito continuativo.

|                                |     |
|--------------------------------|-----|
| 249. Delito continuativo ..... | 293 |
|--------------------------------|-----|

#### Sección sexta: Del delito plurisubjetivo.

|                                                           |     |
|-----------------------------------------------------------|-----|
| 250. Delito plurisubjetivo .....                          | 294 |
| 251. Delito plurisubjetivo propio o impropio .....        | 295 |
| 252. Clasificación del delito plurisubjetivo propio ..... | 295 |
| 253. Régimen del delito plurisubjetivo .....              | 297 |
| Índice alfabético .....                                   | 301 |

## P R E F A C I O

*El derecho penal ha sido siempre mi amor secreto. Pero este amor no ha tenido fortuna en la universidad y he seguido por otro camino al mejor de mis maestros. Sin embargo, desde los comienzos del ejercicio forense he vuelto a él, y aunque, reanudados los estudios, creí que fuera otra mi vocación, nunca me aparté de él enteramente. Más tarde, aproximándome lentamente al plano de la teoría general, la necesidad de incluir en el radio de la observación los datos del derecho penal me guió a realizar en ese campo algunas exploraciones, que para el conocimiento del delito podían no tener gran valor; pero que, para el del acto jurídico, habían de serme preciosas. Pero creí que con eso habían terminado mis aventuras de derecho penal.*

*Luego, una vez realizado, con las Instituciones, el trabajo en el campo del derecho procesal civil, mi interés por los estudios del derecho tuvo un reposo. Iba madurando en mi espíritu la crisis que culminó en la Interpretación del Paternóster y en el segundo volumen de las Meditaciones. No sospechaba ni remotamente siquiera que, cuando me sumergía en esa meditación, se estuviese llevando a cabo en mí algo que, no menos que la larga preparación civilística, era necesario para una reanudación en la ciencia del derecho penal. Creía más bien que aquél era ya el clima de mi descanso, no el de mi trabajo de jurista.*

*El Señor no lo ha querido así. Los pequeños y hasta mínimos hechos por los cuales se ha manifestado mi tránsito al derecho penal no podrían parecer más que casos a quien los narrase; pero a mí, no tanto tal como los viví como cuando ahora los vivo de nuevo, no pueden menos de revelarme la que, a propósito de un libro mío, ha llamado LENER "la admirable delicadeza de la gracia divina". Es difícil, más aún, imposible, saber decir; pero sentirse llevados así de la mano y abandonarse dócilmente al guía y estar seguros, no por nuestro valor, sino por el Suyo, de no errar el camino, es consuelo que quien lo ha probado comprende las lágrimas de San Agustín. Por qué mi amor por el derecho penal haya debido quedar más de cuarenta años oculto en mí, y en ese tiempo, antes de llegar a la meta, debiera yo peregrinar tanto y, más aún que la Metodología y la Teoría general, debieran servir de fundamento a estas Lecciones, la Introducción al estudio del derecho y las Meditaciones, es designio ante cuya contemplación no tengo más que exclamar: ¡hágase Su voluntad!*

\* \* \*

Habiendo concebido como reducción a la ética de la economía la función del derecho, es natural que yo lo considere a modo de un complejo técnico de insuperable dificultad. Quien dijese que el derecho es el conjunto de los procedimientos inventados para que los hombres se hagan buenos, expresaría la verdad de la manera más sencilla; pero, ¿hay un modo más eficaz de hacer que se comprenda la nobleza y el peligro de la labor del jurista? Desde que, hace treinta años me asomé a la enseñanza del derecho procesal civil, ¿cómo se ha ido formando en mí la conciencia de la responsabilidad del maestro!

En estos términos escuetos, la antítesis, viva siempre en el derecho lo mismo que en el arte, entre forma y contenido, sólo tiene el sentido de la tremenda dificultad de la adecuación; y nada más. Que una ley sea forma, como una pintura, es bien claro; pero que el pintor sepa elegir y representar un modelo, he ahí, ante todo, el problema. Quiere decir que, si yo mismo he nutrido en el pasado los principios que debían culminar en la teoría pura del derecho, si he creído la llamada política legislativa extraña a la ciencia y a la escuela, no me arrepentiré nunca suficientemente de aquel pecado.

Enseñar cómo deba entenderse y aplicarse una ley, es ciertamente uno de nuestros cometidos, pero no el único; por lo demás, si no se desmonta una máquina, no se la conoce, y desmontándola y volviéndola a montar se enseña a armarla, o sea, no sólo como está, sino también como debería estar armada. Este reconocimiento del fin supremo a que debe tender la enseñanza, el esfuerzo por suprimir del ánimo de los jóvenes todo vestigio de resignada adaptación a lo imperfecto de las leyes presentes, la conciencia de que de sus filas habrán de reclutarse no sólo los intérpretes sino los legisladores, la necesidad de señalarles las metas y de inspirarles el ardimiento necesario para llegar a ellas, responde al primero de los principios metodológicos a que estas lecciones tratarán de ser fieles.

No deben desconocerse los méritos del Código, mejor, de los Códigos ROCCO (como, no tanto por el nombre de ALFREDO, ministro en tiempo de su formación, es justo llamarlos, como por el de ARTURO, jefe de la escuela penal de los técnicos y, diríamos mejor, de los conceptualistas, cuyo sello ostentan): muchos conceptos, que la ciencia moderna había provechosamente elaborado, se introdujeron en ellos, y se supo distinguir entre los principios de la escuela positiva el grano de la cizaña. ¡Pero ay si se dejase a los escolares creer que son perfectos!

\* \* \*

En este plano me he convencido ya de que los jóvenes deben ser desencantados no sólo de la adoración de los nuevos códigos, sino también del derecho mismo. Si hay un grupo de leyes cuya experiencia haya alimentado mi escepticismo acerca de los recursos del ordenamiento jurídico, es el derecho penal. En él se hace verdaderamente drama la antítesis entre el derecho y la libertad; donde, para acrecen-

tar la humanidad del hombre, el derecho tiene que deshumanizarlo. El recluso, un hombre reducido a cosa, es el paradigma de su trágica impotencia.

Faltaría yo al más elevado de mis deberes si dejase que en las almas ingenuas de los escolares, como se hizo conmigo, se asentara un ídolo. Debiendo, en los límites de mis posibilidades, hacer que crezcan libres, lo cual quiere decir educar en ellos la divina fuerza del querer, ¿cómo podría yo ocultarles las relaciones entre el derecho y la libertad? Ésta, que no es una indiferencia, sino la fuerza de resistir a la tentación y de obedecer de ese modo al orden moral, cuando existe, hace inútil el derecho; y el derecho, cuando y porque los hombres no son verdaderamente libres, puede tratar de reemplazarla, pero no puede hacer más que sustituir la obediencia por la necesidad. Para los jóvenes, y acaso también para los que no lo son, antes de que hayan extraído de la experiencia de la vida la sabiduría, no son éstas cosas fáciles de comprender; pero cabe, de cuando en cuando, en los casos particulares, guiar dulcemente la formación de su pensamiento, mostrándoles la irreparable pobreza del derecho en comparación con la indescriptible riqueza de la libertad.

Mis escolares deben habituarse a considerar el derecho como las muletas de que un día, lejano pero seguro, se liberará el lisiado una vez recuperada su salud; la especie de ese derecho a que mejor se adapta la parábola es el derecho penal: si, por lo menos mientras la ley penal responde a la ley moral, tuviese yo necesidad de aquélla para ajustarme a ésta, ¿quién no habría de ver en mí un lisiado? Sólo es verdad que ese día es tan seguro como todavía infinitamente remoto: por tanto, los hombres, o a lo menos una gran mayoría de ellos, tendrán necesidad aún de las muletas; y la primera labor del jurista es, entonces, la de estudiar, no tanto cómo se utiliza cuanto cómo se construye, para que sea menos imperfecto, ese aparato ortopédico.

\* \* \*

Llevado el pensamiento, decía, a ese plano, nadie puede escapar al parangón entre el derecho y la medicina; ciertamente, como todo otro parangón, hay que utilizarlo con cautela, pero la analogía entre el organismo animal, e incluso humano, y el organismo social, tiene la alabanza de una experiencia de siglos, si no ya de milenios.

La verdad es que también del derecho penal, como de la medicina, los datos son dos: delito y pena están en la misma relación que la medicina y la enfermedad; una relación que, si se comprende el delito, cual se debe, a modo de enfermedad, no del hombre, sino de la sociedad, va mucho más allá que la idea expresada con la fórmula de la poena medicinalis. Quiere ello decir que, como la ciencia médica se distingue fundamentalmente en patología y farmacología, así, a formar la ciencia del derecho penal deberían concurrir en igual medida el estudio del delito y el estudio de la pena: criminología y penología podrían y aun debe-

rían decirse, si la primera de estas voces no estuviese adoptada ya para designar el estudio del delito en el campo genérico de la sociología más bien que en el específico del derecho.

Ahora bien, no resolviéndose el problema del derecho penal más que en la adecuación de la pena al delito, adecuación que implica el conocimiento, en igual medida, de la una y del otro, deberían los estudios de penología proceder sincronizados con los estudios criminológicos; o sea, que la pena debería ser objeto de investigación no menos que el delito. Que de esta igualdad estemos aún muy lejos, es afirmación segura, pero desconcertante. ¿Ha ocurrido algo semejante en cuanto a la relación entre patología y farmacología en el campo de la medicina? Sería interesante llevar a fondo la comparación en este asunto. Hasta cierto punto, el desnivel se explica por la precedencia lógica del delito sobre la pena, como respecto de la medicina la precedencia de la enfermedad. Pero, por lo que hace al derecho, el concepto de la pena es, en comparación con la medicina, más complicado; y, en su complicación, la ignorancia en que se deja el dato penal (o penológico, como para mayor claridad debiéramos decir), muestra un poco mejor sus razones. Por lo cual, para la adecuación de la pena al delito se complica el problema en comparación con la relación entre medicina y enfermedad; y en el tema de la diagnosis, que si lógicamente es idéntica respecto de la enfermedad y respecto del delito, prácticamente, cuando para salvar a la sociedad se trata de matar a un hombre en lugar de propinarle un contraveneno, tiene que ser una diagnosis oficial; por eso, la pena se resuelve en el proceso, y éste en el juicio y en la expiación, que corresponden, en teoría general, a la jurisdicción y a la ejecución; resolución que, si no es una verdad corriente en derecho penal, constituye a mi modo de ver uno de los principios fundamentales de su ciencia, y su valor se intuye, podríamos decir, por anverso y reverso, no sólo en el sentido de que la pena es proceso, sino también en el de que el proceso es pena.

Ahora bien, de las dos especies del proceso, penal o civil, ¿quién ignora que el proceso ejecutivo, en comparación con el proceso de conocimiento, ha quedado hasta ayer en la sombra? Se ha creído durante largo tiempo que se trataba de una actividad material, indigna tanto de la observación científica cuanto por otra parte, de parangonarla a la del juez en el ámbito del derecho procesal. Las consecuencias de ese modo de pensar, en cuanto al desarrollo legislativo, no han sido muy graves. Así ocurrió que, si el juicio penal, al igual que el juicio civil, es desde hace tiempo objeto de estudio, en torno a la expiación penal, más aún que a la ejecución civil, la ciencia está en los primeros pasos de un largo camino; y su cometido, en el terreno penal, en razón del diverso objeto de la ejecución, que es el hombre, mejor aún, la persona, es incomparablemente más elevado.

Reconocer a la pena un valor igual al del delito como objeto de la ciencia y de la legislación, es el primer punto de un programa cuya

aplicación debiera poner de manifiesto que estamos aún en este terreno muy lejos de la civilidad. Con haber sustituido la reclusión a las otras penas corporales, creemos haber dado un gran paso para llegar a ella; pero no nos hemos dado cuenta, sino en pequeñísima parte, de la responsabilidad que esa sustitución ha puesto sobre las espaldas del Estado: no sólo hacer que viva en la cárcel el cuerpo del condenado, sino hacer que viva, o más bien reviva, su espíritu, ejercitando la libertad de él y transformando así la necesidad en obediencia y la pena en penitencia, es labor que, hoy por hoy, lejos de haberla ya cumplido, casi ni siquiera la hemos notado; pero, mientras no se la lleve a cabo, no habrá resuelto el derecho penal el más elevado de sus problemas.

\* \* \*

Acaso, para tratar de resolverlo, una de las cosas que más importe saber sea aquella a la cual nos hemos referido ya a propósito de las relaciones entre pena y proceso. Cuando, desde el principio de mis Lecciones, afirmo que el derecho penal pertenece al derecho procesal (todo el derecho penal, digo, y, por tanto, también el llamado derecho penal material, que tiene respecto del llamado derecho penal procesal una posición sumamente distinta de la del derecho civil en comparación con el procedimiento civil), el mayor conocimiento que de su valor resulta de ello es, como siempre, la premisa para vencer sus tremendas dificultades. Pues bien, aquí, precisamente para la nueva enseñanza, espero que no haya sido vano mi largo aprendizaje procesal.

En efecto, lo que el estudio del proceso me ha mostrado es que, para conseguir sus fines, mucho más que las leyes valen los hombres y las cosas. Sobre ésta, que ha sido mi línea directiva en la ciencia del derecho procesal, insistiré en orientarme para el estudio del derecho penal. Seguimos ilusionándonos con obtener grandes resultados reformando las leyes, sin advertir que, mientras los hombres llamados a aplicarlas y los instrumentos de que disponemos sigan siendo lo que son, la sociedad no hace más que revolverse en el lecho de Procusto.

Un problema de jueces, en primer término, es el problema penal; más aún, un problema de aplicadores de la ley, y éstos no son solamente los jueces, sino también aquellos a quienes se encomienda la obra de la expiación, no menos augusta que el juicio. Hasta ahora, decíamos, el proceso penal ejecutivo, como ha ocurrido con el proceso civil, ha quedado en segundo plano y la figura de sus órganos, en comparación con la del juez, se ha empequeñecido; algo sobre este tema hemos comenzado a hacer, y sobre todo a comprender, últimamente, pero nada es aún en comparación con lo que se ha de hacer y comprender. Alto y claro debe decirse que la función penitenciaria tiene la misma dignidad y dificultad, y la misma responsabilidad, que la función judicial; y mientras no tanto se predique cuanto se practique esta verdad, no habrá salido el estudio penal de la fase de un bajo empirismo. Consistiendo esa función penitenciaria, después de todo,

en un gobierno de hombres, y de hombres sufrientes, es, en su más alta expresión, una cura de almas; y no hace falta más para llevar el pensamiento a la inevitable conclusión de que el problema penal culmina, no sólo en cuanto al delito sino también en cuanto a la pena, en un problema del espíritu, y un problema del espíritu no se resuelve sin amor a Dios.

Cuán lejos estén aún los hombres a quienes se encomienda el proceso penal, en su doble fase, de lo que debieran ser, no lo ocultaré yo a mis jóvenes alumnos en nombre de ningún falso pudor. A muchos de ellos los he conocido en el esfuerzo conmovedor por cumplir con su deber; y sobre todo por las angustias con que lo cumplen, los estimo y los admiro; y que se les haya dejado en ellas, mientras se reconstruyen los caminos y los edificios de la Roma imperial, es algo que debe mover a indignación a los jóvenes. Destinar al proceso, en calidad y cantidad, hombres idóneos para su elevadísima labor; dotarlos de todos los medios que para ese fin son necesarios; crear en torno suyo la comodidad y el prestigio: es el camino de la perfección del derecho penal. Perfección, digo, en el justo sentido de esfuerzo perenne por su mejoramiento; no ignoro ni ocultaré a mis alumnos cuán largo sea el camino a recorrer antes de llegar, no diré a la meta, siempre inasequible, sino a algún resultado apreciable; pero toda la vida es así, y en tratar de concurrir cada cual por su mínima parte al mejoramiento del mundo debe estar nuestro trabajo, y en saber que lo hacemos así, debe estar nuestro placer.

\* \* \*

La solución del problema del proceso es la clave de la solución del problema de la ley penal.

La que hace unos años dije que era la crisis de la ley, y que desde entonces ha venido agravándose en increíble medida, tiene ciertamente su exasperación en el derecho penal. Si el primer oficio de la ley penal es predicar a los hombres lo que deben y lo que no deben hacer, su primer requisito debiera ser que pudieran conocerla los hombres; y, por tanto, que fuera hecha en forma tal, que pudieran conocerla. Ahora bien, aparte la multitud cada día más numerosa de las leyes penales extravagantes, el propio Código Penal (crecido, notémoslo, en un buen tercio de ZANARDELLI a ALFREDO ROCCO) no es ya apropiado, ni por su volumen ni por su complicación, para ese conocimiento general; que lo puedan leer solamente los jueces y los defensores es un hecho del que, si fuera necesario, debieran preocuparse los asertores del carácter preceptivo del derecho penal. Cuando oímos hablar, como de algún tiempo a esta parte ocurre a menudo, de la crisis del derecho penal, es la crisis de la ley que nos muestra su más grave aspecto. Y mientras consistan las reformas sobre todo en agregar nuevas normas a las normas antiguas, la crisis no hará más que agravarse.

Será necesario tener el valor de invertir ese movimiento. Nada hay como la simplificación de la ley para evitar, no ya la quiebra, sino la bancarrota del derecho penal. No hay que confundir esta directiva ni con el derecho penal libre ni con la abolición de la prohibición de la analogía. Sin duda, tanto una como otra de esas tendencias han surgido cual reacción contra el presente estado de cosas, y constituyen un intento más o menos audaz de solución de la crisis. Agreguemos que son profundamente diferentes entre sí y que, por tanto, no sería prudente incluirlas en una misma aversión; la revisión de la prohibición de la analogía por las leyes penales no atribuiría en modo alguno a la reforma un carácter subversivo.

Como quiera que sea, la simplificación de la ley penal no es incompatible tampoco con esa prohibición tradicional. Sólo se trata de una diversa distribución del poder de determinación de la pena entre el juez y el legislador. Basta conocer un poco el Código penal para advertir que del esfuerzo por fijar la gravedad del delito deriva en grandísima parte su complicación. La legislación penal está dominada cada vez más por la desconfianza hacia el juez. Me hago cargo de las razones de ese temor. Después de todo, hasta el Evangelio mismo pone en guardia contra la dificultad de juzgar. Si esa labor es siempre solemne, cuando, como ocurre en el noventa y nueve por ciento de las veces, en el proceso penal es objeto del juicio la causa o la intención, viene a ser francamente sobrehumana. Sin embargo, hay que juzgar; y el legislador está no obstante constreñido a remitirse al juez cuando se trata de establecer la existencia de un delito y, por tanto, la necesidad de una pena. Comprendo que juzgar de la gravedad del delito es más arriesgado aún; por eso trata el legislador de sustraer lo más posible al juez ese segundo juicio. Pero es éste un remedio peor que el mal: no sólo nace de ello la degeneración de la ley penal, que compromete y hasta impide la consecución del primero de sus fines, sino que queda con ello irreparablemente mermada la adecuación de la pena al delito: cuanto más se atan las manos al juez en la determinación de la gravedad del delito y en la de la calidad y cantidad de la pena, tanto más se pone la adecuación, no entre la pena y el delito, sino entre ella y el modelo del delito. Desgraciadamente, a mediados del siglo XX, el sujeto del proceso penal es aún, mucho más que un hombre, un fantoche.

Pero bastaría reflexionar acerca del verdadero sentido de las palabras de Jesús, que no prohíben el juicio, sino que enseñan a juzgar como el que juzga quisiera ser juzgado, para encontrar el justo camino. Es éste un programa no sólo para el juez, sino, antes, para el legislador también, el cual tiene que instituir el juez y el juicio como quisiera que estuviesen instituidos si debiera él mismo someterse al uno y al otro. Si la determinación de la gravedad del delito y, por tanto, la dosificación de la pena, es labor tremendamente difícil, no se vence la dificultad sustrayéndola en gran parte al juez para re-



servarla al legislador, quien es menos idóneo aún que el juez para hacerlo, sino haciendo lo posible por que el juez sea digno de ella. A propósito de lo cual, debe ser objeto de estudio una nueva distribución de poderes junto a la distribución entre el juez y el legislador; quiero decir, otra distinción entre el juez del conocimiento y el juez de la ejecución o, en general, entre el órgano delegado para el juicio y el que preside la expiación, lo que no se refiere en modo alguno a la pena determinada, sino a una amplia potestad de revisión de la pena infligida en orden a los resultados de la expiación; esto es, a la posibilidad de corregir "a posteriori" el juicio acerca de la gravedad del delito, que, debiéndose hacer sobre todo con el conocimiento de la persona y, por tanto, del espíritu del reo, puede tomar de la conducta de éste después de la condena, y más aún durante el castigo, elementos decisivos.

Así, el problema de la ley penal desemboca, naturalmente, en el problema del proceso; y, en general, aparece que el problema del derecho penal no es otra cosa sino un problema del proceso; y no me cansaré nunca de repetir que el problema del proceso es mucho menos un problema de leyes que un problema de hombres y de cosas. Por desgracia, a este propósito, los italianos estamos afectados de una incurable manía legislativa. Nuestra confianza en cambiar con un plumazo el mundo tiene algo de infantil. ¿Por qué habría de callar que, cuando se me pidió consejo acerca de la reforma del Código de procedimiento civil, respondí que, peor que inútil, sería perjudicial si no iba precedida de una resuelta renovación del orden judicial? ¿Nos habrá abierto, por fin, los ojos la experiencia del nuevo código?

Confieso que no abrigo semejante ilusión. La verdad es que nos creemos llegados a la mayoría de edad, y somos aún niños. Italia, como nación, está por suerte en los albores de su historia. Y las amargas experiencias no hacen daño a los niños. Quien estudia el derecho de los grandes pueblos encuentra que no es el legislador, sino el juez, quien ocupa el centro de ellos. En el ordenamiento romano, el corazón que palpita es el pretor. ¿Queremos seguir sólo en las palabras tales ejemplos?

No me descorazono, sin embargo. Roma ha sido maestra de derecho; y maestra volverá a ser Italia. Basta con que cada uno de los italianos, en su pequeña y aun infinitésima parte, la amen con todas sus fuerzas. Cada uno de nosotros puede muy poco, infinitamente poco; pero con una infinidad de gotas se forma el mar. Amarla quiere decir querer su bien; y su bien mayor es que viva en la justicia. Por eso, si no me pareciese soberbia, también yo diría: "pega, pero escucha". Que, tanto desde el punto de vista del esquema como desde el de los tipos del delito, la vegetación del Código penal deba someterse a una enérgica poda; que, viceversa, la fantasía del legislador haya de ser enérgicamente excitada a trabajar en torno a la

pena; que la potestad discrecional del juez en la determinación de la pena se acreciente resueltamente y se limite, en cambio, la intangibilidad del fallo; que a la reforma, radical, del ordenamiento judicial se le asigne el primer puesto absoluto en la restauración del Estado; que de la institución penitenciaria se considere, en primera línea, el aspecto espiritual y se busque, por tanto, transformar la pena en penitencia, por medio de una reeducación puramente cristiana del condenado. Son ideas que no encontrarán ciertamente fácil adhesión. Pero, teniendo yo la certeza de que ése es el camino del bien, no serán las previsibles contradicciones las que puedan apartarme de él.

Desgraciadamente, el tiempo que me queda para seguirlo es ya breve. Es muy poco probable que pueda yo realizar el plan de estas Lecciones. Pero la escuela es un surco; y la semilla, una vez echada en él, antes o después termina por germinar.

\* \* \*

Naturalmente, debiendo educar no sólo a los formadores de una nueva ley, sino también a los aplicadores de la ley vigente; y, por otra parte, siendo ante todo necesario, para el juicio acerca de la bondad de ella, conocer su verdad; también yo he debido intentar la reconstrucción que, según mi convencimiento, cuanto más lógicamente rigurosa sea, tanto más dejará trasparentar su verdad. Cómo la observación de la realidad no excluya sino antes bien exija el uso de los conceptos y, por tanto, que conceptualismo y realismo sean, no antitéticos, sino complementarios, lo he explicado ya tantas veces, que insistir una vez más sería provocar el fastidio. Sobre la cuestión del método, en suma, no tengo nada más que decir. Sólo agregaré que, si la reconstrucción sistemática del derecho vigente nos muestra, sobre todo en algunas instituciones (por ejemplo, en cuanto a la teoría de las circunstancias o de las combinaciones entre los delitos), una arquitectura recargada y barroca, la culpa es de quien construyó, no de quien tiene que reconstruir; y el hastío que experimente por ello el alumno, o el lector en general, puede resolverse en un benéfico impulso hacia la simplificación, que pronto o tarde habrá de llegar.

Oportuna en todo caso me parece la advertencia de que esto no es un tratado, sino unas lecciones; e incluso, más que lecciones escritas, un bosquejo, muy a menudo conciso, más de una vez en claroscuro, de las clases dictadas en el aula, a las que se encomienda sobre todo la suerte de la enseñanza.

\* \* \*

Si la enseñanza del derecho penal fuese ya, como a mi modo de ver debiera serlo, unitaria, debería preceder el estudio del delito y

*seguir el estudio de la pena. Toda vez que en el ordenamiento didáctico vigente se divide el derecho penal en derecho material penal (por antonomasia, derecho penal) y derecho procesal penal; y como, por otra parte, según yo creo, los dos derechos así distinguidos no se pueden concebir sino cual dos conjuntos de normas que instituyen el delito o la pena, el cumplimiento de los deberes de enseñanza me constriñe a romper la continuidad, haciendo que procedan paralelamente, y no sucesivamente, las dos fases del estudio. Por eso se publicarán simultánea y progresivamente la primera, la segunda y, si Dios me ayuda, la tercera parte del libro.*

## INTRODUCCION

1. *Método.* — El método de estas lecciones es el mismo que poco a poco me he venido formando en el estudio y en la enseñanza del derecho procesal civil.

Objeto de cualquier estudio es la *realidad*. No pudiendo ni los sentidos ni el intelecto del hombre comprender la entera, más aún, la infinita realidad, hay que definir una parte de ella, lo cual es ya obra de *abstracción* y, por tanto, causa de deformación de esa misma realidad. Contra esta inevitable causa de error no hay otro remedio que la continua y cuidadosa reacción del docente y del alumno por medio de la atención, lo más frecuente posible, al *resto de la realidad*; o, en otros términos, mediante el *encuadramiento* de la parte de realidad tomada como estudio en el marco del mundo: el medio más eficaz para esta reacción consiste en tratar de observar directamente las cosas que se describen; otro medio útil es el parangón de esas cosas con las demás que quedan fuera del campo limitado del estudio.

La parte de realidad que se toma como objeto del estudio adopta el nombre, por lo menos en el lenguaje de la ciencia jurídica, de *institución*; nosotros nos proponemos precisamente estudiar, o sea tratar de conocer, la *institución jurídica penal*.

La primera operación del estudio es *definir* la institución; algo así como trazar sobre la superficie de la tierra los linderos de un campo, para separarlo de los demás: es ésta una operación totalmente empírica, en el sentido de que no supone un verdadero conocimiento de la institución, sino sólo la fijación de los caracteres externos suficientes para distinguirla.

La definición de la institución presenta al estudioso una masa desordenada de datos comparable al caos. El cometido de la ciencia no consiste en otra cosa que en ordenar ese desorden; o sea, en transformar el caos en universo. Evidentemente, para hacerlo, se necesita un hilo conductor.

El hilo que sigo es sobre todo la distinción entre *función* y *estructura*. Nada existe en el mundo sin una *razón*, la cual, en el plano de la inteligencia creadora, es el *fin* de la creación; lo que algo es, resulta ante todo de lo que *debe ser*. Se construye una cosa para que *sea* lo que *debe ser*; por eso, la *estructura está dominada por la función*, y no viceversa; y la distinción entre una y otra se resuelve en la precedencia lógica de la función sobre la estructura.

La función de algo, cuando ese algo no es creado por Dios, sino construído por el hombre, no se agota, sin embargo, en el fin; la identidad entre el *fin* y el *resultado*, en lo cual consiste la perfección de la obra, sólo es propia de las obras de Dios; las obras de los hombres, necesariamente imperfectas, presentan siempre un *hyatus* entre el fin y el resultado, que es el margen insuperable entre la *forma* y la *idea*. Por eso, el estudio de la función tiene que bifurcarse según los dos términos de los cuales resulta la función: *fin* y *efecto* de la institución.

Por otra parte, siendo la realidad un perpetuo *hacerse* o *devenir*, también el estudio de la estructura se bifurca a su vez según la distinción entre la *estática* y la *dinámica*, que puede rendir a las ciencias sociales no menores servicios que los prestados a las ciencias naturales; hay que tratar, mediante un esfuerzo que es otra abstracción, de detener y fijar la realidad para someterla a la observación, lo que se obtiene descomponiendo los *hechos* en *situaciones* y las situaciones, a su vez, en *cosas* y *relaciones*; luego, volver a poner la realidad en movimiento, recomponiendo las *cosas* y las *relaciones* en *situaciones*, y después las *situaciones* en *hechos*.

Estas indicaciones (cuyo desenvolvimiento podrá encontrar el diligente alumno en mi *Introduzione allo studio del diritto*) son suficientes para aclarar las líneas fundamentales de mi enseñanza.

2. *Institución penal*. — Convengamos en llamar *institución jurídica penal* a la masa de los datos que constituyen el objeto de nuestro estudio; convengamos asimismo en suprimir de aquí en adelante, por brevedad, el adjetivo *jurídica* sobreentendiéndolo en el otro adjetivo *penal*.

Los caracteres de la institución son dos: uno que se expresa con el adjetivo *jurídica* y sirve para distinguirlo de *toda institución no jurídica*; otro que se expresa con el adjetivo *penal* y sirve para distinguirlo de *toda otra institución jurídica*.

En cuanto al primero de esos caracteres, el docente no puede hacer otra cosa que remitir al alumno a la *teoría general del derecho*.

En cuanto al segundo, tiene que limitarse por ahora a indicar las cosas que en el lenguaje común se llaman penales: tales son principalmente ciertas *leyes* o *grupos de leyes* (códigos: *Código penal*; *Código de procedimiento penal*) y ciertos *actos* o *combinaciones de actos* (delitos; *procesos penales*, que se distinguen en *juicio penal* y *ejecución penal*). Por ahora no pida más el alumno, contentándose con la distinción empírica propia de los conocimientos comunes: hay, entre los otros, un código que se llama penal, e incluso hay dos; hay, entre los actos de los hombres, algunos que están previstos por esos códigos, y que se llaman delitos y procesos penales.

El conjunto de esas leyes y de esos actos constituye la *institución penal*. En vez de institución penal se puede decir también *derecho penal*, siempre que con esta fórmula convengamos en signi-

ficar no sólo las leyes, sino también los actos a que las leyes se refieren; precisamente porque, de ordinario, cuando se habla de derecho, se dirige de manera particular la atención del alumno hacia las leyes, prefiero la fórmula de *institución penal*.

De esa masa de datos hay que hacer desde el principio un reconocimiento empírico o superficial, a fin de presentar ante los ojos del alumno, como sobre una carta geográfica, el campo de su estudio.

Bastan una experiencia y una cultura elementales para distinguir en esa masa algunos grupos de fenómenos que se llaman *delitos, penas, leyes penales, procesos penales*. A cada uno de esos grupos trataremos ahora, a los fines del reconocimiento preliminar, de dirigir un rápido vistazo.

3. *Delito*<sup>(1)</sup>. — El delito es un producto del *conflicto intersubjetivo de intereses*. Por eso, el delito es un modo de ser *de la sociedad*, no *del individuo*. No hay error en la comparación del delito con la enfermedad; pero a condición de referir la enfermedad, no al individuo, sino a la sociedad. Esto explica por qué el estudio de los delitos, *prescindiendo del derecho*, constituye un capítulo de la *sociología*, no de la *antropología*; correctamente se puede hablar de *sociología*, no de *antropología criminal*. Esto no excluye que, para estudiar el delito, se deba estudiar también, e incluso antes que nada, el *reo*, esto es, el *hombre* que lo comete; pero el hombre en sí, o sea aislado de los demás hombres, no puede nunca ser un *reo*. Ya sobre esta línea se establece la diferencia entre el *delito* y el *pecado*; el *pecado* no así el *delito*, es un producto individual.

La incompatibilidad entre los intereses de dos personas tiende naturalmente a resolverse con la satisfacción del interés de la una y el sacrificio del interés de la otra. Según que la solución se haga *con contraste entre las partes o sin él*, presenta las dos figuras de la *litis* o de la *posesión*. Según se haga *con contraste*, al *sentido de justicia de la comunidad o sin ese contraste*, presenta las dos figuras del *delito* o del *contrato*; con el tiempo, a medida que han venido perfilándose esas dos figuras, han ido cambiándose los nombres y planteándose la antítesis entre el *delito* y el *negocio*; la línea divisoria entre ambos conceptos la da precisamente la reacción ante el acto mediante el cual se resuelve el conflicto, el ambiente social en que acontece el acto; esta reacción se manifiesta en la desaprobación

(1) La palabra "*reato*" tiene, en italiano, un sentido genérico, equivalente a infracción penal, por lo que acaso fuera procedente traducirla en esa forma; pero como quiera que, en castellano, también "*delito*" tiene ese sentido genérico, además de tener otro específico, frente a las *contravenciones* o *faltas*, hemos preferido traducir aquélla por "*delito*", en ese sentido genérico. Cuando el autor emplee la expresión "*delitto*", la diferencia se revelará por la contraposición a las infracciones leves (*contravenciones* o *faltas*). (*Nota de los traductores*).

o en la aprobación, signo de la satisfacción o de la turbación que los otros experimentan por ese mismo acto.

El presupuesto de la distinción de los actos en *delitos* o *negocios* y, por tanto, de la *consideración de un acto como delito* o, más brevemente, de la *existencia del delito*, es, por consiguiente, la existencia de una *regla* por la que se permite o se prohíbe el acto; ésta es la *regla moral*; puesto que la regla moral no es *hominibus constituta* [constituída por los hombres], se puede decir también que es una *regla natural*, y esto explica que la moral se haya afirmado con el aspecto y bajo el nombre de *derecho natural*. Su existencia en especie se manifiesta a través de lo que llamamos el *sentido de justicia* de los hombres, que es precisamente el sentido de la conformidad o disconformidad del acto con aquella regla. Las palabras mismas de *delito* y de “*reato*” conservan el vestigio de esta verdad: *de-linquere* es precisamente apartarse de la regla, y *reus* (*de cuius re agitur*) [de cuya cosa se trata] es el que, por haberse apartado de ella, debe ser juzgado. El “*reato*” (delito) es, pues, *un pecado*, pero no *cualquier pecado*, sino el pecado que se traduce en una lesión del interés ajeno; pecado es género y “*reato*” (delito) es especie; así se comprende por qué el pecado, pero no el “*reato*” (delito), pueda consistir en la *moera cogitatio* [simple pensamiento]. Si el “*reato*” (delito) es, pues, un modo de ser de la sociedad, es *un modo suyo de ser según la moral*; en otras palabras, es al mismo tiempo un fenómeno social y un fenómeno moral; por ello interesa tanto a la sociología como a la moral, a diferencia del pecado, que sólo interesa a la moral, y de la litis o de la posesión, que se refieren puramente a la sociología.

No hay que creer, en cambio, que no pueda existir el delito sin el derecho. La relación lógica entre delito y derecho no está en el sentido de que el derecho sea un *prius*, sino en que el *prius* lo constituye el delito. Un acto no es delito porque el derecho lo castigue, sino que el derecho lo castiga porque es delito: el presupuesto del delito no es la ley jurídica, sino la ley moral. Puede darse, por la falibilidad de los hombres, una divergencia entre la ley moral y la ley jurídica, en el sentido de que el derecho no castigue un acto que según la ley moral debiera ser castigado, o viceversa; pero la razón enseña que éstos son los casos en que el derecho falta a su fin.

4. *Pena*. — La ley moral no sería ley si pudiera ocurrir impunemente un delito. Que exista una ley quiere decir que de un hecho dado no puede menos de seguirse otro hecho. La ley moral no es ley en cuanto establece que no deba cometerse un acto; sino porque, si se comete ese acto, sigue otro que lo castiga: el *no deber ocurrir* es la enseñanza que sacan los hombres de la experiencia del castigo. La ley moral es ley, como cualquier ley natural, porque el castigo

aparece como consecuencia indefectible del delito, del mismo modo que la muerte sigue a la ingestión del veneno.

La experiencia muestra la pena como secuela natural del delito. Lógicamente, la pena es el reverso del delito: si el delito es *satisfacción del interés del agente*, la pena es el *sacrificio* de ese interés; en sus formas elementales, esta correlación entre la pena y el delito se explica por la imitación y encuentra su paradigma en la fórmula del talión (diente por diente, ojo por ojo). Pero la pena no sería el reverso del delito si la correlación se limitara al binomio: satisfacción-sacrificio; se remonta, por el contrario, a la causa de este efecto; como el delito es lesión del interés ocasionado al paciente *por otros*, así la pena es sufrimiento infligido *por otros* al agente; en este aspecto se distingue la *pena* de la *penitencia*. Por último, la correlación se refiere al nexo lógico entre los dos efectos: una lesión de interés es pena en cuanto se inflija *con ocasión* de otra lesión de interés ocasionada por quien sufre: *malum passionis ob malum actionis* [mal de pasión por mal de acción].

Por tanto, la pena es, como el delito, un fenómeno social, no individual: los paralelos, en este aspecto, son entre el *pecado* y la *penitencia* y entre el *delito* y la *pena*; para el pecado y la penitencia basta un hombre solo; para el delito y la pena se necesitan dos.

Pero también la pena, al igual que el delito, no sólo es un fenómeno social, sino también un fenómeno moral; su moralidad está en su correspondencia con el delito, correspondencia que veremos desarrollarse respecto del *an* y respecto del *quantum*: la lesión de un interés en tanto es pena en cuanto la ley moral exige que se la irroque. Precisamente porque la ley moral consiste en la necesaria consecución de los dos actos, deriva de ella tanto la consideración del primero como delito cuanto la consideración del segundo como pena; la prueba de esto la da la reacción de la comunidad ante uno y ante otra: como se turba ella por el delito, así se aplaca con la pena; pero en tanto se aplaca en cuanto responda la pena a su sentido de justicia.

En cambio, la pena, al igual que el delito, tampoco supone necesariamente el derecho. Como un acto no es delito porque lo castiga el derecho porque es delito, así tampoco un mal es pena porque la inflija el derecho, sino que la inflige el derecho porque es pena. En otras palabras, la correlación entre delito y pena no es un *posterius*, sino un *prius* respecto del derecho.

5. *Ley penal*.—La ley moral, como toda ley natural, no es fácil ni de encontrar ni de aplicar. Su descubrimiento es obra científica; pero su aplicación es obra de arte. No todos ni siempre los hombres son idóneos para este cometido: no todos, por defecto de experiencia; no siempre, por exceso de pasión. Igualmente, no todos los hombres están en grado de conocer las reglas de la medicina,



ni todos los médicos, cuando están enfermos, están en grado de aplicarlas a ellos mismos. Por la misma razón y de la misma manera, como se constituye la medicina se constituye el derecho.

Las causas elementales del delito son dos: *ignorancia* y *pasión*; o el hombre ignora la ley moral o, aun conociéndola, no llega a practicarla por presión del interés.

El remedio fundamental contra este peligro consiste en traducir la ley a una fórmula que puedan todos conocer. Esta fórmula está constituida por dos miembros, respectivamente concernientes al *delito* y a la *pena*: al que mata, se le mata.

El primero de estos dos miembros consiste en la descripción o definición del delito ("al que mata"); a esta proposición se le da el nombre de *precepto*.

El segundo consiste en la descripción o definición de la pena ("se le mata"); a esta segunda proposición se le da el nombre de *sanción*.

En principio, la *ley penal*, como cualquier *ley jurídica*, no es más que la *fórmula de la ley moral*; en otras palabras, la *copia* de aquel *modelo* que, sobre poco más o menos, intuyen todos los hombres y que algunos de ellos, a fuerza de experiencia y de reflexión, consiguen reproducir. De su conformidad con el modelo saca su fuerza la ley jurídica, y particularmente la ley penal.

Pero el problema de la ley penal no consiste sólo en la *formulación* de la ley moral, sino también, como trataré de aclarar, en su *aplicación*.

En cambio, no es un problema la definición de la ley penal, ya que no es posible entender por ella sino la ley que *estatuye una pena* o, en otra forma, que *resulta de la combinación de un precepto con la sanción penal*. Quien recuerde que no basta ni el precepto ni la sanción, sino que se necesitan el uno y la otra a la vez para constituir una norma jurídica, sabe qué pensar de la conocida controversia acerca del llamado *carácter sancionador* del derecho penal; los que atribuyen este carácter al derecho penal creen deber denotar como penal solamente la *norma en que se resuelve la sanción penal* (constituída por el precepto de castigar al reo, precepto que a su vez está provisto de sanción y, por tanto, forma con él una norma jurídica secundaria). No se puede ciertamente tachar de error este uso restrictivo del atributo *penal*; pero la cuestión está en si es conveniente, y en este aspecto resulta difícil negar que la sanción penal proyecte su carácter también sobre el precepto garantizando con ella, por lo cual es distinta la naturaleza del precepto según que esté, o no, provisto de pena, diferencia que no podría expresarse de otro modo sino hablando en el primer caso de norma penal, y no así en el segundo: penales son tanto la norma que prohíbe matar con la amenaza del patíbulo como la que manda ajusticiar al homicida, y la

distinción no está entre norma penal y no penal, sino entre norma penal *material* y norma penal *procesal*, como diremos dentro de poco.

6. *Pena privada*. — La forma elemental de la aplicación de la ley penal es la inflicción de la pena por obra del ofendido o de los parientes del ofendido si éste no está vivo ya o no puede infligirla: el herido responde con una herida; se habla en este caso de *pena privada*.

Carácter originario de la pena es la *identidad* o, por lo menos, la *analogía formal de los dos actos* constitutivos del delito y de la pena; una herida y otra herida, en el ejemplo recién propuesto. A la *identidad formal* corresponde la *diversidad causal*: la segunda ofensa se ha inferido *porque se infirió la primera*. En orden a esta diversidad causal es contraria la valoración moral de las dos ofensas, de las cuales está prohibida la primera y permitida la segunda.

Con el desarrollo de la civilización, a la *diferencia causal* entre delito y la pena termina por corresponder también una *diferencia formal*, en el sentido de que la pena consiste en un mal diferente del delito: los hombres convienen en que cabe infligir al ofensor un mal diferente del que él ha ocasionado, que sea idóneo a la vez para hacer que sufra él y alivie el sufrimiento del ofendido; de este modo, al ofensor, en vez de irrogársele un daño corporal, se le quita dinero. Por este camino la pena privada se convierte en el *resarcimiento del daño*.

7. *Pena pública*. — A la transformación de la pena privada en el resarcimiento del daño corresponde la afirmación, junto al resarcimiento del daño, de la *pena pública*: los hombres convienen en que, si el homicida, en vez de ser muerto, paga una suma a los parientes del muerto, no es ello suficiente para restablecer el equilibrio; la razón de esta insuficiencia está en que el homicidio ha quitado, no sólo el marido a la mujer o el padre a los hijos, sino también un trabajador a los campos, un soldado al ejército, un médico a los enfermos, en una palabra, un ciudadano al Estado; por eso, aunque resarza el daño, el homicida debe ser aún castigado.

Así se perfila poco a poco una diferencia en el *sujeto activo* de la pena; éste, que al principio es el *ofendido* y, por tanto, una de las partes, termina por ser, en cambio, un *tercero*, o sea, una persona a quien encomienda la comunidad el *oficio de castigar*. Correlativamente, la pena no es ya objeto de una *facultad* concedida al ofendido, sino de una *potestad* atribuida a la persona investida de ese oficio.

8. *Proceso penal*. — Originariamente, cuando la pena es exclusivamente privada, la pena es un *acto*, como el delito: a la herida del ofensor responde la herida del ofendido. Cuando paulatinamente

la pena privada se transforma en el resarcimiento del daño, y junto a ello surge la pena pública, el acto de castigar se complica y se convierte en un *procedimiento*: el paradigma de esta transformación lo señala la necesidad del trato entre el ofensor y el ofendido, a fin de establecer la suma que deberá pagar el primero.

Observando atentamente la realidad, se advierte que el *procedimiento punitivo* tiende a escindirse en dos fases que tienen un contenido *cognoscitivo* o *activo*: el paradigma de esta escisión lo señala la necesidad de *reconocer* en la persona a quien se quiere castigar la misma que, por haber cometido el delito, debe ser castigada.

De este modo, no tanto el acto de castigar viene a ser un *procedimiento* cuanto que el *procedimiento* se escinde en sus dos fases ya indicadas del *juicio* y del *castigo*.

9. *División de la institución penal.*—La institución penal se presenta, pues, a la observación empírica como un desarrollo comparable a un drama.

En un principio, el drama se desarrollaba en dos actos, al primero de los cuales correspondía el *delito*, y al segundo la *pena*.

A medida que madura la institución se complica la estructura del drama: a los dos actos se les agrega un prólogo, relativo a la *ley penal*; en cuanto la pena se resuelve en el proceso, el segundo acto se desdobra a su vez en dos cuadros, que se pueden llamar *juicio* y *expiación*.

Estas reflexiones explican ya la estructura de mis lecciones, que se desarrollarán en tres partes fundamentales, correspondientes a cada uno de los tres actos ahora indicados.

10. *Derecho y ley penal.*—Una advertencia hay que hacer, sin embargo, a propósito de lo que he llamado el prólogo del drama, que es la *ley penal*, en cuanto a los límites de nuestro estudio se refiere.

Ciertamente, no hay delito en sentido jurídico sin una ley que lo prevea; esta verdad está incluso enunciada en el umbral del Código penal (art. 1); pero esto no quiere decir que la *ley penal* tenga que ser objeto de nuestro estudio, como son, en cambio, objeto de ella el delito, el juicio y la expiación. Para que así fuese, deberíamos convencernos de que la *ley penal* es diferente de las otras leyes como, por ejemplo, el delito es diferente del contrato; pero esto sería una ilusión. La ley, en sí (digamos para entendernos, como *continente*), es siempre la misma; lo que cambia son las relaciones que ella instituye (digamos, para entendernos también, su *contenido*). Sin duda, también la ley debe ser estudiada; pero no responde al principio del orden el estudiarla siempre para la exposición de cada una de las ramas del derecho, sino, de una vez para siempre, en el campo de la *teoría general*. No niego que las investigaciones hechas por los

penalistas acerca de la ley hayan sido y sean útiles aún, como aportaciones a la teoría general; pero si todos los expositores de los varios derechos dedican buena parte de su tiempo, entre otras cosas, a la teoría de la interpretación o a la de la eficacia de la ley en el tiempo y en el espacio, ello es un verdadero defecto de coordinación en el trabajo común. Desgraciadamente, este defecto procede de la inmadurez de nuestro trabajo en orden a la construcción de la teoría general y, por reflejo, de la falta de ella en el cuadro de la enseñanza. Por nuestra parte, habiendo dado a este cometido lo que podíamos según nuestras fuerzas, creemos podernos salvar del desorden, remitiendo al alumno a nuestro libro de teoría general.

Agreguemos que ciertos problemas, que de ordinario se asignan a la teoría de la ley penal, no pertenecen en modo alguno a ella, mientras que más correctamente se sitúan en el esquema de la teoría del delito; nos referimos en particular a los que el Código penal define, en los artículos 2 y 3, con las fórmulas de la “sucesión de leyes penales” y de la “obligatoriedad de la ley penal”. En cuanto al primero de ellos, hemos hecho notar en otra parte que pertenece a la teoría del hecho jurídico (y, por tanto, en particular, a la teoría del delito) el tema relativo a la abrogación de la ley: que, entre otras cosas, la abrogación de una norma penal excluya la punibilidad del hecho cometido antes de haber sido abrogada (art. 2), se resuelve en la existencia de una *condición resolutoria* del delito, de la cual nos ocuparemos a su tiempo; igualmente, el tercer apartado del artículo 2, toda vez que aplica, al castigo impuesto mientras estaba en vigor la ley anterior, la ley posterior más favorable, instituye análogamente una *condición modificativa* del delito; todo ello nada tiene de común con la eficacia de la ley ni con la teoría correspondiente. Más obvia aún es esta verdad en cuanto al artículo 3, cuya fórmula ingenua (¿puede haber una ley que no sea... obligatoria?) revela el equívoco por el cual se ha considerado como límite de eficacia de la ley en el espacio lo que constituye, en cambio, un *requisito espacial del delito*. De esta verdad ha tenido, en cambio, el legislador un atisbo en el artículo 1, cuya fórmula, integrativa de la contenida en el artículo 14, de las disposiciones generales de aplicación de la ley, aclara que el llamado problema de la analogía en materia penal, como se verá mejor más adelante, no se refiere a la ley, sino a la *forma del delito*.

11. *Código penal*.—Pertenece, en cambio, al estudio del derecho penal o, mejor, constituye un dato introductivo de él, la descripción de las leyes que, en cuanto conminan penas y, por tanto, instituyen delitos, se denominan leyes penales.

Éstas, en su mayoría, se agrupan en dos conjuntos, llamados *Código penal* y *Código de procedimiento penal*; la razón de que haya dos y no uno solo, se indicará dentro de poco. Los dos códigos ahora

vigentes en Italia son de formación reciente; han sido promulgados por decretos del 19 de octubre de 1930, ns. 1398 y 1399, y entraron en vigor el 1º de julio de 1931; en la práctica, por el nombre de Ministro Guardasellos que cuidó de su elaboración, se acostumbra llamarles Códigos Rocco. Bueno será que desde ahora tome el alumno conocimiento (si bien sólo superficialmente) de su estructura fundamental, observando sus índices y ojeando sus páginas.

La historia de la legislación penal italiana, en cuanto se refleja en los códigos, es mucho más animada que la de la legislación civil, e incluso que la de la legislación comercial: mientras que hasta 1942 ha estado en vigor el viejo Código civil de 1865, y el propio Código de comercio se ha reformado totalmente una sola vez, en 1883, desde la unificación legislativa hasta el día de hoy se han sucedido tres Códigos penales y tres de procedimiento penal: al primer Código penal (que era el Código sardo de 1850, extendido en 1865 al Reino de Italia), sustituyó en 1888 el Código denominado ZANARDELLI, por el Guardasellos de aquel entonces, el cual permaneció en vigor, como dijimos, hasta el año 1930; y antes de la reforma Rocco, también el Código de procedimiento penal, coetáneo del Código penal, se había cambiado en 1912 por otro en cuya elaboración tuvo parte preponderante STOPPATO. Aunque con muchas reservas acerca de las instituciones o disposiciones singulares, se puede reconocer que, en general, esta sucesión de leyes representa un notable mejoramiento: sobre la legislación de 1930, especialmente en lo que respecta al Código penal, ha ejercido moderada y benéfica acción la escuela positiva.

Junto a los dos Códigos ahora mencionados, que pueden llamarse *comunes* u *ordinarios*, existen los *Códigos penales militares, de paz y de guerra*, que son también obra reciente, e incluso más recientes en diez años que los Códigos comunes (R. D. del 20 de febrero de 1941, n. 303); cada uno de ellos, que comprende tanto las normas materiales como las normas procesales, ha sustituido a una legislación anterior sumamente anticuada y complicada. Estos códigos han sido contruidos como un sistema de derogaciones a los Códigos comunes en cuanto a las personas que revisten la condición de militar; la razón de la separación hay que buscarla en la conveniencia de *oficios judiciales militares* distintos de los *oficios judiciales comunes*, acerca de lo cual no nos permite extendernos más la brevedad de estas lecciones.

No todas las leyes penales están contenidas en los dos códigos aquí recordados; hay otras diseminadas en los demás códigos o leyes, o reagrupadas en las llamadas *leyes penales especiales*: entre estas últimas tienen particular importancia, en el campo del derecho penal material, la ley del 7 de enero de 1919, n. 4, que contiene *normas generales para la represión de las violaciones de las leyes financieras*; y, en el campo del derecho penal procesal, el D. L. del 20 de julio de 1934, n. 1404, sobre la *institución y funcionamiento del tribunal de menores*; el R. D. del 23 de marzo de 1931, n. 249, sobre el

ordenamiento de la Corte de assises; las leyes del 25 de noviembre de 1926, n. 2008, y del 4 de junio de 1931, n. 674, que instituyen y regulan el tribunal especial para la defensa del Estado.

12. *Derecho y proceso penal.*— Toda institución jurídica es un drama; pero sólo la institución penal se desarrolla esencialmente en tres actos: por ejemplo, si un hombre, en vez de cometer un delito, concluye un contrato, el drama puede tener un solo acto; después del primer acto, el drama civil sólo prosigue si el contrato desemboca en un pleito; pero, aun en este caso, los actos pueden ser dos en vez de tres, si después de la condena paga el deudor su deuda. En cambio, si hay un delito, no puede menos de haber una condena (ya veremos que, jurídicamente, si no hay condena no hay delito); y, si hay una condena, de ordinario, no puede menos de haber la expiación.

No son necesarias otras premisas para comprender que la relación entre el delito y el proceso es distinta de la relación, por ejemplo, entre el contrato y el proceso: *el proceso es extraño a la naturaleza del contrato, mientras que es inherente a la naturaleza del delito.* Esta verdad aparecerá más claramente dentro de poco; pero ya desde ahora, si reflexiona que en el proceso se resuelve la pena y que sin pena no existe el delito, podrá captarla el alumno. Cabe formular la antítesis diciendo que puede darse un contrato sin proceso, pero no un delito sin proceso: si se ha cometido un delito y no es castigado, constituye un fracaso del derecho, o sea que ello ocurre *contra el derecho*, no según el derecho; más exactamente veremos después cómo en tal caso se pueda hablar de delito, no en sentido jurídico, sino sólo en sentido moral. En otras palabras, cabe enunciar también esa verdad en esta forma: *no es que el delito sea un presupuesto del proceso, sino que el proceso es una condición del delito.*

De ello se sigue que si llamamos *derecho penal* al conjunto de las normas jurídicas que disciplinan el delito, la relación entre derecho y proceso es muy distinta en materia penal de lo que es en materia civil: el derecho civil puede separarse del derecho procesal en el sentido de que puede vivir sin él, pero no así el derecho penal; en una palabra, *todo el derecho penal es derecho procesal.*

Esto no excluye que se pueda, y se acostumbra, distinguir también el derecho penal en derecho *material* y derecho *procesal*; pero la distinción debe tener respecto de él distinto significado del que tiene respecto del derecho civil (*id est*, no penal): lógicamente, no cabe asignar al derecho penal material otro objeto que el delito, y al derecho penal procesal otro objeto que la pena. No es éste exactamente el valor que se atribuye a la distinción en la práctica de la ley, de la ciencia y de la escuela; bastará una ojeada a los índices del Código penal y del Código de procedimiento penal para que el alumno advierta que éste no contiene todas las normas relativas al proceso penal, una de cuyas categorías está inseparablemente unida

con las normas de derecho material penal: cuando un artículo del Código penal dispone que a quien comete *tal hecho* se le inflige *tal pena*, ésta es, a la vez, una norma material y una norma procesal: material, en cuanto prevé el hecho; procesal, en cuanto prevé la pena. No otra cosa que procesal puede ser en esta segunda parte, ya que sólo a través del proceso cabe castigar el hecho; en efecto, no de otra norma extrae el juez su potestad de condenar. Por consiguiente, si se quiere hacer una separación entre *derecho penal material* y *derecho penal procesal*, no se la puede entender en otra forma que en el sentido de que el primero comprende la *materia de los delitos* y el segundo la *materia de las penas*, distinción que no coincide con la división de materia entre el *Código penal* y el *Código de procedimiento penal*; ya que este último sólo contiene una parte de las normas acerca de las penas, y concretamente acerca de las que regulan no la *calidad* o la *cantidad* de las penas, sino el *modo de aplicarlas*.

13. *Medios de estudio.*— Los medios de estudio de la institución penal, como los de cualquiera otra institución, son tres.

Observar, lo más directamente posible, su realidad. Por ello, de un lado, deberá el alumno tener siempre entre sus manos la ley y, en particular, el Código penal; y del otro, deberá frecuentar asiduamente las aulas penales y, dentro de lo posible, los *escenarios judiciales* y *penitenciarios*. No se preocupe si al principio la lectura del código o la asistencia al proceso no le deja más que impresiones confusas o superficiales; el trabajo del pensamiento se lleva a cabo en forma gradual y a menudo inadvertida; estas impresiones le servirán como acopio de materia bruta, sin la cual las enseñanzas de los libros y de las lecciones caerían en el vacío.

El segundo medio lo constituye la llamada *literatura jurídica*. De las varias instituciones del derecho, la institución penal cuenta entre las que, en su conjunto, mejor conocidas son; esto es, acerca de las cuales ha elaborado la ciencia con mayor asiduidad y provecho. Por fortuna para el alumno y en honor de nuestro país, se puede hacer este reconocimiento en particular respecto de la ciencia italiana; en un pasado más o menos reciente ha dado Italia al mundo dos escuelas (o sea, dos grupos de estudios inspirados en una determinada dirección) de derecho penal, la *escuela clásica* y la *escuela positiva*, a las cuales se deben en gran parte los conocimientos que sobre este aspecto de la vida posee la humanidad: FRANCESCO CARRARA y ENRICO FERRI, que fueron sus directores, hombres sumamente diferentes pero igualmente dignos de admiración, constituyen dos auténticas glorias italianas. Aun después de ellos, si no se encuentran directivas originales y maestros de esa talla, la ciencia italiana ha conservado con honor su puesto; incluso en el día de hoy, en momento particularmente delicado, da pruebas del sereno equilibrio propio del tempe-

ramento latino. En esta obra grandiosa he tratado en el pasado, y trataré más aún en el porvenir, de colaborar en lo que mis fuerzas me lo permitan; pero no puede ser esto más que una modesta colaboración; ni mis lecciones, y el vestigio que de ellas quede, agotan, ni siquiera en una mínima parte, los medios de estudio que la literatura jurídica puede ofrecer al alumno. Sería, por tanto, útil, como se acostumbra, que este bosquejo contuviese indicaciones aptas para orientarlo en la búsqueda de los libros, así como para coordinar las ideas aquí expuestas con los resultados hasta ahora logrados por otros: si las graves angustias en que se desarrolla mi trabajo no me consienten hacerlo así, no considero esto como un carácter de él, sino como un defecto, al que lamento no poder hallarle remedio. Sólo hago la advertencia de que, para la inteligencia de algunos conceptos aquí apenas esbozados, será muy útil, si no necesario, consultar las obras más de carácter general, que tienden a sentar los fundamentos de las ciencias particulares del derecho: *Metodologia del diritto*, Padova, Cedam, 1939; *Teoria generale del diritto*, Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1940; *Introduzione allo studio del diritto*, Roma, Soc. ed. del "Foro italiano", 1943.

Como quiera que sea, a la lectura de estos o de otros libros, deberá el alumno agregar en todo caso la asistencia a las clases. La huella que de ellas quede en estas páginas, no se debe considerar equivalente al beneficio de haberlas escuchado. Esto no quiere decir que el docente se atribuya a sí mismo ningún mérito particular; el mérito no es de él, sino del *hombre que habla* en comparación con el *libro en que ha escrito*; esto es, del *hacer* en comparación con lo *hecho*; o si se quiere, de la *poesía* en comparación con el *poema*(<sup>1</sup>).

(1) No se olvide — pues lo habrá tenido presente el autor — la etimología de las palabras *poema* y *poesía*; en griego, *poesía* significa "acción" y *poema* significa "lo hecho". (Nota de los traductores).



PRIMERA PARTE

**DE LA FUNCION DE LA  
INSTITUCION PENAL**

## LIBRO PRIMERO

### DE LOS FINES DE LA INSTITUCIÓN PENAL

14. *Problema.*—La investigación que me propongo llevar a cabo no se refiere solamente a la pena, sino a toda la institución penal, que no consta sólo de la *pena*, sino también de la *ley penal* y del *proceso penal*. Considero que muchas incertidumbres y oscuridades pudieran evitarse si, procediendo con método, se distinguiera el problema teleológico de la institución penal como trato de hacer aquí, en sus tres aspectos, relativos al *fin de la pena*, al *fin de la ley penal* y al *fin del proceso penal*.

15. *Fin principal de la pena.*—Para resolver el problema del fin de la pena es necesario reducirlo a los mínimos términos, aislando la pena de los otros datos que hoy constituyen la institución penal, en su totalidad, remontándose así al acto simple y primitivo de la pena privada: quien ha sido herido, responde con una herida; este acto penal puro, por así decirlo, se puede captar más fácilmente aún observando la vida de los muchachos. Un niño herido hiere con la misma naturaleza que el péndulo, el cual se mueve hacia una parte tanto como se ha movido hacia la otra; obedece a una ley natural; ni de su acto se podría decir mejor que diciendo que *restablece el equilibrio*.

La esencia de la ley moral consiste en que quien hace bien deba recibir bien, y quien hace mal deba recibir mal. El niño se mueve según esta ley, como el péndulo según una ley física. No es él, exactamente como el péndulo, más que un instrumento de ella. No tenemos que preguntarnos, exactamente lo mismo que respecto del péndulo, por qué milagro sabe él estas cosas, sino por qué milagro *hace* él estas cosas; y bastaría esta pregunta para concluir en la existencia de Dios. Tan verdad es esto, que, cuando un hombre maduro y civilizado recibe una ofensa, su impulso es el de reaccionar, exactamente como el péndulo; y se necesita una fuerza, que pronto veremos de dónde viene y cuál es, para contener ese impulso.

El fin de la pena no es ni puede ser, por consiguiente, sino la *reacción contra el delito*. Es ésta una fórmula genérica, que se puede traducir en muchas otras: la fórmula de la *retribución*, la fórmula de la *expiación*, hasta la fórmula de la *vindicta* (cuya raíz, *vis*, denota

una fuerza opuesta a la fuerza); cada una de ellas responde a la idea del *desorden remediado* o del *orden restablecido* mediante la oposición del mal al mal, por la que los dos males se anulan, resolviéndose en un bien.

16. *Fin accesorio de la pena.*—La pena puede servir también para poner al reo en la imposibilidad de cometer otros delitos: el máximo de esta eficacia impeditiva se obtiene con la pena de muerte.

Cuando una lesión del interés del reo sólo se inflige con miras a este fin, no es una pena, sino que se le llama *medida de seguridad*; la diferencia entre medida de seguridad y pena no se refiere, por tanto, al fin de ellas en el sentido de que la pena no pueda tener también el fin de impedir al reo la comisión de otros delitos, sino en el de que *la medida de seguridad sólo tiene este fin, y no también el de reaccionar contra el delito cometido*.

Por eso se dice que la medida de seguridad tiene carácter *administrativo* (cfr. la rúbrica del título octavo del libro primero del Cód. pen.); esta fórmula se refiere más propiamente a la distinción entre función *judicial* y función *administrativa*, acerca de la cual es necesario una vez más consultar la teoría general del derecho; advertimos aquí que sólo en cuanto se incluya la función penal en la función judicial adquiere significado esta calificación de las *medidas de seguridad*. Más concluyente es la distinción entre pena y medida de seguridad *sub specie* de la diferencia entre sanciones *económicas* y sanciones *físicas* del precepto; en realidad, la medida de seguridad no tanto sirve para prevenir la violación del precepto creando un interés contrario del *subditus*, cuanto poniéndolo en la imposibilidad física de cometerlo. En este sentido, es ya bien sabido hoy, que las medidas penales de seguridad representan una especie de un género que se extiende a otras ramas del derecho; por eso, también la noción de la medida de seguridad la transfiere la ciencia del derecho penal a la ciencia general del derecho. Si a este fin es necesario construir, sobre el concepto de *sanción*, un concepto más amplio expresado con la fórmula de la *medida jurídica* o basta a ese fin el concepto de *sanción* extendido de la sanción *económica* a la sanción *física*, es cuestión de sistemática que últimamente la he resuelto en el segundo sentido.

El llamado carácter administrativo de la medida de seguridad se manifiesta, ya manteniéndola separada de la pena cuando por haberse cometido un delito se inflige, ante todo, la pena (art. 202<sup>1</sup>, Cód. pen.), ya admitiendo que se pueda aplicar la medida de seguridad aunque no se haya cometido un delito (art. 202<sup>2</sup>; cfr. arts. 49<sup>4</sup>, 115<sup>2</sup> y 4, Cód. pen.).

En atención al fin específico de la medida de seguridad, requisito para su aplicación es que el delito, o en general el acto, haya sido cometido por una persona "socialmente peligrosa" (art. 202, Cód.

pen.); fórmula con la cual se designa a quien muestre inclinación a cometer hechos previstos como delitos.

17. *Fin principal de la ley penal.* — La ley penal no es más que una amenaza de la pena a quien se proponga llevar a cabo determinados actos: su fin manifiesto es, por tanto, el de impedir que sean ejecutados; como esa ejecución es el delito y éste turba la paz social, la ley penal tiene la finalidad de *defender la sociedad contra el delito*.

No hay la mínima incompatibilidad entre la fórmula de la *retribución* y la fórmula de la *defensa social*, siempre que se distinga el *fin de la pena* del *fin de la ley penal* o, en otras palabras, el fin de la *pena infligida* (*quia peccatum est* [porque se ha pecado]) del fin de la *pena amenazada* (*ne peccetur* [para que no se peque]); muchas disputas, que abruman los libros de derecho penal, se deben a la falta de un claro planteamiento del problema; tan poco incompatibles son estas dos fórmulas como puedan serlo la *higiene* y la *terapéutica*, o la *prevención* y la *represión*.

La ley penal es *uno de los medios*, no el *único medio* de lucha contra el delito: *ni el único ni el más eficaz*; mucho más sirven para ello las medidas que, obrando sobre la formación del *carácter* y del *ambiente*, atacan directamente los factores de ella, que veremos se llaman *capacidad para delinquir*. Haber puesto en claro esta verdad es el gran mérito de la escuela penal positiva, a cuyos principios, sin embargo, ha de agregarse que no sólo en el campo higiénico y económico es donde se debe dar la batalla, sino sobre todo, en el campo espiritual, tratando así no sólo de disminuir los estímulos para el delito, o digamos también las tentaciones, sino enseñando a superarlos. No quiere esto decir que se pueda prescindir de la ley penal, cuya función no sólo consiste en amenazar con la pena, sino en *garantizar su aplicación cuando se cometa el delito*; a propósito de lo cual reflexiónese que, si los medios preventivos contra el delito son muchos, el medio represivo es uno solo, y la virtud de la ley penal está en dirigir la represión a la prevención.

18. *Fin accesorio de la ley penal.* — Además de prevenir los delitos mediante la amenaza de la pena, apta para contener a quien pudiera sentirse tentado a cometerlos, sirve también la ley penal para dar a los ciudadanos la certeza sobre lo que es lícito o no es lícito hacer, siendo así una especie de guía de su conducta. A este fin se refiere el conocido principio de *nullum crimen sine lege* [sin ley no hay crimen], que se traduce así en el art. 1 del Cód. pen.: “nadie puede ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto como tal por la ley, ni con penas que no estén establecidas por ella”.

El hábito de no distinguir entre el fin de la ley penal ahora perfilado y el fin preventivo o defensivo, reconociendo a uno y otro un valor distinto, y concretamente, al primero carácter accesorio y al

segundo carácter principal, ha llevado tanto a la ciencia como a la legislación a graves y perjudiciales consecuencias. Si la ley penal fuese perfecta, no tendría una quiebra el principio de *nullum crimen sine lege* y los fines represivo y preventivo del delito marcharían al unísono; pero, desgraciadamente, esta perfección no es más que un sueño, por lo que se presenta también para el derecho penal el *problema de las lagunas*; también sobre este tema debe informarse el alumno mediante la teoría general del derecho; hay lo que se suele llamar una *laguna de la ley penal* cuando no se castiga un hecho que según la ley moral reclamaría la pena. Ahora bien, el problema de las lagunas, en cuanto a la ley penal, se ha resuelto de modo diverso y hasta contrario al instituido respecto de otras lagunas, en cuanto está prohibida la integración de ellas con cualquiera de los modos admitidos por el derecho no penal, y particularmente, mediante la analogía (cfr. art. 14 de las disposiciones generales de aplicación de la ley; art. 1, Cód. pen.); esto quiere decir que, para la represión de un acto ilícito respecto del cual no esté expresamente estatuida la pena, cabe, mediante la integración de las normas jurídicas, una sanción civil pero no la sanción penal; con lo cual, sin ninguna razón aceptable, se impide que supla el juez el defecto de previsión del legislador. Esta solución se funda, lógicamente, en la premisa de que el delito es una creación del derecho, cuando en este campo, como en todos los demás, el derecho no hace más que adecuarse a la moral; y si la ley no ha sabido realizar este cometido suyo, ¿por qué no buscar remedio a esa deficiencia? La prohibición de integrar la ley, en cuanto instituye el delito, se debe en verdad a una falsa valoración de la relación entre el fin principal y el fin accesorio de la ley penal.

Excluido el fundamento de la prohibición de integrar la ley penal, es una cuestión técnica la relativa al modo de integrarla, a propósito de lo cual aprenderá el lector de la teoría general la diferencia entre *autointegración* y *heterointegración*; o, más concretamente, entre integración mediante el *juicio analógico* e integración mediante el *juicio de equidad*: De los dos métodos puede parecer más oportuno el primero respecto de las leyes penales, en cuanto permite realizar, por lo menos indirectamente, también el fin accesorio de ellas.

Es casi superfluo agregar que, de todos modos, no hay que confundir esta integración de las lagunas mediante el juicio de equidad con el principio del *derecho penal libre* o llamado, en otra forma, de la *ilegalidad penal*, tal como ha aflorado en algunas manifestaciones de los ordenamientos jurídicos ruso y alemán: una cosa es que *para la represión de un hecho no previsto* por la ley penal sea el juez libre de infligir la pena según su conciencia, y otra cosa que se reconozca esa libertad también *en cuanto al hecho previsto* o, peor aún, que se reconozca a un órgano político la potestad de derogar libremente la ley; sobre este tema volveremos más adelante.

19. *Fin principal del proceso penal.* — Una amenaza tiene valor en cuanto sea seria; una amenaza es seria en cuanto el amenazado tenga razón para creer que se cumplirá. El fin de la ley penal no podría, por tanto, lograrse si cuando se comete un delito no se infligiera la pena; esto es, si no se aplicara la ley penal. El medio para su aplicación es el *proceso penal*.

El proceso penal, según el fin, se distingue en dos fases, que toman el nombre de *proceso penal de conocimiento* o *proceso penal jurisdiccional* y *proceso penal de ejecución* o *proceso penal ejecutivo*. La distinción entre los dos tipos es la misma que separa los dos tipos correspondientes del proceso civil.

El proceso penal jurisdiccional tiende a establecer la certeza sobre el delito, o sea, a establecer en primer lugar si se ha cometido un delito, o sea, si ha ocurrido un hecho previsto por la ley penal; y en los límites consentidos por la ley penal, a determinar la pena que corresponde a ese hecho, o sea, a establecer qué pena se debe infligir a quien lo ha cometido. Sin esta certeza no resultaría seria la amenaza; las hipótesis de que escape a la pena quien ha cometido un delito, o de que la sufra quien no lo ha cometido, perjudican por igual a la función de la ley penal: si no se castiga al culpable, el que quiere cometer un delito confía en la impunidad; si se castiga al no culpable, el inocente desespera de su seguridad. Por eso, tanto el fin de la pena como el fin de la ley penal exigen la jurisdicción penal, sin la cual no se podría lograr ni el uno ni el otro.

El proceso penal ejecutivo tiende a infligir la pena, o sea, a traer a acto la amenaza de la ley penal: poco valdría la determinación, la certeza, sin la imposición de la pena, tanto a los fines de la defensa social como a los de la retribución; a propósito de lo cual piénsese que perjudica tanto el defecto, como el exceso en la imposición de la pena, y que mantener ésta en el justo límite constituye la verdadera y grave dificultad de la ejecución penal: no sólo el economizar cualquier sufrimiento cuando sea lo exigido por los fines de la prevención y de la represión, sino igualmente, el ocasionar cualquier sufrimiento cuando no sea necesario para esos fines, compromete el rendimiento de la institución penal.

20. *Fin accesorio del proceso penal.* — El proceso penal sirve no sólo para comprobar el delito e infligir la pena correspondiente, sino también para dar a los ciudadanos, mediante la aplicación de la ley penal, la experiencia de la ley moral o, en otras palabras, para mostrarles la ley moral en acto. Es ésta una eficacia del proceso penal que ha de tomarse en la mayor consideración, tanto respecto del ofensor y del ofendido como respecto de los terceros.

En la fase de conocimiento habla a través del juez la conciencia de cada cual; la realidad de esto que decimos, prueba que la voz de la conciencia no es una ilusión; en el juicio, la admonición que no ha

escuchado el reo, el consuelo que espera la víctima, la esperanza de justicia por parte de los terceros, se traducen en realidad.

En la fase ejecutiva, la experiencia pasa de la representación a la acción: el mal sufrido por el reo, en compensación del mal inferido, le hace tocar con la mano la verdad que ha escuchado en el juicio; y del reo, al cumplirse, se extiende la experiencia a la víctima y a todo otro ciudadano.

A esta eficacia sanadora del proceso se da el nombre de *enmienda*. La enmienda del culpable es reconocida siempre y por todos como uno de los fines de la institución penal; pero, para mayor precisión, ha de aclararse que, descomponiendo en sus elementos la institución, se debe reconocer esa eficacia al proceso, no a la pena, así como que constituye un fin secundario, no el fin principal, del proceso: esto hay que entenderlo primeramente en el sentido de que la enmienda debe ser un fin ya del *juicio*, independientemente de la *expiación*; o sea, del *proceso penal jurisdiccional por sí mismo*, prescindiendo del *proceso ejecutivo*, verdad manifestada particularmente en los casos en que el juicio, aun afirmando el delito, concluye con el *perdón* (cfr. art. 169, Cód. pen.); y, por otra parte, va implícita en la noción de la reincidencia como recaída en el delito después de la condena, aun cuando ni siquiera se la haya comenzado a ejecutar (no bastaría la condena no ejecutada para constituir la reincidencia si, por sí sola, no debiera ya ejercitar una acción de enmienda a la que el reincidente se muestra insensible); en segundo lugar, en el sentido de que no tanto es la enmienda el fin *de la pena en sí* como del *modo en que se la aplica*; a propósito de lo cual se comprende que, en igualdad de eficacia retributiva y preventiva, ha de preferirse la especie de pena que mejor pueda contribuir a la enmienda.

## LIBRO SEGUNDO

### DE LOS EFECTOS DE LA INSTITUCIÓN PENAL

21. *Humanidad de la institución penal.* — Si, en general, el fin del derecho es el de reducir la economía a la ética, no hay entre sus diversas ramas una en que más puramente se manifieste ese fin que en el derecho penal. De ello se sigue que ninguna otra rama sufre, como el derecho penal, de la dificultad e incluso de la inasequibilidad del fin y, por tanto, de la distancia inevitable, entre el fin, y el resultado. Debiéndose todo ello a la naturaleza del hombre, hablamos aquí, para indicar la razón de ese límite, de la humanidad de la institución penal.

Es necesaria esta advertencia para el estudio de la institución, ante todo y sobre todo desde el punto de vista de la función, que no se resuelve, como hemos dicho, en el fin, sino *en la parte del fin que se logra traducir en resultados*: considerar la institución únicamente desde el punto de vista del fin, equivaldría a sustituir la realidad por un idealismo. Tomar en cuenta el fin es necesario para estimular el empleo de los medios para lograrlo; pero igualmente es necesario no olvidar la imposibilidad de lograrlo jamás, para no pedir ni esperar de la institución más de lo que humanamente cabe obtener de ella.

22. *El delito como hecho jurídico.* — Hemos dicho en el libro anterior que el delito preexiste al derecho, no el derecho al delito; en otros términos, que el delito es *esencialmente un hecho moral*. Esto no excluye que, en cuanto la ley penal se constituye para la lucha con el delito, venga el delito a ser un *hecho jurídico*. La transformación del *hecho moral en hecho jurídico* es, por tanto, el resultado característico de la ley penal.

Cuando se constituye la ley penal, un hecho no es ya un delito porque está prohibido por la ley moral, *sino porque está prohibido por la ley penal*. Si la ley penal llegara a adecuarse perfectamente a la ley moral, el fin coincidiría con el resultado, y el hecho jurídico lo haría con el hecho moral.

Desgraciadamente, esta perfecta adecuación resulta imposible, ya que la ley moral es la expresión del *orden* que el hombre consigue in-  
tuir pero no expresar cumplidamente; por eso, mientras es fácil, inclu-



so a un hombre común, saber lo que en un determinado caso debe hacer o no hacer moralmente, hay una gravísima dificultad, incluso para un hombre superior, en traducir esa ciencia en fórmula válida para todos los casos. Así se explica la irreductibilidad de la certeza a la justicia, y de la justicia a la certeza: lógicamente inseparables la una de la otra, prácticamente se separa la una de la otra: cuanto el derecho gana en certeza, otro tanto pierde en justicia, y viceversa.

No pudiéndose, pues, adecuar perfectamente la ley penal a la ley moral, cabe entre ellas un conflicto que debe ser resuelto. La resolución puede estar en cualquiera de los dos sentidos: o en el del predominio de la ley moral o en el del predominio de la ley penal. Así se aclara el contraste entre dos directivas de la institución penal, que, cuando parecía históricamente superado, ha vuelto a surgir últimamente con renovada potencia: *derecho penal libre o derecho penal legal*; en otra forma se podría decir también *ilegalidad o legalidad penal*. Sólo debo advertir que, en las formas en que hoy se presenta el derecho penal libre, el término predominante, que debiera ser la pura ley moral, aparece enturbiado por razones de ambiente, a las cuales basta con habernos referido de pasada. El derecho penal libre no debe entenderse como abolición de la ley penal, sino sólo como predominio, en el eventual contraste, de la ley moral sobre ella; en otras palabras, como una menor eficacia de la ley penal. En estos términos, el derecho penal libre se presta para obtener el máximo de adecuación entre el orden jurídico penal y el orden moral; pero es claro que su aplicación práctica exige en el juicio, y sobre todo en el juez penal, una idoneidad para la determinación y aplicación del orden moral tan segura, que en las presentes condiciones no sólo no existe, sino que es muy difícil de procurar; y, a falta de ello, mayores pueden ser los daños que las ventajas.

En Italia está aún plenamente en vigor el principio de la *legalidad penal*. Por tanto, si la moral prohíbe un hecho que la ley penal permite, no hay delito; y lo hay, en cambio, si la ley penal castiga un hecho que la ley moral no reprueba. Pero este principio no excluye por sí que quepa aplicar *por analogía* la ley penal; si el art. 1 del Cód. penal no contuviese el adverbio “expresamente” y el art. 14, de las disposiciones generales de aplicación de la ley, no prohibiese la extensión de las leyes penales “fuera de los casos y tiempos en ellas considerados”, sería también delito un hecho no previsto textualmente por la ley penal, con tal que estuviese comprendido en los principios inducidos de sus normas; por ello, no hay que confundir el *derecho penal libre* con la *aplicabilidad analógica de la ley penal*, que a lo más responde a un principio intermedio entre las dos direcciones extremas.

Por tanto, ya desde este primer punto de vista, el resultado de la institución penal se aparta notablemente de su fin: constituida para la represión del delito como *hecho moral*, la ley penal termina en la constitución del delito como *hecho jurídico*; lo cual se resuelve prác-

ticamente en la impunidad de hechos moralmente reprobados y, a veces, en el castigo de hechos que la moral no desapruueba.

Para reducir al mínimo, en este aspecto, la diferencia entre el fin y el resultado de la institución, no hay probablemente otro medio que la *simplificación de la ley penal*. Sin desconocer las ventajas de la *legalidad*, ha de reconocerse que, por el modo de su aplicación, ha degenerado en una *casuística* que cada vez permite menos a la ley ajustarse al modelo moral. Una sensación eficaz de esta verdad puede obtenerse comparando la simplicidad del Decálogo con la complicación del Código penal: las dos palabras divinas “no robar” se han transformado en una multitud de palabras humanas, que forman nada menos que veinticinco largos artículos del Código penal (625-649), constitutivos del título “de los delitos contra el patrimonio”. Esta complicación, no tanto resulta innecesaria para la prevención del delito, que es el fin principal de la ley penal, cuanto impide su consecución por haberse convertido la ley en organismo técnico tan complicado, terminando por ser únicamente conocida de los técnicos y no de todos los ciudadanos, que de este modo no sacan ya de ella en realidad ningún motivo para su conducta. La verdad es que la complicación de la ley penal se debe a la superposición de su fin secundario sobre su fin principal; la ley penal, en gran parte, está formada mucho más para frenar el arbitrio de los jueces que para determinar la conducta de los ciudadanos; así, por conseguir el fin secundario, se compromete el fin principal. Como quiera que sea, cuanto más degenera en casuística, tanto menos puede la ley adecuarse al modelo moral: la ley moral, expresión del orden que los hombres pueden intuir pero no expresar en su integridad, es como un fluido maravilloso que, aprisionado en un frasco, pierde toda virtud. La solución de este eterno drama del derecho, que en el terreno penal asume gravedad trágica, no puede ser sino una solución de medida: los casos y las fórmulas, que lo representan, son inevitables, pero *se necesita que sean pocos*. Para que el resultado de la ley penal se aproxime en el mayor grado posible al fin, no hay otro camino que el de la *simplificación*. Hay que denunciar como ridícula y peligrosa aberración la complejidad de los modernos Códigos penales.

23. *La pena como situación jurídica*. — La pena, como hemos dicho, se resuelve en un *malum passionis* proporcionado al *malum actionis*. También sobre el tema de la pena tiende la ley penal a los dos fines, principal y secundario, que he tratado de describir: representando el mal que experimentará el reo, tiende a apartar del delito al ciudadano; fijándolo, tiende a refrenar el arbitrio de quien deberá infligirlo. Así, en cuanto la ley penal convierte el delito en *hecho jurídico*, viene la pena a ser una *situación jurídica*: una *potestad* para quien debe infligirla, una *sujeción* para quien la debe sufrir.

Sin embargo, también desde el punto de vista de la pena se manifiesta la superposición del fin secundario sobre el fin principal de la

ley penal, de la que poco antes hemos hablado para representar su peligro en cuanto a la determinación del delito. En efecto, la proporción entre la pena y el delito exige el máximo de elasticidad en su medida; esta verdad se expresa en el principio de la llamada *pena individual*, el cual se funda no sólo en la diferencia de hombre a hombre en la comisión del delito, sino también en el sufrimiento de la pena, esto es, en este último aspecto, en las diferencias de *sensibilidad* de hombre a hombre; así se explica que moralmente pueda ser pena adecuada el solo *arrepentimiento*, el sufrimiento que al culpable le ocasiona la conciencia del mal ejecutado. Habida cuenta de esto, para adecuarse en el mayor grado posible a la moral, debiera la pena legal tener un máximo de *variabilidad*, tanto en el aspecto *cualitativo* como en el *cuantitativo*; pero, también en este aspecto, la preocupación de limitar el arbitrio de quien debe infligirla termina por comprometer gravemente la función de la pena. Este fenómeno asume el aspecto de la pena *genérica o típica* en contraste con la pena *específica o individual*; la pena se ajusta más bien al *tipo*, o sea, a la abstracción del delito, que a su realización concreta.

El principio de la legalidad de la pena se enuncia ante todo en el art. 483 del Cód. de proc. pen.; por el cual, combinado con el art. 479, se demuestra que, cuando comprueba la existencia del delito, el juez *debe infligir la pena*, por lo que la ley penal se aparta de la ley moral en que no toma en cuenta el arrepentimiento; en segundo lugar, por el art. 1 del Cód. pen., el cual no consiente que se inflijan sino las penas establecidas por la ley.

El peligro que de esta rigidez de la pena deriva para la consecución de los fines de la institución penal ha inspirado ciertas atenuaciones tanto a la una como a la otra de las normas mencionadas: tales son, en cuanto a la primera, el *perdón judicial* (art. 169, Cód. pen.), la *suspensión condicional de la pena* (art. 163, Cód. pen.), la *libertad condicional* (art. 167, Cód. pen.); y, en cuanto a la segunda, el *poder discrecional del juez en la aplicación de la pena* (art. 132, Cód. pen.), el último de los cuales debe ejercitarse también en consideración a la persona del reo y aun a su conducta posterior al delito (art. 133, Cód. pen.); pero la potestad de perdonar, de suspender o de interrumpir la pena está subordinada a rígidos presupuestos, y la de dosificarla está contenida dentro de ciertos límites de cantidad, y en todo caso excluida en el aspecto de la calidad del mal en que consiste la pena.

24. *Condena penal.* — La naturaleza de *situación jurídica*, que del principio de la legalidad penal deriva a la pena, impone, si no la necesidad, sí por lo menos la máxima conveniencia de su comprobación por obra del juez; precisamente porque, como más adelante veremos, deben diferenciarse los órganos a quienes se encomienda la comprobación del delito o la imposición de la pena. No sólo no se puede infligir ésta si no se halla establecida por la ley, sino tampoco si no es declarada

cierta por el juez; por lo que, al principio de *nullum crimen sine lege*, corresponde el otro de *nulla poena sine iudicio* [ninguna pena sin juicio]. De este segundo principio no se encuentra la fórmula expresa en los Códigos penales, pero su existencia se infiere de todas sus normas, y en particular del art. 575 del Cód. de proc. pen., donde una *providencia de la autoridad judicial* se considera como el título para el castigo.

La comprobación del delito por obra del juez se llama *condena*; el nombre deriva de que la comprobación contiene la estatución de la pena, esto es, del mal (*damnum*) a que se debe someter al reo por el delito cometido (cfr. art. 483, Cód. de proc. pen.).

Si no se puede infligir la pena sin condena y un hecho es delito en cuanto se lo castiga, de ello se sigue que *no existe el delito sin la condena*. Técnicamente se enuncia esta verdad reconociendo a la condena carácter *constitutivo* del delito, mientras que la *absolución* (cfr. arts. 478 y sigtes., Cód. de proc. pen.) tiene carácter de *mera* declaración de certeza: lo cual quiere decir que la mutación de la situación jurídica, en que consiste la juridicidad del delito, no se produce por sí, sino *dependientemente de la condena*, a la cual, por tanto, se la califica como *condición* del delito; por lo que, naturalmente, se entiende el delito en sentido jurídico y no en sentido moral; condición, pues, de la ilicitud jurídica y no de la ilicitud puramente ética del acto. La verdad es que, antes de la condena de un hombre, se puede decir que ha cometido un acto ilícito moral, pero no que haya cometido un acto ilícito según el derecho.

Esta verdad, aunque los hombres y en particular los juristas cierran los ojos para no verla, se impone y contiene en sí la razón más grave de la imperfección desgraciadamente irreparable de la institución penal, que consiste en la separación entre el delito como *hecho jurídico* y el delito como *hecho moral*: quien habiendo robado o matado sale absuelto, *no es jurídicamente reo*. En la hipótesis ahora indicada, se debe hablar de *error judicial negativo*, reconociendo que *error judicis facit ius* [el error del juez hace derecho].

Pero la verdad es mucho peor, ya que a la hipótesis de *error judicial negativo* se agrega, por desgracia, la del *error judicial positivo*: quien no habiendo robado ni matado sea condenado, *es jurídicamente reo*. Esto quiere decir lógicamente que la condena es no tanto una condición como un *equivalente* del delito: ser condenado jurídicamente equivale a haber cometido el delito; en este caso, el *error judicis facit ius* [el error del juez hace derecho] se convierte en el *error judicis facit crimen* [el error del juez hace crimen].

La necesidad y la suficiencia de la condena para el castigo, en cuanto se convierten en la necesidad y suficiencia de la condena para la existencia jurídica del delito, agravan, pues, la diferencia entre el fin y el resultado de la institución penal *invirtiendo la relación entre el delito y la pena*; la pena, de *posterius*, se convierte en *prius*. Es inútil tra-

tar de eludir esta verdad observando que después de todo, si el error judicial es negativo, se da delito sin pena, y si es positivo, se da pena sin delito; el delito sin pena, como la pena sin delito, son un absurdo como el anverso sin reverso y el reverso sin anverso; conviene reconocer, en cambio, que en el primer caso se da *el hecho moral sin el hecho jurídico* y en el segundo *el hecho jurídico sin el hecho moral*, en lo cual consiste propiamente lo imperfecto de la institución penal.

Desgraciadamente, y pese a toda la buena voluntad, la imperfección es irreparable, porque el peligro del error amenaza a todo juicio; y si, por fortuna, las hipótesis de error judicial *total*, negativo o positivo, se pueden considerar relativamente raras, son inevitablemente más frecuentes las de error *parcial*, consistente en la condena por un delito en vez de otro, o a una pena en vez de otra: la calificación justa del delito, como la justa dosificación de la pena, son cometidos más difíciles aún del juicio sobre el *an peccatum sit*; y si estos errores son menos graves considerados de uno en uno, si se toma en cuenta su acumulación, la diferencia entre lo que debiera ser la institución penal y lo que es, se muestra por desgracia en medida imponente.

La conciencia de este peligro domina la estructura del proceso, que es toda una red de precauciones y remedios contra él; pero la experiencia demuestra que nunca se puede llegar más allá de cierto límite de probabilidades de eliminar el error. Tan profunda es la conciencia del peligro y de la gravedad, incomparablemente mayor de que se realice en el proceso penal que en el proceso civil, que ha inspirado el remedio metajurídico de la *gracia soberana*: la común antítesis entre la *gracia* y la *justicia* expresa la convicción de que es necesario *más que la justicia* para conseguir la adecuación del derecho a la moral en el terreno del delito.

Cuánto se agrave además el peligro de error con el defecto de buena voluntad, tendrá el alumno ocasión de aprenderlo en el duro camino de la experiencia. Por desgracia, el proceso penal, en muchos aspectos, es considerablemente inferior a lo que pudiera ser si los hombres atendiesen verdaderamente a su disciplina con buena voluntad: el paradigma de esta otra verdad está en el mayor mérito reconocido en comparación con la justicia penal a la justicia civil, por lo cual, aunque sólo fuese por esto, la asignación a ésta en vez de a aquélla se considera como signo de distinción; costumbre tristísima que, agregándose a la crónica insuficiencia de los oficios, agrava la imperfección inverosímil de la institución.

25. *Expiación penal*.—Si el fin de la pena no sólo está en hacer que sufra el reo, sino en utilizar el sufrimiento para los fines de su redención, *como ésta no puede ocurrir sino mediante su libertad*, la pena, para que lograra su fin, debería consistir en un *sufrimiento estimulador de la libertad*. Por tanto, el modelo moral de la pena es el remordimien-

to, dolor por la mala acción cometida, que culmina en el arrepentimiento y, con él, en la conversión del reo.

El primer carácter que debe presentar la pena, para poder lograr este fin, es que con ella no se suprima al condenado; *para que se redima, debe sobrevivir*. Éste es el tremendo problema de la pena de muerte: es verdad que, contrariamente a lo que parece, la pena de muerte no es instantánea, pues la pena no consiste en morir, sino en tener que morir; o sea, en la certeza de la muerte próxima, por lo que también ella tiene una duración, comprendida en el período entre la condena y la ejecución. En ese período es posible la redención, y la experiencia demuestra que muchas veces se verifica. El problema, sin embargo, está en saber si, cuando el reo se ha redimido, es justo hacerlo morir; y el vicio de la pena de muerte está en contraponer los dos caracteres, afflictivo y correccional de la pena, que debieran integrarse, en el sentido de que la enmienda extinguiera la aflicción; a este fin la pena *debe poder cesar*, en lo cual está lo que se llama su *reparabilidad*, o mejor se diría, su *reversibilidad*. La pena de muerte es el tipo de las penas *irreversibles*, a las que pertenecen también las otras que consisten en una modificación permanente del cuerpo humano (ejemplo: mutilación). *Naturalmente reversible* es, en cambio, la *encarcelación o reclusión*, que se convierte, sin embargo, en *jurídicamente irreversible* cuando está destinada a durar toda la vida del recluso; éste es el punto de contacto entre la pena de muerte y la de la reclusión perpetua.

Por otra parte, el sufrimiento de la reclusión no consiste en la privación del bienestar de la vida, que muchos hombres eligen de buen grado (vida monacal o reclusión sagrada), sino en el carácter necesario de ella, en la limitación de la libertad; puesto que en estar dotado de libertad consiste la personalidad del hombre, se resuelve ella en la mortificación de la persona. En este aspecto se atenúa la diferencia entre pena de muerte y pena de reclusión, la cual podría considerarse, por lo menos en la forma de la reclusión perpetua, *una pena de muerte lenta*. Si se reflexiona ahora en que la libertad es la fuerza moral que, como la fuerza física, decae si no se la ejercita, y que la redención se puede obtener por el solo efecto de la libertad, el trágico contraste entre el carácter afflictivo y el carácter correccional de la pena se revela también respecto de este otro tipo de pena.

Por desgracia, nuestra experiencia no nos ha sugerido aún tipos de pena que se sustraigan a esta contradicción. El movimiento histórico se ha delineado con cierta continuidad en el sentido del paso de las penas naturalmente *irreversibles* a las penas *reversibles*, por lo que en un cierto momento parece una definitiva conquista la abolición de las penas corporales *stricto sensu*, y entre ellas la de la pena de muerte; pero, a principios de este siglo, ese movimiento tuvo una detención y hasta un retroceso, de manera que se restableció la pena de muerte en Italia y en otros países donde se la había suprimido; y, si no en Italia, sí en Alemania se llegó a la mutilación. Por lo demás,

como lo observamos, la misma reclusión, más aún en las formas jurídicamente irreversibles, se presta mal para conseguir a la vez los dos fines cuya fusión constituye el verdadero carácter moral de la pena. De manera que la expiación penal aumenta a su vez en mucho la distancia entre el fin y el resultado de la institución penal.

Contra esta triste imperfección de la institución penal en la fase de la expiación no hay otro remedio que la *asistencia moral* del condenado, y en particular del recluso, a fin de evitar la mortificación de su libertad: cuando de este modo se llega a convertir la expiación en penitencia, que es reconocimiento de la justicia del sufrimiento y, por tanto, voluntaria aceptación de la pena, se supera el contraste y se logra la redención. Si una simple asistencia moral resulta suficiente a este objeto o si se necesita, en cambio, la asistencia religiosa y precisamente la asistencia cristiana, es un aspecto ulterior del problema que la experiencia induce a resolver sin titubeos en sentido positivo. Basta al objeto reflexionar que el problema no consiste solamente en hacer que acepte la pena quien la ha merecido, sino también quien no ha hecho nada o no ha hecho lo suficiente para merecerla; ya que lo imperfecto de la institución penal, en la fase de la expiación, no se puede disociar de la que presenta la institución en la fase de la condena; y hasta de hacer soportar a los condenados con justicia la injusticia de los muchos que, mereciéndola lo mismo que ellos, no sufren ninguna condena. Si lo observamos en esta imponente complejidad, el problema no encuentra otra solución sino en el principio de la fecundidad del dolor y, por tanto, del sufrimiento, por las culpas ajenas, que tiene en la Cruz su sublime paradigma.

SEGUNDA PARTE

**DE LA ESTRUCTURA DE LA  
INSTITUCION PENAL**



## DE LA ESTRUCTURA DE LA INSTITUCIÓN PENAL

26. *Estructura de la institución penal.* — El estudio de la estructura de la institución penal no tiende a conocer su *porqué*, sino su *cómo*: se trata de saber, no de dónde viene o adónde va, sino qué es el delito o la pena. El saber, naturalmente, no tiende, a su vez, a otra cosa que a adecuar los medios a la consecución del fin. En este aspecto, como el estudio de la función prepara el estudio de la estructura, así también el conocimiento de la estructura sirve al mejoramiento de la función, y su fin no puede ser otro; de este modo, la institución pasa de la fase *empírica* a la fase *técnica*; a medida que adelanta la técnica, se adaptan los medios a los fines y se reduce progresivamente la distancia entre esos fines y los resultados, ya que no pueda nunca salvarse del todo.

Lo que vamos a hacer ahora es un reconocimiento de los medios penales tal como hoy están contruídos, lo cual no debe hacerse sino tomando como ejemplo lo que se hace para el estudio de una máquina, para estudiar la cual se la considera primero *in quiete*, en sus elementos y en sus relaciones, y después *en su movimiento*. Con esta metáfora me refiero a la distinción del estudio de la estructura de la institución en el aspecto *estático* y en el aspecto *dinámico*; esta distinción, que constituye uno de los fundamentos del método de las ciencias naturales, es útil y hasta necesaria para el estudio de los fenómenos sociales, y en particular para el estudio del derecho.

27. *Estática penal.* — La estática jurídica es, por tanto, una de las dos formas del estudio del derecho; la estática penal es, correlativamente, una de las dos formas del estudio del derecho penal.

Como siempre, el estudio estático del derecho se hace mediante los dos modos complementarios del análisis y de la síntesis; primero se descompone en piezas la máquina, y se la reconstruye luego uniendo entre sí las piezas.

De la descomposición de la institución resultan los *elementos*; de la operación inversa resultan las *relaciones*.

Estas observaciones explican la división del estudio *estático* de la institución, tal cual se verá a lo largo de estas lecciones.

28. *Dinámica penal.* — En cuanto a la *dinámica penal*, valen observaciones análogas a las hechas respecto de la *estática*.

También el estudio del derecho penal en movimiento se desarrolla mediante el análisis y la síntesis.

Del análisis resultan los *hechos* y los *actos* (jurídicos penales).

De la síntesis, las *combinaciones* entre ellos, que la teoría general del derecho distingue en *actos complejos* y *procedimientos*.

29. *División.* — Si para el estudio de la función de la institución penal no sería útil, en caso de que fuera posible, la escisión de los dos elementos delito y pena, es, en cambio, no tanto útil como necesaria, a los fines del estudio de la estructura. Por otra parte, habida cuenta de la distinción de la pena en *proceso penal de conocimiento* y *proceso penal de ejecución*, el estudio de la estructura de la institución se desenvolverá en tres libros; a fin de obtener aun del uso mismo de las palabras el mayor efecto representativo posible, en lugar de *proceso de conocimiento* diremos, según el uso, *juicio*; y en lugar de *proceso de ejecución*, diremos *expiación*. Los tres libros se titularán, pues, el *delito*, el *juicio* y la *expiación*.

Cada uno de estos tres libros se conducirá sobre la distinción entre la estática y la dinámica, como hace poco lo hemos advertido.

## LIBRO PRIMERO

# DEL DELITO

## TÍTULO PRIMERO

### DE LOS ELEMENTOS DEL DELITO

30. *Elementos del delito.* — La descomposición del delito en sus elementos es una indagación que me propongo hacer en la forma que me parece más provechosa para que el alumno capte su realidad; puede ocurrir que de ello resulte una desviación o acaso una inversión del camino acostumbrado, pero estoy persuadido de que la eficacia de la enseñanza saldrá ganando con ello.

Preliminarmente se impone cierta advertencia a fin de aclarar el resultado de la descomposición, que veremos consiste en la distinción entre *cosas* y *personas* como elementos del delito. En efecto, observando ciertos delitos no parece verse otra cosa que personas; por ejemplo, uno puede matar a otro de un puñetazo, y no parece, por tanto, que resulte de la descomposición cosa alguna; más clara aún es esta impresión en cuanto al delito de *injuria* o de *difamación*. A veces parece incluso que el delito se agota en una sola persona: por ejemplo, los *actos obscenos* (art. 527, Cód. pen.) se pueden cometer sin la presencia de ningún otro. Para superar esta apariencia falaz viene bien una aclaración de los conceptos de *persona* y de *cosa*, en los cuales está uno de los fundamentos de la ciencia del derecho; y no puedo hacer más a este fin que indicar el significado atribuido aquí a esas palabras, remitiendo al solícito lector al lugar donde he tratado más ampliamente de ellas: *persona* y *cosa* no son dos especies de un género, aunque la segunda es género y la primera es especie. El hombre es, como cualquier otro objeto, o sea como cualquiera otra parte del mundo, una cosa; pero una cosa, que está dotada de *libertad* y por esta dote, se llama *persona*. El hombre es pues, a la vez, *persona* y *cosa*; más exactamente, es *persona* o *cosa*, según se le considere como *espíritu* o como *cuerpo*.

Ahora bien, del análisis del delito deberá surgir, y será su resultado más importante, que el hombre figura en él tanto en el uno como

en el otro aspecto, y si no se distinguen esos dos aspectos, no se conoce el delito. Delito que, digámoslo desde ahora, no es ni solamente el encuentro de dos espíritus ni sólo el encuentro de dos cuerpos, sino que resulta de la combinación de esos dos choques; y en destacar los elementos de la combinación está uno de los mayores intereses de la estática penal.

Del planteamiento que hago de la distinción entre persona y cosa se sigue también el orden del análisis, que no se hará aquí descendiendo de la persona a la cosa, sino subiendo, por el contrario, de la cosa a la persona, por lo que trataremos antes de los elementos *reales* y después de los elementos *personales* del delito. Este me parece ser, también en el terreno del derecho penal, el camino del saber, tal cual se lo ha seguido por lo demás en las materias afines: pudiéndose, o aun debiéndose acaso, según veremos, decir del delito lo que se dice de la posesión, que se descompone en *corpus* y *animus*, ¿por qué no se debería respecto de aquél, como se hace respecto de éste, comenzar el estudio por el cuerpo, que cae bajo los sentidos, para proseguir luego la investigación en el campo del espíritu?

## SUBTÍTULO PRIMERO

### DE LAS COSAS

31. *Estructura física del delito.* — El punto de partida para descomponer el delito en sus elementos es que el delito constituye un *daño*; no es, como veremos, un *daño solamente*, sino que es *ante todo un daño*: un daño puede no ser un delito, pero no puede darse un delito que no sea un daño. La ley reconoce esta verdad en el art. 40 del Cód. pen., donde dice que *del evento dañoso depende la existencia del delito*, lo cual es precisamente en el sentido de que el delito tiene en el daño su elemento físico o material.

Fundamento del concepto del daño es el concepto de *interés*: relación entre el hombre y la cosa por la que puede ésta ser dirigida por él a la satisfacción de una *necesidad* suya, o en otra forma gozada por él; o sea, servirle como un *bien*. Debe considerar el alumno los conceptos de *bien* y de *interés* como fundamentales y, por tanto, poner atención para entenderlos y usarlos con precisión: fijese sobre todo en que *el bien es una cosa y el interés es una relación*, con lo cual evitará las confusiones entre el uno y el otro, fáciles y frecuentes especialmente en la doctrina del derecho penal, donde hay la mala costumbre de llamar bienes también a los intereses: por ejemplo, el honor y la incolumidad son intereses, no bienes, y el bien que a ellos corresponde es el hombre mismo. De la confusión indicada puede verse un

vestigio en las rúbricas de los títulos o de los capítulos del Código penal donde, para la denominación de las clases de los delitos, se utiliza a veces el bien afectado (ejemplo: delito *contra la persona*; título duodécimo del libro segundo), otras veces el interés lesionado (ejemplo: delito *contra la fe pública*, título sexto).

*Daño* es la *lesión* o, dicho en otra forma, *el menoscabo de un interés*, de donde se excluye o disminuye la posibilidad del goce de un bien. Cuando el menoscabo de un interés, en lugar de haberse *realizado*, es *probable*, se habla de *peligro*; por eso el peligro es y no es un daño; como los hombres tienen necesidad de prever para obrar, la probabilidad del daño se resuelve para ellos en un menoscabo actual del bien a que se refiere la previsión (por ejemplo: la casa en peligro de ruina se rechaza como si estuviese en ruinas). El peligro no es, por tanto, *el daño a que se refiere la previsión*, ya que éste es todavía un daño *futuro*; sino que es ya un menoscabo presente del bien amenazado por el menoscabo futuro y, por consiguiente, un daño, si bien sea distinto y menor que él. Una distinción puede y debe hacerse, por tanto, entre *delitos de daño* y *delitos de peligro*; pero no en el sentido de que los delitos de peligro sean *delitos sin daño*, sino en el de que el daño de ellos lo constituye *la probabilidad de un mayor daño futuro*.

Pero el delito, decíamos, no es un daño solamente, sino un daño *que tiene una causa exterior a la cosa que lo experimenta*; si un hombre muere por una causa interior, ello no es un homicidio; es típica la fórmula del art. 575 del Cód. pen.: “quienquiera que *ocasione* la muerte de un hombre”; no basta, pues, para constituir el delito, una cosa que experimente el menoscabo, sino que *se necesita otra cosa que lo produzca*. Esta necesidad del *curso de dos cosas para constituir el delito* es uno de los fundamentos de la teoría penal.

Desde ahora aparece ya el delito como algo que tiene dos fases, el anverso y el reverso, como una moneda. Es fácil y frecuente el equívoco de concebir como delito una sola de esas dos fases, y no la moneda entera; así ocurre, por ejemplo, cuando se dice que el *delito produce daño* o se habla de *daño producido por el delito* (ejemplo: art. 22, Cód. proc. pen.); entonces se comprende como delito la causa sola, y no también el efecto, mientras que el delito no es ni la causa sola ni el efecto solo: ni sólo el hombre que hiere ni sólo el hombre que es herido, sino el uno y el otro a la vez. Decir que el daño lo produce el delito es tan inexacto como decir que el daño sea el delito; delito es el daño en cuanto lo produce una causa exterior, y esa causa exterior en cuanto produce el daño.

32. *Cuerpos del delito*. — Las dos cosas que concurren, por tanto, a formar el delito, constituyen su *corpus*. La aplicación a la teoría del delito de la terminología de la posesión, no sólo encuentra su razón en la conexión profunda entre los dos conceptos (que el delito excluye la posesión como la guerra excluye la paz; ya que la posesión es el goce

pacífico de un bien y delito, en cambio, es su turbación), sino que, por lo menos en lo referente al *corpus*, tiene su raíz en el lenguaje de la práctica y de la vieja doctrina, donde se habla precisamente de *cuerpo del delito*: así se puede llamar correctamente a cada una de las dos cosas que concurren a formar el delito en su estructura física. Precisamente porque, como comúnmente se enseña, no puede ser delito, a diferencia del pecado, la *moera cogitatio*, debe tomar *cuerpo*, el cual está constituido por dos cosas, una de las cuales irroga y otra sufra el daño.

33. *Clasificación de los cuerpos del delito.* — De la investigación hasta ahora realizada, de la cual ha surgido la noción de los *cuerpos del delito*, se extrae con facilidad el criterio de su clasificación. La *ratio distinguendi* está en la teoría de la *causalidad*, la cual, mediante la diferencia entre la *fuerza* y la *inercia*, con la descomposición de la situación causal, llega a separar la *causa* de la *condición*: causa es lo que despliega la fuerza, condición es lo que opone la inercia.

Así, entre los cuerpos del delito se distingue el cuerpo *activo* del cuerpo *pasivo*. Buscando en el lenguaje común dos palabras que expresen con sencillez estos dos conceptos, encuentro, para indicar el primero, la palabra *instrumento*, y para el segundo, la palabra *materia*; por lo que contrapongo el cuerpo *instrumental* al cuerpo *material* o, más simplemente, el *instrumento* a la *materia del delito*.

## CAPÍTULO PRIMERO

### DEL INSTRUMENTO DEL DELITO

34. *Instrumento del delito.* — Instrumento del delito es *la cosa que irroga el daño*.

Quien dirige la mirada al panorama de los delitos, aunque sólo sea recorriendo el Código penal, advierte cuántas y cuán diversas pueden ser esas cosas: cabe cometer un homicidio con las solas manos del homicida, con el veneno, con un arma blanca, con un arma de fuego, etc. Hay en los palacios de justicia depósitos para la custodia de los cuerpos del delito; se asemejan a museos, donde se alinean los instrumentos del delito más dispares y a menudo sorprendentes; pero el mayor y más triste museo es la penitenciaría o el manicomio criminal.

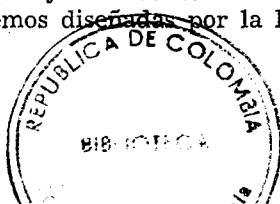
Si se miran sin prejuicios esas colecciones de hombres o de cosas, se advierte una verdad que a primera vista puede sorprender: no siempre el instrumento del delito es un hombre; hay delitos que son *obra del hombre* y delitos *ocasionados por otra cosa* (cosa en sentido estricto); un hombre puede ser muerto tanto por otro hombre como

por una fiera, y puede ocurrir que en ciertas condiciones también el hecho de haberlo despedazado una fiera constituya un homicidio sin que un hombre haya puesto nada suyo. Por tanto, si en *sentido lato* el instrumento del delito es siempre una cosa, cuando se toma esa cosa en *sentido estricto*, a veces es un hombre y a veces es una cosa.

Los delitos que son obra del hombre se llaman delitos *por comisión*; los delitos que no son obra del hombre, delitos *por omisión*: La más simple definición de éstos y de aquéllos se da diciendo que los primeros son los delitos en que el hombre *hace algo* y los segundos los delitos en que *no hace nada*; entendiéndose desde ahora, a fin de no caer en equívoco, ese *hacer* como un *hacer físico*: el delito por omisión no es aquel en que el hombre no participa, lo cual sería un contrasentido, sino aquel en que sólo participa el hombre por el espíritu, o sea como persona, no como cosa. Esta distinción está en la ley, en el art. 40 del Cód. pen.; con la única diferencia de que, en lugar de *comisión*, la ley dice *acción*, lo cual no es incorrecto, pero no es oportuno tampoco; y la razón la veremos más adelante, cuando en el estudio de la dinámica penal aclaremos cómo el hombre, aun sin hacer nada, puede ser causa del daño en que se resuelve el delito.

35. *El trabajo del delito.* — Cuando para cometer el delito hace algo el hombre, por lo cual el hombre es instrumento del delito, el hombre trabaja; de manera que *también el delito es un resultado del trabajo*. Aquí la palabra trabajo no se entiende en el amplio significado que le atribuye la física, en relación a cualquier fuerza, sino en el más restringido por el que se entiende en derecho, como *despliegue de energía humana*. Por eso, algunos conceptos elementales para operar en este sector del estudio del derecho penal se pueden provechosamente tomar de la ciencia del derecho civil en la parte que se ocupa del trabajo. Que el delito por comisión, por ejemplo, el homicidio por ahorcamiento o disparo, resulte fruto de un trabajo, es una triste verdad, para ilustrar la cual basta reflexionar que ese mismo trabajo es precisamente el objeto del contrato de trabajo que une al Estado con el verdugo.

Valen para el estudio del delito, por consiguiente, las distinciones que sobre el tema del trabajo se acostumbra a hacer en economía. En primer lugar, la distinción entre trabajo *manual* y trabajo *intelectual*; ciertos delitos se cometen con las manos (por ejemplo, el homicida aprieta el cuello de la víctima para estrangularla); ciertos otros, con la palabra o con la pluma (ejemplo, injuria o difamación); a propósito de la colaboración en el delito, pronto veremos cómo puede ser precisamente manual o intelectual. En segundo lugar, se recurrirá, sobre el tema de la colaboración, a la otra distinción entre trabajo *autónomo* y trabajo *dependiente* (cfr. art. 112<sup>1</sup>, n. 2, Cód. pen.); y también a la de trabajo *gratuito* y trabajo *retribuido*. Finalmente, ciertas figuras de delincuente, que veremos diseñadas por la ley más



adelante, como el llamado delincuente *reincidente específico* (arts. 99 y sigtes., Cód. pen.), el *habitual* (art. 101, Cód. pen.) y el *profesional* (art. 105, Cód. pen.), se refieren ante todo a la *personalidad* del delincuente y, por tanto, a la *delincuencia*, extienden su valor también a la estructura física del delito: su peligrosidad no deriva sólo del espíritu entenebrecido, sino también de la mayor habilidad para el trabajo y, por tanto, para el delito, procurada por su repetición. El reincidente específico, como el delincuente profesional o habitual, es una especie de *obrero especializado del delito*; y, por tanto, un instrumento particularmente peligroso del delito.

Esta consideración realista del delito como resultado de un trabajo y, por tanto, y en primer término, del hombre que lo comete, como realizador de ese trabajo, ayuda a conocer mejor su naturaleza: el trabajo, como toda cosa humana, puede dirigirse tanto al mal como al bien, y el problema de la lucha contra el delito no se refiere, al final de cuentas, sino al modo de invertir el fin del trabajo, dirigiéndolo al bien en vez de al mal, aspecto desde el cual se coloca particularmente en la verdadera luz la reeducación del condenado.

36. *La colaboración en el delito.* — Si cometer el delito es trabajar, se presenta también en el campo penal el fenómeno de la *colaboración*, y debe ser atentamente observado. En la ciencia del derecho penal no se emplea de ordinario esta palabra, en lugar de la cual se habla en general de *concurso*; pero, si no propiamente *colaboración*, sí *cooperación* se ha escapado más de una vez también a los redactores del Código penal (cfr. arts. 112<sup>1</sup>, n. 2, 113, Cód. pen.); por mi parte, prefiero *colaboración*, palabra técnicamente exacta para significar el trabajo dirigido por un hombre a la consecución de un resultado que no es exclusivamente suyo o, como se dice con una fórmula breve, *no por propia cuenta*.

Los estudios llevados a cabo para el conocimiento del derecho del trabajo han puesto en claro que la colaboración se realiza de dos formas, a las cuales se ha dado los nombres de *asociación* y de *intercambio de trabajo*: con la asociación se desenvuelve el trabajo por *cuenta común de los colaboradores*; con el intercambio lo despliega *quien trabaja a cuenta de quien no trabaja*: A estas dos formas económicas elementales corresponden las dos instituciones jurídicas llamadas la *sociedad* (que el nuevo Código civil ha concebido exactamente como una relación *inherente* al trabajo, colocándola en el título quinto del libro cuarto) y el *contrato de trabajo*. Conviene que el estudioso del derecho penal se habitúe a referir a estas formas la institución que el código denota con la frase del *concurso de personas en el delito*.

Hay *asociación para el delito* como y porque hay *asociación para el trabajo*. Como ya lo hemos indicado, no todas las hipótesis de *delito concursal* son de *delito asociativo*: si uno, por ejemplo, contrata



un sicario para asesinar a un enemigo, no hay ahí asociación, sino intercambio de trabajo; y el delito, en vez de asociativo, debiera exactamente llamarse *por encargo*: La asociación, pues, en el delito es uno de los dos tipos estructurales del *delito en colaboración* o *delito mediante concurso*. Es obvio que la *asociación para el delito* presenta todos los caracteres de la *asociación para el trabajo*; entre éstas se encuentra no pocas veces la división del trabajo entre los asociados a que alude el art. 112<sup>1</sup>, n. 2, Cód. pen., en la segunda parte; esta misma fórmula, en cuanto se habla en ella de *organizar la cooperación para el delito*, prevé formas evolucionadas de *asociación*; por lo demás, la llamada *asociación para delinquir*, que es una especie autónoma de delito (art. 416, Cód. pen.), recuerda de modo sugestivo la sociedad del Código civil.

Más interesante y acaso más difícil para el análisis es la forma del *encargo de delito*; la dificultad está en que puede parecer aquí que el delito lo ha cometido sólo el encargado y que, por tanto, no deba reconocerse en quien dió el encargo la figura de instrumento del delito. Pero esta falsa impresión se rectifica reflexionando que, para dar el encargo, tiene que trabajar también él; y frecuentemente por los peligros a que expone la ejecución del encargo, el trabajo es largo y fatigoso. A menudo, y aun las más de las veces, para este trabajo es necesario también el capital consistente en las cosas prometidas o dadas en compensación de la ejecución. El trabajo de quien da el encargo puede considerarse, por tanto, *indirecto*; pero va siempre dirigido al mismo fin y es siempre necesario para conseguirlo. A este trabajo le da la ley el nombre de *determinación* (cfr. art. 112<sup>1</sup>, ns. 3 y 4, Cód. pen.), la cual consiste precisamente en *poner los motivos* de la acción del ejecutor.

La colaboración en el delito implica el grave problema de la valoración del trabajo de cada uno en el conjunto; de lo cual puede verse un reflejo en el art. 112<sup>2</sup>, ns. 3 y 4, y en el art. 114 del Cód. penal. Sobre este tema reflexiónese que la distinción entre trabajo *directo* y trabajo *indirecto* nada tiene que ver con dicho problema; no raras veces, el hombre que colabora indirectamente en el delito, participa en él con la mayor intensidad; así ocurre, por ejemplo, con el determinador, cuya participación en el delito da lugar a valoraciones no del todo fáciles. Un criterio de primer plano considera la presencia o la ausencia de *motivos propios* en el determinado; ya se comprende que en el segundo caso la obra del determinador es más activa. Probablemente a este criterio hay que reducir la diferencia entre *determinación* e *instigación* (art. 115, Cód. pen.), la última de las cuales es una especie de *determinación*; y concretamente, aquella en que el determinador pone en el determinado todos los motivos del acto. Crece también o decrece el valor de la obra del determinador según la superioridad de su posición respecto del determinado (cfr. art. 112<sup>1</sup>, n. 3, Cód. pen.) y según la capacidad en el determinado de

entender y de querer; capacidad que entra aquí en juego no para hacer depender de ella (de lo que se hablará más adelante) la imputabilidad del agente, sino para medir la eficacia instrumental de otro cooperador.

Se comprende también que la colaboración, al hacer posibles, mediante la acumulación de los instrumentos, delitos que un solo hombre no podría cometer, agrava el peligro del delito y, por tanto, exige medios más enérgicos en la lucha contra él. En este aspecto meditará el lector la norma contenida en el art. 112<sup>1</sup>, n. 1, Cód. pen., donde está previsto el aumento de la pena para el número destacado de los cooperadores; la del art. 115, donde, aun excluyéndose la punibilidad del acuerdo o de la instigación para cometer el delito si “éste no se ha cometido”, se dispone, sin embargo, que se pueda en tal caso aplicar una *medida de seguridad*; y finalmente, la del art. 416, que eleva a delito el hecho mismo de la asociación “a fin de cometer varios delitos”.

37. *El capital en el delito.*—La fórmula que sirve de rúbrica a este parágrafo es más desacostumbrada aún que las empleadas en los parágrafos precedentes; no obstante, me parece útil para llamar la atención del alumno sobre las relaciones entre el derecho penal y la economía, e incitarlo con ello a una consideración del dato lo más próxima posible a la realidad. La verdad es que, para conseguir un resultado lícito, lo mismo que para obtener un resultado ilícito, a menudo no basta sólo con el trabajo, sino que son necesarias, juntamente con él, las cosas que en economía se denominan *capital* y en el lenguaje común se designan como *utensilios* o *instrumentos* de trabajo. Llamémoslos aquí *utensilios*, pues la palabra *instrumentos* nos ha servido ya en un sentido más genérico para denotar una de las dos especies del cuerpo del delito. Sabido es que, en economía, la evolución del trabajo se lleva a cabo en el sentido de que la actividad del hombre tiende cada vez más a convertirse en factor mediato de la producción, con lo cual se acrecienta cada vez más la eficiencia del capital: para formarse una idea de ello, basta pensar en el desenvolvimiento del transporte, en el que poco a poco pasa el hombre de bestia de carga a educador y guía del animal, y luego a creador y conductor de la máquina. No hay razón alguna para que se sustraiga a esta ley el trabajo ilícito, por lo cual, también en el campo del delito, asume el capital, importancia cada día mayor: puede darse, por ejemplo, un homicidio sin utensilio alguno; pero ya, para estrangular a la víctima, el homicida se servirá de una cuerda o de un pañuelo. Aun sin estadísticas, una observación superficial muestra cuán reducido es el número de los homicidios cometidos sin armas o como quiera que sea sin ayuda de utensilios.

Tal es también la importancia del capital en el delito, que ciertos delitos exigen no ya sólo uno o pocos utensilios, sino un aparato, que trae a la mente el concepto de la *universitas rerum*; basta, a

manera de ejemplo, pensar en una *fábrica de monedas falsas*, para hacerse cargo de que existe hasta el *establecimiento del delito*. Agreguemos que entre los instrumentos tiene, naturalmente, importancia de primer orden el dinero, por lo cual se puede hablar de *finanzas del delito*: en el delito *por encargo*, casi siempre, si se retribuye el encargo, el dinero es el arma del mandante, como el puñal o la ganzúa es el arma del mandatario; en el delito *asociativo*, una parte destacada se encomienda a menudo al concurrente, que hace los gastos de la empresa y es, como suele decirse, el capitalista de ella.

Cuando el alumno visite un depósito de cuerpos de delito o recorra, por otra parte, los artículos del Código penal, vendrá la experiencia a confirmarle la idea, que he tratado de darle aquí, de la amplitud y variedad de lo que he llamado el capital del delito: verá en el código, por ejemplo, la mención de la *prensa* o de otros *medios de publicidad* (instigación de militares a desobedecer a las leyes, art. 266, Cód. pen.; atentado a la moral familiar, art. 565; difamación, art. 595), del *documento público* (difamación, art. 595), de la *carta*, del *telégrafo*, del *teléfono* (ultraje, art. 341; injuria, art. 594; molestia o perturbación, art. 660), de las *armas* (violencia, amenaza o resistencia a un funcionario público o a un organismo político, administrativo o judicial, art. 339 en relación con los arts. 336 y sigtes.; lesión personal u homicidio preterintencional, art. 585 en relación con los arts. 582 y sigtes.; amenaza, art. 612; violación de domicilio, art. 614), de las *sustancias narcóticas* (hurto, art. 625, n. 3), *corrosivas* (lesión u homicidio preterintencional, art. 585), *venenosas* (homicidio, art. 577), de los *medios de alteración* (violencia, amenaza o resistencia a un funcionario público o a un organismo político, administrativo o judicial, art. 339 en relación con los arts. 336 y sigtes.; amenaza, art. 612; robo, art. 628), los cuales son otros tantos utensilios del delito previstos por la ley para tomarlos en cuenta en la adecuación de la pena al delito.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### DE LA MATERIA DEL DELITO

38. *Materia del delito*. — Me doy cuenta de que también esta fórmula es desacostumbrada en la ciencia del derecho penal, por lo cual su empleo no puede dejar de determinar no sólo cierta sorpresa, que sería lo de menos, sino hasta cierto malestar; considero, sin embargo, que éste se supera con la ventaja de hacer comprender que el segundo elemento físico del delito es, como el primero, *una cosa*. Sobre esta consideración realista del delito, aun en su aspecto pasivo, no se insistirá nunca bas-

tante; como quiera que sea, constituye ella uno de los fundamentos de mi método y de mi pensamiento.

He reflexionado largamente si en vez de *materia* no me convendría hablar de *objeto*; pero, por razones genéricas y específicas, me ha parecido ésta una palabra peligrosa. Ante todo, en la teoría de la realidad, objeto tiene significación tan amplia e importante, que resulta necesario ser sumamente cautos en el empleo de ella, y sobre todo abstenerse de atribuirle significados diversos; en particular, las relaciones entre *objeto* y *sujeto* tienen que ser bien precisadas y observadas; por consiguiente, llamar objeto no ya, como se debe, a cualquier resultado de la observación y en particular a cualquier cosa, sino a la cosa en su particular relación con otra, que responde al concepto de la pasividad, no puede menos de ser fuente de incertidumbres y de equívocos. Lo fundado de esta previsión lo demuestra la experiencia de la teoría civilística de la obligación, en la que el empleo de la palabra *objeto* no ha terminado aún de desorientar la investigación: aunque haya logrado acaso yo persuadir ya a más de uno de que objeto de la obligación *no es más que una cosa*, continúa en ese campo entre los civilistas una deplorable confusión. En los límites de mis fuerzas, no quisiera que esos tristes efectos de la imprecisión del lenguaje se repitiesen en el terreno del derecho penal; donde, por lo demás, especialmente en una célebre obra italiana, *objeto del delito* se dice en sentido por completo diferente del que aquí debería atribuirle.

Queda, pues, entendido que aquí *materia del delito* (que es el reverso del *instrumento* de él), se llama la cosa sobre la cual obra el instrumento que ocasiona el daño. Como la modificación de una cosa es un daño en cuanto la cosa es un bien, se puede decir también que materia del delito es un bien; donde ha de aclararse aún, sin embargo, que bien no es, en cuanto se lo considera idóneo para la satisfacción de una necesidad, más que una cosa; y hay que ponerse en guardia contra la confusión entre *bien* e *interés*, en que caen muy frecuentemente los cultivadores del derecho penal y por la cual conciben como bienes, entre otros, la incolumidad, el honor, la reputación, la fe, etc., que, exactamente hablando, no son bienes, sino intereses; a propósito de lo cual debemos invitar una vez más al alumno a que aclare este concepto mediante el estudio de la teoría general.

39. *El hombre como materia del delito.* — En primer lugar, entre las materias del delito se presenta el hombre: en el homicidio, en la injuria, en la amenaza, la cosa que sufre el daño es un hombre. Me parece superfluo advertir que empleo una vez más la palabra *cosa* en el sentido amplio, que comprende también al hombre y excluye solamente a la persona: en efecto, aquí, como materia del delito, al igual que en el capítulo anterior como instrumento, se considera al hombre por su naturaleza material, no por su naturaleza espiritual, como el que *padece el daño*, no como el que *sufre la ofensa*, distinción que, en el capítulo

siguiente, donde se contrapondrá al *daño* la *ofensa* y al *paciente* el *ofendido*, se hará más clara; pero desde ahora la señalamos al alumno y la recomendamos a su meditación: si en la mayoría de los casos, como el hombre y la persona, así también en el mismo hombre coinciden el paciente y el ofendido, no es difícil observar, en cambio, que en muchos otros se separan. Una clara divergencia podía observarse en el derecho antiguo, toda vez que el esclavo no era persona, a propósito de la *necatio servi*, en la que paciente era el *servus*, pero ofendido lo era el *dominus*. Por lo demás, hay dos hipótesis de delito cuya diagnosis, aun en derecho moderno, no se puede obtener más que operando con los dos conceptos diversos de paciente y de ofendido: aunque haya que remitir a más adelante la precisa definición del ofendido, cualquiera apreciará que, si la herida de un menor tiene en el cuerpo de él su materia, también su padre, o en general su representante legal, es ofendido. Más interesante aún es, en este aspecto, reflexionar que, si en el homicidio el muerto fuese además de paciente también el ofendido, no habría quién pudiera ejercitar los derechos que la ley reconoce al ofendido: en tal caso, si, según el art. 22 del Cód. de proc. pen., el derecho a hacerse resarcir el daño compete al hereadero, hay todavía entre paciente y ofendido la diferencia que se medirá mejor más adelante.

Los delitos en los cuales es paciente el hombre, se pueden llamar *delitos individuales* o *delitos sobre el hombre*. De la existencia de esta categoría se ha dado cuenta la ley reagrupando, en el título duodécimo del segundo libro del Código penal, algunos delitos bajo la rúbrica “de los delitos contra la persona”, fórmula que es, sin embargo, doblemente inexacta: en primer lugar, porque la preposición *contra* se presta menos propiamente que la preposición *sobre* para expresar la relación entre el delito y su materia, pero más aún porque el nombre de *persona*, indicando al hombre en su naturaleza espiritual, resulta preferible para denotar al ofendido que al paciente del delito. Es verdad que algunos de los delitos comprendidos en el título duodécimo, y concretamente los allí llamados “delitos contra el honor” (capítulo segundo) y más aún los denominados “delitos contra la libertad individual” (capítulo tercero), parecen referirse más al espíritu que al cuerpo, al punto de que algunos de ellos se titulan hasta “delitos contra la libertad moral” (sección tercera de ese capítulo). Pero ésta sería una impresión falaz; y, por tanto, algunas de las recordadas denominaciones debieran ser rectificadas: lo que en verdad se menoscaba, verbigracia, por la *injuria* (art. 594, Cód. pen.), por la *difamación* (art. 595), por la *reducción a esclavitud* (art. 600), por el *plagio* (art. 603), por el *secuestro* (art. 605), por la *violencia privada* (art. 610), por la *amenaza* (art. 612), no es otra cosa que el goce del cuerpo o, si se quiere, del organismo psicofísico humano; el hombre injuriado, difamado, secuestrado, violentado, amenazado, no puede gozar de sí como gozaría si no se le hubiesen inferido esos daños; pero el espíritu y, por tanto,



la persona, que es esencialmente libertad, no es ni podría ser afectada por ellos. Sólo una mala inteligencia y un abuso de la palabra libertad permite creer que, por ejemplo, la violencia o la amenaza menoscaban la libertad, cuando con ellas sólo queda menoscaba la posibilidad de hacer o no hacer algo, que no es en modo alguno la libertad, sino el uso del propio cuerpo. Esta concepción desenfocada de algunos delitos sobre el hombre demuestra cuán necesario es también, particularmente a los juristas, el exacto concepto de ideas fundamentales, que siguen, en cambio, descuidando, fiándose del diccionario y del sentido común. La formulación empírica de la categoría de delitos aquí considerados refleja su amplitud, que, tal como está diseñada por la ley, no responde a la realidad: de una parte se comprenden, en el título duodécimo, entre los "delitos contra la persona", algunos que son, en cambio, *delitos sobre las cosas* (ejemplo: *violación de domicilio*, art. 614; o *violación, sustracción o supresión de correspondencia*, art. 616); por otra parte, se excluyen típicos *delitos individuales*: tales son, entre otros, los que la rúbrica del título décimo, con fórmula de nuevo cuño, llama "delitos contra la integridad y la sanidad de la estirpe" (*aborto procurado*, art. 545; *impotencia procurada para la procreación*, arts. 552 y sigtes.; *contagio venéreo*, art. 554). Ciertamente, impedir la procreación o procurar a un hombre una enfermedad que pueda trasmitirse a la prole, se resuelve en un daño no tanto a la estirpe como a la nación; pero semejante daño deriva también del homicidio, y no es lícito confundir el paciente con el perjudicado. Una observación análoga puede hacerse respecto de ciertos delitos que, en el título noveno, se denominan como "delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres"; por ejemplo, respecto de la *violencia carnal* (art. 519) o del *rapto* (arts. 522 y sigtes.).

Entre los delitos *sobre el hombre*, unos afectan a un hombre distinto del agente, otros al *cuerpo del propio agente*, por lo que se los puede llamar *delitos sobre sí mismo* o *sobre el propio cuerpo*: tal es, por ejemplo, el *aborto procurado por la mujer* (art. 547, Cód. pen.) o la *impotencia procurada para la procreación* (art. 552), en cuanto se llevan a cabo sobre el cuerpo mismo de quien los realiza; de delito *sobre la propia persona* (*rectius, sobre el propio cuerpo*) habla también la rúbrica del art. 642 del Cód. pen. (*mutilación fraudulenta de la propia persona*). En estas hipótesis, las diversas cosas con que y sobre las cuales se comete el delito se individualizan en la parte del cuerpo humano que sirven respectivamente a la operación o al sufrimiento; por lo que la coincidencia entre el instrumento y la materia es más aparente que real.

40. *La cosa como materia del delito.* — Si se compara el *homicidio* o la *lesión personal* con el *daño* (art. 635, Cód. pen.), cualquiera advierte que, en este último, el puesto que en el homicidio o en la lesión personal corresponde al hombre lo ocupa una cosa, y no hace falta más para

concluir que también las cosas pueden ser materia de delito y para distinguir del delito *sobre el hombre* el delito *sobre la cosa*. Quien opusiera que también el daño se comete *contra un hombre*, que es el *dominus* de la cosa damnificada, confundiría, como se suele decir, el elemento objetivo con el elemento subjetivo del delito o, mejor aún, la materia con el ofendido: el propietario de la cosa damnificada es ciertamente el ofendido, pero no *aquello sobre lo que el reo actúa*, o sea, la materia del delito.

Cuando al hombre, como materia de delito, se contraponen las cosas, esta última palabra se emplea con significado más restringido que el que se le atribuyó en el proemio de este título, excluyendo, por tanto, de él, en lugar de comprender en él, al hombre. Por desgracia, es casi imposible eliminar totalmente del lenguaje científico, o por lo menos del lenguaje jurídico, las palabras de múltiples sentidos; la única precaución útil contra los inconvenientes que de ello se siguen es la de advertir en cada caso en qué sentido se utiliza el vocablo.

También sobre este punto el docente de derecho penal debe remitir al alumno a la teoría general del derecho, en la que se explica tanto el concepto de cosa como la clasificación de las cosas. Hojeando, después de las páginas de un volumen de teoría general, los libros segundo y tercero del Código penal, encontrará el alumno que cada especie distinta de cosas de la teoría general puede ser materia de delito.

Así, la distinción entre cosas *muebles* y cosas *inmuebles*, en el aspecto de la materia del delito, se refleja en la distinción entre el *hurto* ("quienquiera que se apodere de la cosa *mueble* ajena..."; art. 624, Cód. pen.) y la *usurpación* ("quienquiera que para apropiarse, en todo o en parte, la cosa *inmueble* ajena..."; art. 631, Cód. pen.).

A la distinción entre cosas *genéricas* y cosas *específicas* no encuentro referencias expresas en el Código penal; pero no hay duda de que, por ejemplo, el hurto (art. 624, Cód. pen.) se pueda cometer tanto sobre cosas genéricas (ejemplo: vino, cereales, aceite) como sobre cosas específicas (ejemplo: un cuadro o una estatua de autor conocido).

De la distinción de las cosas *simples* respecto de las *complejas* y, en particular, de las cosas *compuestas* respecto de las cosas *colectivas*, se puede ver una aplicación en el art. 508 del Cód. pen., donde se prevé la *arbitraria invasión de establecimientos agrícolas o industriales*; el establecimiento es un ejemplar típico de *universalidad de cosas*.

También la distinción entre cosas *sólidas* y cosas *flúidas* ha dado lugar a famosas controversias a propósito del *hurto de electricidad*; cuando de manera particular se distinguía comúnmente entre *materia* y *energía* y se concebía precisamente la electricidad *sub specie* de la energía, surgieron notables dificultades para aplicar la norma sobre el hurto a la acción de quien, sin el consentimiento del productor de electricidad, se hubiese apropiado de ella; pero tales dificultades han sido superadas en Italia, equiparando la electricidad a la cosa mueble, con lo cual la ciencia del derecho se ha adelantado intuitivamente a los pro-

gresos de la ciencia física, que han llevado al fracaso de la distinción entre materia y energía.

Un argumento análogo es el relativo a la distinción entre cosas *materiales* e *inmateriales*, a propósito de la cual remitimos de manera particular al lector a la teoría general del derecho; la fórmula de las cosas inmateriales se emplea en la práctica y en la ciencia con varios e imprecisos significados; la más correcta de sus acepciones se refiere al contenido inmaterial de las llamadas obras del ingenio, las cuales, según el modo corriente de hablar, comprenden las *obras literarias o artísticas* y los *inventos industriales*. Si verdaderamente conviene el atributo de la inmaterialidad al *quid* que así se designa, es cuestión que no podremos resolver aquí; pero que probablemente habrá que resolver, como respecto de la energía, en sentido negativo. Lo cierto es que un notable grupo de delitos tiene por objeto cosas que en este sentido se llaman *inmateriales*; ya en el Código penal, la *venta de productos industriales con marcas falsas* (art. 517) y la *revelación de secretos industriales* (art. 623) son delitos cuya materia está constituida por la clientela, la cual es precisamente el *contenido inmaterial del establecimiento*. Otros delitos sobre cosas inmateriales, en el sentido aquí indicado, se prevén en el D. L. del 7 de noviembre de 1925, n. 1950; sobre el *derecho de autor* (arts. 61 y sigtes.), en el art. 117 del R. D. del 13 de setiembre de 1934, n. 1602; sobre las *marcas de fábrica y de comercio*, en los arts. 88 y 89 del T. U. del 29 de junio de 1939, n. 1127, sobre *patentes de inventos industriales*.

La categoría de los delitos sobre las cosas ha sido hasta ahora sólo confusamente intuida por el Código penal: la fórmula complementaria del delito "contra la persona", que sería la del delito "contra la cosa", no se encuentra en él, sino la del delito "contra el patrimonio", donde patrimonio se entiende como *conjunto de bienes* o, más exactamente, de cosas en sentido estricto. Esta fórmula sugiere observaciones análogas a las que indicamos acerca de la rúbrica del título duodécimo: de querer atenerse al sentido exacto de la palabra *contra*, también el hurto y la estafa deberían llamarse delitos *contra la persona*, mientras no son, en cambio, delitos sobre la persona. Por otra parte, no todos los delitos que tienen por materia las cosas, se contienen en el título decimotercero: tales son, por ejemplo, la *arbitraria invasión de establecimientos* (art. 508<sup>1</sup>, Cód. pen.), el *sabotaje* (art. 508<sup>2</sup>), el *fraude comercial* (art. 515), que la ley coloca entre los delitos "contra la economía pública, la industria y el comercio", más que por la materia, por el motivo de la punibilidad.

41. *La sociedad como materia del delito.* — Hay delitos cuya materia no se encuentra, sin embargo, ni en un hombre ni en una cosa. En el *adulterio*, por ejemplo (art. 559, Cód. pen.), o en el *concubinato* (art. 560, Cód. pen.), el hombre y la mujer son sin duda el *quid con quien*, pero no sobre quien, se comete el delito; en este aspecto es deci-



siva la comparación entre el *adulterio* y la *violencia carnal* (art. 519, Cód. pen.). Una observación análoga puede hacerse respecto del *falso testimonio* (art. 372, Cód. pen.) o del *vilipendio religioso* (arts. 402 y sigtes., Cód. pen.): si bien este último puede cometerse destruyendo o damnificando cosas "que constituyan objeto de culto o estén consagradas al culto o necesariamente destinadas al ejercicio del culto" (art. 404, Cód. pen.); o cabe lograr un resultado análogo al del falso testimonio "mudando artificiosamente el estado de los lugares, de las cosas o de las personas" (*fraude procesal*, art. 374, Cód. pen.). Cualquiera ve que también en estos casos, como el hombre que narra al juez algo falso o pronuncia frases ofensivas contra la religión, también las cosas que sirven para la falsificación o para el vilipendio son *instrumentos*, no *materia*, del delito. ¿Se dan entonces delitos sin materia?

La verdad es que de estos delitos se encuentra respectivamente la materia en la *familia*, en el *Estado*, en la *Iglesia*, los cuales debe entender ya el lector que son realidades del mismo modo que los hombres que los componen. Familia, Estado, Iglesia son especies de la *sociedad*, entendida como cualquier agrupación estable de hombres; para darse cuenta de su realidad, basta reflexionar que, tanto las relaciones como las cosas, son un resultado de la descomposición de la realidad efectuada por el pensamiento.

Como puede ser materia de delito el hombre singular, puede serlo también la sociedad. La sociedad es materia del delito en cuanto el delito actúa sobre las relaciones entre los hombres que la componen, tendiendo a obtener su disgregación. Así, después de todo, el delito obra sobre la sociedad como sobre el hombre; ¿qué es el homicidio sino una acción dirigida a disgregar el cuerpo humano? Si, desde este punto de vista, se distingue el delito *individual* del delito *social*, este último se entiende como delito dirigido a la disgregación de una sociedad en vez de a la de un individuo. Reconocido que la agregación, o mejor la congregación, y con ella la unificación de los elementos, constituye un aspecto del orden, el delito social es una figura de gran interés para mostrar cómo la raíz o esencia del delito no es más que el desorden. Sin duda, cualquier delito es un desorden mayor o menor, y como tal disgrega la sociedad; pero la diferencia entre los delitos ahora considerados y los otros, de los que tratamos en los dos puntos precedentes, está en que en aquéllos el daño de la sociedad sigue a un menoscabo del individuo o de la cosa y es, por tanto, un daño mediato; mientras que, en éstos, ni el individuo ni la cosa experimentan menoscabo alguno: es ejemplar, en tal aspecto, la comparación entre el *homicidio* y el *regicidio*, el cual, en el art. 276 del Cód. pen., no se considera como muerte inferida al rey, sino como *atentado contra el rey*: el delito no lo constituye tanto el menoscabo del hombre que hace de rey, como un ataque a la trabazón del Estado, que tiene en el rey su símbolo, y así cabe cometerlo sin que el hombre sufra daño ninguno; y si el rey fuera verdaderamente matado, el valor de la realeza es tal, que hace conside-

rar mediato el daño sufrido por el individuo en comparación con el de la sociedad.

Sociedad es un género que se resuelve en una serie de especies; su clasificación debería ser cometido de la sociología; pero ésta es una ciencia sin consolidar aún, por lo cual no cabe indicar sobre este tema resultados definitivos al alumno; basta, de todos modos, con que se haga cargo de que son especies de ese género la *familia*, la *asociación profesional*, la *sociedad comercial*, el *Estado*, la *Iglesia*. Cada una de estas especies es materia de delitos previstos en el código o en otras leyes penales.

A los delitos "contra la familia" (donde la preposición *contra* se usa, como ya dijimos, con menor exactitud) se dedica el título undécimo del libro segundo del Código penal: en ellos el carácter del delito social, que vimos ser disgregativo del orden, de donde deriva la sociedad, es evidente; con ocasión, por ejemplo, del *adulterio* (art. 559, Cód. pen.) o del *concubinato* (art. 560), se disgrega la familia como el cuerpo humano por una herida.

En daño de la Iglesia deben definirse exactamente los delitos que, en el capítulo primero del título cuarto del segundo libro, se denominan con la fórmula "contra la religión del Estado". Es éste un tema sobre el que el estudio realista del delito, en cuanto plantea ante todo el problema de la estructura física, induce fácilmente a rectificar el concepto sumamente vago construido hasta ahora por la ciencia y adoptado en la ley: es claro que la *religión*, entendida como dirección del sentimiento o del pensamiento, no puede sufrir daño alguno por los hechos previstos en los arts. 402 y sigtes. del Cód. pen., mientras que ese daño lo sufre la *comunidad de los católicos* llamada Iglesia. Más aproximativa aún es la fórmula de la ley en cuanto equipara el *culto* a la *religión*: evidentemente, en la hipótesis prevista por el art. 406, el delito tiene por materia una *sociedad religiosa* distinta de la Iglesia católica.

Menos fácilmente definible, desde el punto de vista de la identificación de la sociedad paciente, es la categoría de delitos comprendida en el segundo capítulo del mencionado título bajo la rúbrica de "delitos contra la piedad de los difuntos". Sin repetir la obvia observación acerca de la impropiedad de esta fórmula, expreso la opinión de que, siendo el respeto al cadáver un interés no sólo religioso, sino civil, paciente no es aquí tanto la Iglesia, o la sociedad religiosa en la forma que fuere, como la sociedad en su más amplio significado.

En cuanto en este su máximo alcance, encuentra la sociedad su expresión en el Estado, una tercera categoría de delitos sociales (incomparablemente la más amplia) debiera denominarse con la fórmula de *delitos sobre el Estado* o, menos exactamente, *contra el Estado*. Esta sencilla fórmula no se encuentra en la ley, donde, en el título primero del libro segundo, se ha preferido decir "contra la personalidad del Estado"; lo cual no puede significar otra cosa, en el fondo, sino que por

ellos sufre el Estado como sufre el hombre por los delitos contra la persona. En efecto, la personalidad no es más que la unidad del Estado, o sea, su misma naturaleza; como la unidad constituye la naturaleza del hombre, quien por eso se dice que es individuo. Esta fórmula, pues, demuestra aún mejor que el delito contra el Estado es tal en cuanto por él sufre la unidad del Estado, que el delito tiende a disgregar.

No obstante, la fórmula de "delitos contra la personalidad del Estado", como la de los "delitos contra la persona", en cuanto al verdadero significado de *personalidad* y de *persona*, destaca más al ofendido que al paciente, como carácter del delito y, por tanto, no expresa con exactitud el concepto que trato de construir: el Estado, como paciente, al igual que el individuo, entra en juego como *species societatis*, no como persona; y, por tanto, no por su valor jurídico, sino solamente por su valor social. Probablemente, el equívoco acerca de este punto ha llevado al legislador a la división del título primero del libro segundo, en la cual el característico empirismo de toda la estructura del libro culmina en una singular falta de lógica: pues la llamada *personalidad internacional del Estado* se refiere al orden jurídico internacional y no al orden interno, si la rúbrica del capítulo primero debiera tomarse a la letra, los delitos allí previstos, en cuanto suponen la personalidad internacional, no debieran... existir según el derecho interno. Lo que se quería decir, y se ha dicho tan mal en esa forma, es, en cambio, que algunos daños afectan a la trabazón del Estado en cuanto está destinada a obrar hacia el exterior, y otros delitos en sentido opuesto; pero también este criterio está inexactamente aplicado en él, porque, entre otras cosas, el atentado contra el rey menoscaba el Estado tanto en sus relaciones exteriores como en sus relaciones internas. Por lo demás, si el Estado, en cuanto sufre el delito, no debiera entenderse en su puro valor social, no se comprendería cómo el derecho interno pudiera castigar delitos contra Estados extranjeros (título primero, capítulo cuarto), a los cuales ningún valor jurídico les puede reconocer, como Estado, el derecho interno.

Aparte estas y otras observaciones a propósito de la rúbrica del título primero del libro segundo del Código penal (nótese, además, la fórmula tan poco feliz con que se intitula el capítulo tercero "de los delitos contra los derechos políticos del ciudadano", que, comparada con la de los otros capítulos, configura el... derecho político como paciente o, por lo menos, como ofendido), ha cometido el legislador la más grave equivocación al no haber advertido que la categoría de los delitos contra el Estado se extiende mucho más allá de los límites del título primero del libro segundo del código. Son igualmente delitos contra el Estado los "delitos contra la administración pública" (título segundo), los "delitos contra la administración de la justicia" (título tercero), los "delitos contra el orden público" (título quinto), los "delitos contra la incolumidad pública" (título sexto), los "delitos contra la fe pública" (título séptimo), algunos de los "delitos contra la economía

pública, la industria y el comercio" (título octavo) y de los "delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres". Basta comparar la rúbrica del título primero con la de los títulos siguientes para advertir desde ahora que la clasificación de los delitos no está inspirada en un criterio coherente: cuando se habla de delitos *contra la persona, contra la familia, contra el Estado*, se pone como carácter del delito su materia, esto es, el hombre o el grupo de hombres que lo padece. En cambio, con la fórmula de los delitos contra la administración, contra la fe, contra la moralidad, el criterio se transfiere de la *materia al contenido* del delito, esto es, al *interés colectivo* particularmente lesionado por el delito: en efecto, la buena administración, la justicia, la fe, la moralidad, no son otra cosa que *intereses colectivos*, para cuya consecución se constituye la especie superior de sociedad que llamamos Estado, por lo que la lesión de esos intereses hace sufrir al Estado no menos, por ejemplo, que por *encubrimiento bélico* (art. 247, Cód. pen.) o el *comercio con el enemigo* (art. 250, Cód. pen.). Todos ellos son, pues, al igual que los previstos en el título primero, delitos *contra el Estado*, en cuanto amenazan su trabazón o, en otras palabras, perturban su orden. Una vez más, el carácter del desorden, que es la raíz del delito, se manifiesta en la rúbrica del título quinto, donde se habla de delitos "contra el orden público" por antonomasia; mientras que, en realidad, todos los delitos estudiados hasta ahora, en cuanto son contra el Estado, lo son también contra el orden de ese mismo Estado y, por tanto, contra el orden público.

Una categoría importante de *delitos sociales* se refiere a los delitos que se cometen en daño de las *asociaciones*, y en particular de la especie de asociación privada que se llama por antonomasia *sociedad* (cfr. arts. 2247 y sigtes., Cód. civ.). Consúltese a este propósito, especialmente, la ley del 4 de junio de 1931, n. 660, que contiene *disposiciones penales en materia de sociedades comerciales*.

## SUBTÍTULO SEGUNDO

### DE LAS PERSONAS

42. *Estructura psíquica del delito*. — Con el análisis de la estructura física del delito, tal como la esbozamos en el punto anterior, no se ha descompuesto totalmente aún el delito. En efecto, si el delito es un daño ocasionado por un hombre, y no por un animal, por ejemplo, la razón no puede estar sino en lo que el hombre y no el animal posee; o sea, en el espíritu, el cual no puede dejar de encontrarse entre los elementos del delito. Esta deducción lógica está confirmada por la experiencia común: por ejemplo, si el apoderamiento de la cosa mueble

de otro (art. 624, Cód. pen.) por parte de un cleptómano no se castiga (art. 88, Cód. pen.), ni constituye hurto cuando lo consienta el propietario (art. 50, Cód. pen.), es señal de que el delito no constituye solamente un daño ocasionado por un cuerpo; se necesita, pues, ahondar más aún a fin de que el análisis sea completo.

La verdad que ahora intuimos se enuncia común y correctamente diciendo que el delito no es un *daño* solamente, sino también una *ofensa*. *Ofensa* (de *ob-fendo*) significa originariamente choque o contraste; el delito es en verdad, a la vez que un choque entre *dos cosas*, un contraste entre *dos espíritus* y, por tanto, entre *dos personas*; en ello está la ofensa; veremos más adelante cómo puede explicarse este contraste.

Si la muerte de un hombre cometida por otro, y no la muerte ocasionada por una fiera, es un homicidio, ello se debe a lo que pertenece al hombre y no a la fiera: a la libertad, que es potencia de sustraerse a la necesidad (a la codicia, que impulsa al hombre y a la fiera a matar). Por eso, quien comete el delito no es hombre solamente, sino persona; o sea, eso que está dotado de libertad.

Si el arrancar una rosa de mi jardín, cuando lo permito, no es un hurto (art. 50, Cód. pen.), ello se debe también a que tengo libertad: si el daño es querido por mí, no hay ofensa (*volenti non fit iniuria*). Precisamente porque respecto de la rosa se me reconoce la libertad, pero no respecto de mi cuerpo, quien me mata es homicida aunque haya obtenido mi consentimiento (art. 50, Cód. pen.). Pero hay alguien a quien compete la libertad de disponer también de mi cuerpo; y así, si me mata por orden del juez el verdugo (art. 51, Cód. pen.), una vez más no corresponde la ofensa al daño, y no existe delito.

De este modo, el delito, además de la combinación de dos cosas, es la *combinación de dos personas*; a este segundo aspecto del análisis debemos dirigir ahora nuestra atención.

43. *Partes del delito*.— Si busco una palabra que se preste a significar, en lo que tienen de común, esas dos personas, no encuentro más que la palabra *partes*. Esta palabra no es de uso corriente en el derecho penal, o por lo menos el que se suele llamar derecho penal material; esa palabra viene del derecho procesal, y en particular del derecho procesal civil, pero se ha trasladado ya al plano de la teoría general del derecho. Ciertamente, no hay entre *corpos del delito* y *partes del delito* una correlación literal, de manera que es mucho menor la fuerza expresiva de esta locución que la de aquella: lo contrario del *corpus* es el *animus*, y la palabra parte no contiene ninguna alusión a esa naturaleza espiritual de los elementos que se quieren denotar con ella; sin embargo, toda vez que está ya consagrada en el lenguaje jurídico para la designación de las personas, la ventaja de usarla está en la correlación designada por ella entre dos personas que se llaman *partes*, por hallarse comprendidas en un todo, esto es, en una *pareja*.

Con la palabra *parte*, extendida a la teoría del delito, se quiere afirmar esta verdad, que, así como del análisis de la estructura física del delito resultan *dos cosas*, así del análisis de su estructura psíquica surgen *dos personas*: una de ellas, normalmente, es más visible y la otra menos visible; o, si así se puede decir, una de ellas se adelanta al primer plano y la otra se mantiene en el segundo; pero no está completo el análisis si no se llega a revelar también esta segunda.

## CAPÍTULO PRIMERO

### DEL REO

44. *Ofensor*. — Si, en su estructura psíquica, el delito es una ofensa, la primera de sus partes, que es la parte activa, debiera llamarse *ofensor*, que es palabra mucho más expresiva y apropiada que la de *reo*. Esta segunda palabra es de origen procesal (*de cuius re agitur*); pero, habiéndosela trasladado hace tiempo de la teoría del proceso a la teoría del delito, también por su correspondencia con la palabra “*reato*” (delito) no sería oportuno abandonarla.

La figura del reo ocupa el centro del derecho penal. Como cualquier otro acto, tampoco el delito existe si no es un hombre el que actúa; si para estudiar el acto hay que descomponerlo, el primer elemento que resulta de la descomposición es ese hombre. Hombre que hay que considerar en su realidad, como el delito mismo: no ha de confundirse, en ningún campo del derecho, ni en el de la realidad, el objeto con el concepto; lo que existe y hay que conocer es el primero, no el segundo; el concepto es un medio de conocer, no lo que debe ser conocido. Son estas advertencias elementales, de las que no se debiera tener necesidad si la confusión ahora indicada no fuese desgraciadamente un vicio común de los hombres de estudio y en particular de los estudiosos del derecho penal, muchos de los cuales han creído y siguen creyendo que para conocerlo basta leer el código y los libros escritos acerca de él; mientras que el dato más importante para observar son los hombres de carne y hueso que han cometido el delito; observar, decimos, naturalmente, en el significado propio de asidua aplicación del espíritu a esa parte de la realidad.

Esto no quiere decir que la importancia reconocida al estudio del reo haga pasar a segundo plano el estudio del delito, como el estudio de éste no absorbe el estudio de aquél. La historia de la ciencia se desenvuelve sobre esta materia según la ley del péndulo: cuando se constituye una verdadera ciencia del derecho penal, porque el objeto se presenta a la observación como *hecho* y, por tanto, en nuestro terreno como *delito*, se impone éste a la atención y parece que no debieran

concurrir a formarla otros conceptos que los del delito o delitos. Más tarde, como, aun sin una clara conciencia del método, se sometió a análisis del delito, y de ello resultó en primera línea el elemento personal o subjetivo, no sólo se agregaron a los conceptos relativos al delito otros conceptos relativos al reo, sino que pareció que éstos debían prevalecer sobre aquéllos, por lo que la figura del reo aspiró a dominar la escena del derecho penal: este exceso opuesto tomó forma, no tanto en la doctrina de la escuela positiva italiana (que en su conjunto no pasó de una sana reacción contra la exclusividad, más que predominio, concedida por la escuela clásica a la observación del delito), como en la reciente doctrina alemana del *tipo de agente* (*Tätertypus*), cuya directiva consiste precisamente en hacer que prevalezca la relevancia del agente sobre la del acto: errores ambos debidos, radicalmente, a un defecto de conciencia del método: cuando se advierte que el estudio del reo pertenece a la estática y el estudio del delito a la dinámica penal, no hace falta más para entender que al uno y al otro les corresponde una dignidad igual y que el conocimiento del derecho penal no puede proceder sino de la combinación de ambos.

Pero al decir que el reo ocupa el centro del derecho penal, y debe estudiarse en su realidad, entiendo ahora referirme a la persona y no a la cosa que es el hombre; o sea, a lo que el hombre tiene por encima de cualquiera otra cosa, al espíritu, el objeto más elevado del estudio de la institución penal: si la escuela positiva italiana ha tenido el gran mérito de poner en claro, al lado y por encima del delito, al reo, a ese mérito se mezcló el error, propio de los tiempos, de considerar en el reo más al hombre que a la persona; o, en otras palabras, más el cerebro que el espíritu, fundando su estudio más sobre la antropología que sobre la psicología. Con lo cual, al no poderse desconocer sin duda la conexión entre el cuerpo y el espíritu, no se quiere despreciar la contribución antropológica al estudio del derecho en general y al del derecho penal en especial; sino solamente reducir a la justa medida su importancia y, sobre todo, aclarar que se debe conducir el estudio, lo mismo que sobre la dependencia, así también sobre la independencia del espíritu respecto del cuerpo: en una palabra, objeto de la observación tienen que ser no sólo los locos o los idiotas, sino también los santos o los héroes. Este estudio del espíritu, para fundar la ciencia del derecho penal, no ha de tener límites, como cualquier estudio verdadero; por lo cual no cabe contenerlo en modo alguno en el ámbito acostumbrado de la psicología: todos los problemas del espíritu deben comprenderse en él, hasta el máximo problema de la existencia de Dios, en su *si* y en su *cómo*. Si el desinterés de la ciencia por este problema es siempre una renuncia a lo que sobre todas las cosas necesita saber, la renuncia pesa más que sobre ninguna otra sobre la ciencia del derecho; y más que sobre ninguna otra rama de la ciencia del derecho, sobre la ciencia del derecho penal. Enseñar derecho, y sobre todo derecho penal, sin conocer a Dios, más que preservar una pretendida pureza de la ciencia, significa fundar la ciencia en la ignorancia.

Quien cree saber el derecho penal porque se sabe de memoria los artículos del código, puede tener tales ilusiones; pero quien lo ha vivido en los tribunales y en las cárceles, ha aprendido que el secreto de un alma no se descubre sino poniéndose de hinojos.

45. *Delincuencia.* — La *delincuencia* es, por tanto, la *adhesión psíquica o espiritual al daño prohibido*, la cual es a veces suficiente y siempre es necesaria para la existencia del delito. Cuando, por excepción, consiente la ley que se castigue a alguien por un evento ocasionado físicamente por él sin esa adhesión (art. 42<sup>3</sup>, Cód. pen.), falta al derecho penal el contenido ético y, por tanto, hay jurídicamente pero no moralmente un delito; en rigor, se debiera decir: hay un daño que no es un delito, y otro daño que no es una pena.

Es necesario, ante todo, reconocer sinceramente que hay delitos en los cuales el hombre no participa sino con el espíritu: el *cogitationis poenam nemo patitur* [nadie sufre la pena del pensamiento] es verdad en el sentido de que sin un acontecimiento físico no se da el delito; pero no lo es también en el de que ese acontecimiento deba ser físicamente obra del hombre. Tales son, como ya dijimos, los delitos por *omisión*: cuando al militar o al agente de la fuerza pública, que deja de hacer lo que legítimamente se le exige, se le castiga hasta con dos años de reclusión (art. 329, Cód. pen.), en el daño que se produce no participa su cuerpo; ello no obstante, cómo pueda considerarse su conducta causa de ese daño, es un delicado problema que estudiaremos más adelante; como quiera que sea, resulta evidente desde ahora que la actividad por la cual se le castiga, es puramente espiritual.

De todos modos, tampoco cuando el daño es obra física del hombre basta esa obra para constituir un delito si el hombre no se adhiere espiritualmente a él. La *delincuencia* es, pues, *un modo de ser del espíritu*; y así, en el delito no sólo obra el hombre, sino también la persona: el hombre, como cuerpo, esto es, como cosa, puede no estar presente en el delito; como espíritu y, por tanto, como persona, no puede estar ausente de él.

Desde ahora se debe poner en claro este principio fundamental del derecho penal: *reo no puede ser más que el espíritu*. Esta verdad, clave del derecho penal, la enuncia el art. 42 con una fórmula cuya valoración crítica remito para más adelante: “nadie puede ser castigado por la ley, por una acción u omisión prevista por la ley como delito, si no la ha cometido con conciencia y voluntad”; ahí “conciencia y voluntad” expresan las dos formas o facultades del espíritu que se consideran relevantes para la *delincuencia*. Desde ahora debemos agregar que el cometido más grave y difícil del derecho consiste en la *diagnos*is del delito, precisamente por ser *diagnos*is del espíritu: todos los actos jurídicos, en cuanto actos, son productos del espíritu o, en otras palabras, un tomar cuerpo el espíritu; pero la diferencia entre un contrato y un delito está fundamentalmente en que en el contrato se revela el espíritu y en el delito se esconde el espíritu.



Así se explica por qué, a los fines de la diagnosis del delito, tenga carácter predominante el *estudio del hombre*. Todo acto es un hombre que actúa; pero hay actos que por su claridad no exigen el estudio del hombre más allá de los límites en que por ellos se manifiesta; y hay actos cuya valoración, por su oscuridad, implica el conocimiento del hombre en su vida entera. Al juez, cuando tiene ante sí una venta, le son en el noventa y nueve por ciento de las veces indiferentes la edad, el sexo, la educación y la ocupación del vendedor o del comprador; pero si el hombre a quien tiene que juzgar, en lugar de comprar, ha robado, se invierte la situación aunque sólo sea porque el hurto no lleva escrito en la frente, como la venta, su historia.

Este tener que remontarse del acto al hombre, que es la verdadera exigencia del derecho penal, se refiere no sólo al cometido del juez, sino también al del legislador; y, en particular, explica la complejidad de las normas penales acerca de la capacidad, incomparablemente mayor que la presentada por esa institución en los otros campos del derecho.

46. *Personalidad del delito*. — El delito es, por tanto, un hecho estrictamente *personal*; usando con rigor las palabras, al delito puede ser extraño el hombre, no la persona.

Si nadie puede ser castigado por un hecho al que no se haya adherido espiritualmente, y si la adhesión espiritual señala la pertenencia de un hecho a la persona, *nadie puede ser castigado por el hecho de otro*. Es ésta una diferencia destacada entre la responsabilidad civil y la penal: se puede deber el resarcimiento del daño (arts. 2047 y sigtes., Cód. civ.), pero no se puede sufrir la pena por un hecho ajeno.

En ese principio está la razón de que se excluya la responsabilidad penal de las *personas jurídicas* (o mejor, *personas complejas*), la cual no tendría sentido sino en cuanto se castigaran miembros de la *universitas* que no han participado espiritualmente en el daño; pero precisamente ese castigo lo niega el art. 42, Cód. penal.

Una excepción a esta regla está, sin embargo, establecida en cuanto a la enmienda (como pena económica) por el art. 196 del Cód. pen.: aunque para disimular la excepción se diga en él que “la persona re-vestida de autoridad o encargada de la vigilancia está obligada, en caso de insolvencia del condenado, al pago de una suma igual al monto de la enmienda infligida al culpable”; como esa suma la debe dicha persona en lugar del condenado que no la ha pagado, y toda vez que la hipótesis es textualmente en el sentido de que esa persona no haya sido condenada, no se puede desconocer que, en los límites de la enmienda, *es castigada por el hecho de otro*.

47. *Capacidad penal*. — Si todo hombre es persona según la naturaleza, no todo hombre es persona según el derecho; la personalidad jurídica implica la personalidad natural, pero aquélla no va implícita en ésta. Se llama capacidad jurídica la idoneidad de la persona natural para ser persona jurídica; o, en otras palabras, la coincidencia entre

la personalidad jurídica y la personalidad natural. Puesto que el ser persona jurídica se resuelve en ser sujeto de situaciones jurídicas, la capacidad jurídica se traduce también en la subjetividad jurídica y, por tanto, en la atribución de situaciones jurídicas a una persona natural.

La *capacidad penal* es, por consiguiente, la *idoneidad de una persona para ser parte del delito*; o, en otras palabras, para la *participación en el delito*; fórmula que más adelante veremos cómo ha de resolverse en esta otra: *idoneidad para ser sujeto de situaciones jurídicas penales*.

Siendo dos las partes del delito, deben ser dos las especies de la capacidad penal; que, por tanto, se distingue en *capacidad del reo* o *capacidad penal activa* y *capacidad del ofendido* o *capacidad penal pasiva*. De esta última hablaremos en el capítulo siguiente.

La negación de la capacidad es la *incapacidad*, la cual consiste, por tanto, en la no idoneidad de la persona natural para ser persona jurídica; hay incapacidad penal cuando una persona natural no puede ser reo.

Mientras que la incapacidad es un concepto absoluto (no cabe ser más o menos incapaz), la capacidad es relativa, en el sentido de que cabe ser más o menos capaz; la relatividad de la capacidad se observa particularmente en el campo penal, donde, según ciertos caracteres, por un mismo acto, sufren diversas personas diverso castigo. Para distinguir entre ellas sirven los conceptos de la *hipocapacidad* y de la *hipercapacidad*; toda vez que la diversa pena la establece la ley mediante el establecimiento de una regla en la cual están previstas las excepciones en el sentido de una atenuación o de una agravación: se llama *hipocapacidad* la idoneidad para ser castigado más levemente; e *hipercapacidad*, la idoneidad para sufrir la pena más grave.

Las razones por las que una persona es penalmente capaz o incapaz, o capaz en medida diferente, pueden depender, o no, de su desarrollo psíquico; por ejemplo, no pueden ser reos el *infans*, el *demens* o el *rex*, pero no hay necesidad de explicar que el fundamento de la incapacidad de los dos primeros es diferente, y hasta diríamos opuesto, al del tercero: el niño o el loco no pueden dejar de errar, mientras que del rey se dice que no puede errar. Si la capacidad penal fundada en el desarrollo psíquico se llama *imputabilidad*, basta esto para excluir que esta noción coincida con la de capacidad: mientras la capacidad es género, la imputabilidad es especie.

48. *Incapacidad penal del rey y del pontífice*. — La posición del rey es una posición constitucional de desigualdad: el rey no sería rey si fuese igual a los demás. La desigualdad se explica por la antítesis entre el Estado y el ciudadano: ahora bien, el rey representa o, mejor, simboliza al Estado en su más amplia y fundamental noción, según la cual Estado y orden jurídico son el concepto de un mismo objeto.

En cuanto se considere conveniente tal representación, es necesari-

rio que la persona a quien se confiere esa función esté *sobre los demás*; esto es, que no sea *igual a los demás*.

Esta desigualdad, expresada en la fórmula del art. 4 del Estatuto, y según la cual "la persona del rey es sagrada e inviolable", se resuelve ante todo en la incapacidad penal; por lo cual un acto del rey, que si fuera cometido por otro sería un delito, no lo expone a él a la pena y, por tanto, en él no es delito.

Así, según el derecho italiano preconcordatario (art. 1 de la ley sobre las garantías, del 13 de mayo de 1861, n. 214), como según el derecho vigente (art. 8 del Tratado de Letrán), a la incapacidad penal del rey se equipara la del pontífice.

La cuestión de si la misma inmunidad se reconoce, o no, a los jefes de Estado extranjeros es cuestión cuya resolución se debe buscar en el estudio del derecho internacional.

49. *Imputabilidad*. — Según el art. 85 del Cód. pen., "es imputable quien tiene la capacidad de entender y de querer".

Es ésta una fórmula feliz, que responde a una exacta intuición de la naturaleza del espíritu y, por tanto, de la persona, en cuanto reconoce las formas o, mejor, los grados de él. Todo hombre es espíritu y, por tanto, persona; pero no en cada uno de ellos alcanza el espíritu la misma medida. La medida mínima o grado inferior del espíritu es el amor o, como se dice más comúnmente, el sentimiento: todo hombre, por el hecho de serlo, no puede menos de amar; ama, aunque sea confusa o débilmente, hasta el recién nacido, y si no amase, no aprendería a pensar; ama también el loco, y si no amase, el que lo asiste no lograría tener ascendiente alguno sobre él. Pero el amor no es más que el germen del espíritu, el cual no basta para la acción; porque ésta es un producto del juicio y en el juicio entra en juego el pensamiento, que es el segundo grado del espíritu; mientras que sólo es guiado por el amor, se mueve el hombre, pero no actúa aún. Si cuando el espíritu alcanza el grado del pensamiento existe la "capacidad de entender", entender se dice de *tender hacia algo* que se descubre ante el hombre, y la potencia de descubrir (el velo, diríamos, que recubre la cosa) es el pensamiento.

Pero no basta el pensar para completar el espíritu, el cual alcanza su plenitud en la potencia más elevada que se llama el querer: fuerza de realizar el orden descubierto por el pensamiento. Fije desde ahora su atención el alumno en el preciso significado de *querer* en el art. 85, que no es el mismo de *voluntad* en el art. 42: en esta última fórmula se emplea voluntad para indicar la *convergencia de la conducta con el fin* o, en otra forma, la *realización del pensamiento en el acto*; o sea, en una palabra, la *intención*, la cual no es otra cosa, como la palabra misma lo dice, que el acto de *entender*: también el loco moral, cuando fríamente carga el revólver, acecha a la víctima, apunta y dispara, quiere lo que hace, según el art. 42; pero si, ello no obstante, aun

teniendo capacidad de entender, no tiene capacidad de querer, quiere ello decir que el querer, según el art. 85, es distinto de la voluntad del art. 42. Así es verdaderamente; como por desgracia ocurre a menudo en el lenguaje popular, y se deja que ocurra malamente en el lenguaje científico, se emplea la palabra voluntad en más de un significado: unas veces voluntad, como en el art. 42, significa intención; otras veces significa, en cambio, la fuerza suprema del espíritu que consiste en ajustarse al orden; y, por tanto, según el lenguaje de las almas sencillas, en resistir a las tentaciones. Desde ahora, pues, nótese ya la fórmula feliz del art. 85, ya también la menos feliz del art. 42, en la que a su tiempo veremos que, para su exactitud, se debe sustituir la palabra "conciencia" por la palabra "previsión"; y "voluntad" por "deliberación".

De este modo, completándose en la voluntad el desarrollo del espíritu, cuando la ley dice que para ser imputable se necesita "capacidad de entender y de querer", afirma que sólo es imputable el que ha alcanzado la plenitud del espíritu y, por tanto, de la persona. Pero esta fórmula, aunque feliz, es aún vaga y se prestaría a graves incertidumbres si no se la precisara con las normas siguientes, las cuales, perfilando frente al *concepto positivo de la imputabilidad* el *concepto negativo de la no imputabilidad*, le confieren el valor de la precisión; de ello resulta que, no tanto es imputable el capaz de entender o de querer, cuanto *no es imputable quien se encuentre en una de las condiciones que según la ley excluyen o consienten que se excluya esa capacidad*.

50. *No imputabilidad*. — La imputabilidad se funda en una consideración realista de la persona natural: si todo hombre es persona, por estar todo hombre dotado de espíritu, al no lograr el espíritu en todos el mismo grado, no todas las personas son naturalmente iguales: la experiencia enseña ante todo que el espíritu, como el cuerpo, es débil en los primeros años de la vida, que luego se desarrolla poco a poco y se hace robusto, y que al fin declina y vuelve a debilitarse; la experiencia enseña asimismo que, prescindiendo de la edad, en ciertos hombres no llega nunca a la robustez o se oscurece antes de tiempo; pero, evidentemente, no se podrían tomar en cuenta todas estas diferencias, muy difícil es de apreciar por lo demás, a fin de dosificar y menos aún a fin de afirmar o negar la imputabilidad. El delicado problema se resuelve con la *negación de la imputabilidad limitada a algunos casos excepcionalmente graves en que se pueda lograr la certeza del desarrollo incompleto del espíritu en el hombre*.

a) En un solo orden de casos la no imputabilidad depende de la *presunción* de la incapacidad de entender y de querer; esta presunción se refiere a los *menores de catorce años* (art. 97, Cód. pen.).

b) En todos los demás casos, la incapacidad de entender o de querer excluye la imputabilidad en cuanto sea *real*. Ahora bien, su realidad puede entenderse con *referencia exclusiva al delito* o a la *actividad*

*entera del agente*: a fin de percibir esta diferencia, imagine el lector el mismo hecho cometido en el delirio de la fiebre o en el delirio de la locura; es cierto que ni siquiera en el primer caso habría delito, pero la incapacidad en ese primer caso es momentánea, mientras que en el segundo lo es duradera. Se podría pensar que fuera de los casos de incapacidad presunta no se debiera establecer ninguna otra hipótesis de no imputabilidad; en efecto, si la incapacidad debe ser comprobada, basta a este fin la norma del art. 42. Pero así no se tomaría en cuenta la dificultad de la diagnosis del concurso de conciencia y voluntad en el hecho singular, la cual si en algún caso (por ejemplo, en el del delirio febril) es fácil, presenta, en cambio, ordinariamente tan graves dificultades, que se necesita para superarlas, como hemos indicado, remontarse del estudio del acto al estudio del hombre. Por esta razón, o sea para facilitar la diagnosis del delito, prevé la ley otras especies de no imputabilidad además de las de los *niños*.

A) Según el art. 98 del Cód. pen., “es imputable quien, en el momento en que ha cometido el hecho, había cumplido los catorce años pero no aún los dieciocho, si tenía capacidad de entender y de querer”; esto quiere decir que el *adolescente* (designo así al hombre durante el período de los catorce a los dieciocho años) no es en sí imputable, sino sólo *en cuanto sea real su capacidad de entender o de querer*; la diferencia entre el régimen del adolescente y el del enfermo, como pronto veremos, está en que la incapacidad de éste debe demostrarse para que no sea imputable, y de aquél debe demostrarse la capacidad para que sea imputable, con la consecuencia de que en la duda se considera incapaz al primero y capaz al segundo.

B) Según el art. 88 del Cód. pen., “no es imputable quien, en el momento en que ha cometido el hecho, estaba, por enfermedad, en tal estado mental, que excluía la capacidad de entender o de querer”. En esta fórmula se pone la *enfermedad*, en lugar de la *edad*, como causa de la incapacidad de entender o de querer; es claro que, no siendo otra cosa la enfermedad sino una debilidad o una menor validez del hombre, más que derivar la incapacidad de la enfermedad, se debe resolver en una enfermedad, lo que no puede entenderse en otra forma sino como exigencia de una *estabilidad* o *duración* de la incapacidad. Esta verdad es patente en el texto mismo del art. 88, donde se habla de *estado* de la mente, aludiéndose a una condición duradera, y se confirma *a contrario* por el art. 90 del Cód. pen., donde se niega el carácter de enfermedad a los “estados emotivos o pasionales”, cuya diferencia de la enfermedad se refiere precisamente al carácter de la estabilidad, o como se dice también, a la organización del trastorno psíquico. (Adviértase, a este respecto, el distinto y menos exacto uso de la palabra “estado” en el artículo 90, donde se la emplea en el sentido genérico de *modo de ser*, y no es el específico de *modo de ser duradero*). Si la enfermedad prevista por el art. 88 consiste en una *incapacidad estable de entender o de querer*, se resuelve en una *enfer-*

*medad psíquica* o, como se dice también en otra forma, en una *enfermedad mental*. Esta verdad la pone de manifiesto la fórmula misma del art. 88, donde se dice: "...estaba, por enfermedad, en tal estado mental"; aclarándose, así, que la enfermedad se resuelve en un *estado de la mente*.

A los dos requisitos del carácter *mental* y *estable* de la enfermedad pone la ley dos excepciones. La primera se refiere a la *sordomudez*, la cual es ciertamente una enfermedad, pero no una enfermedad mental; si el art. 92 del Cód. pen. la equipara a la enfermedad mental, es una excepción, que no podría extenderse a otros casos (ejemplo: ceguera). La segunda atañe a la *embriaguez*, la cual, aunque enfermedad e incluso enfermedad mental, no es una condición estable de la mente, ni, por tanto, un *estado mental*. En este aspecto, el art. 91 del Cód. pen., que atribuye a la incapacidad de entender y de querer debida a la embriaguez un valor de no imputabilidad, constituye particularmente una derogación al art. 90, no ya porque la embriaguez sea una emoción o una pasión, sino porque no es un estado. La excepción la extiende el art. 98 del Cód. pen. a la incapacidad procurada, no por el alcohol, sino por "sustancias estupefacientes"; el carácter de excepción en el art. 91 está confirmado por el art. 95 del Cód. pen., donde se remite a la regla del art. 88 la incapacidad debida a la "intoxicación crónica producida por alcohol o por sustancias estupefacientes".

En cuanto el estado mental, consistente en la incapacidad de entender o de querer, sea *voluntariamente procurado*, se excluye la no imputabilidad; esta norma la formula respecto de la embriaguez el art. 92 del Cód. pen. y se extiende en el art. 98 a la incapacidad determinada por sustancias estupefacientes; en este caso, en rigor, la culpa (como se verá mejor más adelante) no consiste en otra cosa que en haberse procurado la incapacidad. Si se compara el art. 92 con el art. 87, según el cual la incapacidad de entender y de querer no excluye la imputabilidad cuando uno "se ha puesto en estado de incapacidad... a fin de cometer el delito o de prepararse una excusa", no es necesario más para darse cuenta de que ésta, y no la del art. 92, es la justa medida; para combatir la embriaguez conviene negar a la incapacidad procurada por ella, cuando no se deba la embriaguez "a caso fortuito o a fuerza mayor", el mismo efecto que a la incapacidad debida a la locura, pero es excesivo atribuir al hecho de haberse embriagado el mismo valor que al acto cometido por el embriagado convertido en incapaz.

La enfermedad, la embriaguez o el narcotismo deben existir *en el momento en que se comete el hecho*, lo cual no quiere decir que la impunidad se deba a un modo de ser *del acto* y no a un modo de ser *del hombre*, en forma que se confunda el art. 88 con el art. 42; en otras palabras, no tanto hay que investigar si el acto se ha cumplido *con conciencia y voluntad* cuanto si ha sido cumplido *en estado de enfermedad, de embriaguez o de estupefacción*; prácticamente, la di-

ferencia se resuelve en que el estado de enfermedad, de embriaguez o de narcotismo *hace presumir la falta de conciencia* y de voluntad en el hecho si no se ha demostrado su interrupción (el llamado *intervalo lúcido*); esta diferencia se aclarará mejor más adelante, cuando hablemos de la carga de la prueba.

En resumen, respecto de los niños, basta la edad para que se excluya la pena; respecto de los *adolescentes*, es necesario para excluirla que su conducta en general no demuestre que son capaces de entender o de querer; en cuanto a los *adultos enfermos, embriagados o narcotizados*, es necesario no sólo que su conducta en general demuestre el estado de incapacidad, sino también que ese estado no estuviera interrumpido cuando se cometió el hecho previsto por la ley como delito.

51. *Imputabilidad atenuada*.— Hay ciertos hombres cuya imputabilidad no excluye sino que atenúa la ley, en cuanto los considera *menos incapaces de entender y de querer*. La aplicación del concepto de cantidad a la capacidad de entender o de querer ha suscitado más de una duda; pero es justo que se haya superado la duda. Ciertamente, no sabemos sino en forma muy imperfecta lo que sea el espíritu; pero lo que de su modo de ser nos es dado conocer, nos muestra en él una fuerza que, como las fuerzas físicas, si no se presta todavía a mediciones exactas, no repugna, sin embargo, al concepto del más y del menos.

a) Según una elemental experiencia, son menos imputables los *adolescentes*, aunque en ellos se compruebe la capacidad de entender y de querer (art. 98, Cód. pen.).

b) Demuestra también la experiencia que, como se dan enfermedades físicas, se dan también enfermedades mentales, más o menos graves; esta experiencia la toma en cuenta la ley en el art. 89 del Cód. pen., donde se prevé precisamente que esté *grandemente disminuida* por enfermedad la capacidad de entender o de querer. Una curiosa imperfección de esta norma es, sin embargo, la de que en ella se omite el término de comparación respecto del cual deba compararse la *disminución*; por lo demás, lagunas análogas se encuentran en otras partes de la ley (ejemplo: art. 43, donde la “negligencia, imprudencia o impericia” se resuelve en una *menor* diligencia, prudencia o pericia, pero ¿menor de qué?) y las llena el intérprete con el criterio del término medio, o sea, construyendo el tipo del *hombre medio* del que la jurisprudencia romana creó un ejemplo inmortal en el *bonus pater familias*; el hombre dotado de una fuerza espiritual media es un tipo que sirve de comparación, lo mismo que el hombre que ha cumplido los catorce años de edad; con la diferencia de que éste es un tipo indicado y aquél un tipo supuesto por la ley, y además no susceptible más que una definición aproximativa, que remite la ley a la experiencia del juez. Sólo ha de advertirse que, para verificarse los efectos de la imputabilidad atenuada, la *disminución* debe ser *grande* según la fórmula del

art. 89; o sea, tal que pueda ser fácil y seguramente observada, como si dijéramos, *a simple vista*.

52. *Capacidad para delinquir*. — El reconocimiento de la imputabilidad plena no agota el interés del estudio del reo ni la importancia de su personalidad a los fines penales. Más allá del límite de la incapacidad de entender y de querer se perfila aquí el concepto de la *capacidad para delinquir*, la cual se resuelve no tanto en la *idoneidad* cuanto en la *inclinación* a cometer delitos; la distinción entre *imputabilidad* y *capacidad para delinquir* es paralela a la diferencia entre *posibilidad* y *probabilidad* del delito.

Para comprender plenamente este concepto, considérese que, superada la zona de la enfermedad mental, o sea, de la estable incapacidad de entender y de querer, la generalidad de los hombres no posee en igual medida esta capacidad; por el contrario, se sube por una larguísima escala desde los semiimputables, a través de los hombres medios, poco a poco y paso a paso, hasta los pocos en que se verifica el extremo opuesto de la capacidad estable de entender y de querer; probablemente la capacidad de entender y de querer absolutamente estable es la santidad. Llegados a este extremo, la posibilidad teórica de cometer el delito se convierte en imposibilidad práctica; pero antes de llegar ahí, a la constante posibilidad corresponde, grado a grado, una probabilidad cada vez menor: ahora bien, la capacidad para delinquir es *la medida de la posibilidad de cometer un delito*. Esta capacidad ocupa, pues, una zona entre los dos extremos de la incapacidad estable y la capacidad estable de entender y de querer; esta zona intermedia, está habitada por los hombres que, por no ser ni locos ni santos, están realmente en una tal condición de inestabilidad del pensamiento y de la voluntad, que no cabe contar con seguridad sobre ellos; hombres no privados de fuerza intelectual y moral, pero desgraciadamente sujetos a intermitencias de la una o de la otra; en una palabra, hombres medios que se encuentran situados entre la sombra y la luz.

Sobre esta condición media del espíritu, ni plenamente incapaz de desplegarse en el pensamiento y en la voluntad, ni plenamente desplegado, está destinada a actuar la pena. Una verdad fundamental es que el hombre, para su progreso espiritual, no se basta a sí mismo: ¿cómo podría tener más fuerza de la que tiene? Esta verdad es la base del principio de la gracia: no es posible que un hombre, sin una ayuda, suba del peldaño que ocupa en la escala a otro más elevado; el signo de la ayuda, que es un crecimiento del espíritu, está en el placer o en el dolor que siente por el bien o por el mal obrado por él. Sobre el fundamento de esta verdad han construido los hombres el premio y la pena, ayudas que tratan ellos de dar para el mejoramiento de cada cual; la relación entre la pena y la gracia plantea la antítesis entre lo humano y lo divino de la salvación. Sin duda, la pena obra para consti-



tuir, a quien es capaz de delinquir, las experiencias que le ayuden otra vez a salvarse de la tentación.

Por eso, la determinación de la capacidad para delinquir, o sea del peldaño que ocupa el reo en la escala, posee grandísima importancia; y el art. 133<sup>2</sup>, Cód. pen., que a ella se refiere, es una de las claves del mecanismo penal. Cuando el juez ha pronunciado el juicio histórico sobre la existencia del hecho y el juicio crítico sobre su calificación jurídica, no sólo no ha agotado su cometido, sino que la parte más ardua de la diagnosis del delito está aún por hacer: junto a la *cualidad* hay que determinar la *magnitud*, o sea la gravedad del delito, y uno de los criterios para determinarla es la capacidad para delinquir del reo; como el médico no suministra la misma medicina a todos los enfermos de la misma enfermedad, tampoco el juez debiera infligir la misma pena por todos los delitos; desgraciadamente, según la ley vigente, lo que puede dosificar sólo es la cantidad y no también, sino dentro de límites reducidísimos, la calidad de la pena.

Ardua valoración encomendada así al juez, ya que no hay instrumento para sopesar la fuerza del espíritu, como un dinamómetro mide la fuerza muscular. El art. 133<sup>2</sup> trata de prescribir el modo de hacerlo, indicando los síntomas de la capacidad para delinquir, que el juez debe inferir: “1º) de los motivos para delinquir y del carácter del reo; 2º) de los antecedentes penales y judiciales y, en general, de la conducta del reo y de su vida anterior al delito; 3º) de la conducta contemporánea y posterior al delito; 4º) de las condiciones de vida individual, familiar y social del reo”. Los indicios tan empíricamente enumerados se condensan en torno a los dos factores fundamentales de la personalidad, cuales son el *carácter* y el *ambiente* del hombre; en efecto, la personalidad es la resultante de la reacción recíproca del espíritu sobre la realidad y de la realidad sobre el espíritu: el carácter es el valor del espíritu del hombre; y el ambiente, el valor de la realidad que lo circunda; carácter y ambiente que así como la relación entre ellos, se infieren de la conducta de él respecto de los demás, y de la de los demás respecto de él.

53. *Tendencia a delinquir*. — Si la investigación de la capacidad para delinquir de quien ha cometido “un delito no culposo contra la vida o la integridad individual... revela una especial inclinación al delito, que encuentre una causa en la índole particularmente malvada del culpable”, siempre que esa inclinación no se deba a enfermedad mental, total o parcial, se declara a éste *delincuente por tendencia* (art. 108, Cód. pen.).

La tendencia a delinquir es, por tanto, *capacidad cualificada para delinquir*: a) por haber cometido un delito no culposo contra la vida o la integridad individual; b) por el grado relevante de la inclinación al delito; c) por la causa de esa inclinación, consistente en el *carácter* del culpable, y también en el ambiente donde vive.

La *tendencia a delinquir* corresponde al peldaño más bajo de la escala de los penalmente capaces, en el que se encuentran los hombres de más débil espíritu y de cuerpo más grave. No obstante, habiéndoseles reconocido la capacidad penal, no renuncia la ley al propósito de ayudarlos con los medios penales, que no son para este caso solamente la pena, sino también la medida de seguridad: cuanto más grave es la enfermedad, más enérgico debe ser el remedio. Por eso, la figura del *delincuente por tendencia* no debe confundirse con la del *delincuente nato*, creada en el ambiente no tanto del positivismo como del materialismo penal: aparte de lo infundado, o por lo menos de lo exagerado, de la opinión acerca de los indicios somáticos de la constitución psíquica, el delincuente nato no era un *proclive* sino un *destinado* al delito, que la ley, no sólo no reconoce, sino que desconoce: si la tendencia a delinquir fuese un destino, la pena no sería la medicina con que cabría combatirlo.

54. *Reincidencia*. — La capacidad para delinquir no sólo puede argüirse por los indicios previstos en el art. 133<sup>2</sup> del Cód. pen., sino que puede demostrarse por la *repetición del delito*, a la cual atribuye la ley particular importancia cuando se comete el nuevo delito *después de la condena por el delito anterior*; en tal caso, el nuevo delito demuestra la insensibilidad del reo a la condena y, eventualmente, también al castigo. “Quien después de haber sido condenado por un delito, comete otro”, se llama *reincidente* (art. 99<sup>1</sup>, Cód. pen.); *reincidencia* es la recaída en el delito después de la condena.

La reincidencia *se agrava*: a) si el nuevo delito es de la misma índole (que el delito anterior: art. 99<sup>2</sup>, n. 1, Cód. pen.; cfr. art. 101, Cód. pen.; la llamada reincidencia *específica*); b) si el nuevo delito se ha cometido dentro de los cinco años de la condena o durante la expiación o después de ella, o durante el tiempo en que el condenado se sustrae voluntariamente a ésta (art. 99<sup>2</sup>, ns. 2 y 3); c) si el nuevo delito lo comete un reincidente (art. 99<sup>4</sup>, Cód. pen.).

Se puede excluir la reincidencia si uno de los dos delitos es una contravención o un delito culposo o preterintencional (art. 100, Código penal).

55. *Habitualidad del delito*. — La reincidencia se convierte en *habitualidad* del delito cuando ha alcanzado particular gravedad.

Hay *habitualidad presunta* si el reincidente, habiendo cometido en el período de diez años y no contemporáneamente tres delitos no culposos de la misma índole (cfr. art. 101, Cód. pen.), por los que haya sido conjuntamente condenado a no menos de cinco años de reclusión, incurre dentro de los diez años siguientes al último de los anteriores delitos (cfr. art. 102<sup>2</sup>, Cód. pen.) en otra condena por delito no culposo de la misma índole (art. 102<sup>1</sup>, Cód. pen.). Además de este caso puede haber *habitualidad declarada por el juez* si la inves-

tigación sobre la capacidad para delinquir del reincidente, que después de haber sido condenado por dos delitos no culposos incurre en una tercera condena por delito no culposo, permite comprobar una tal inclinación al delito, que deba reconocerse como hábito (art. 103, Cód. pen.).

La habitualidad puede constituirse sobre el fondo de la tendencia a delinquir, pero también sin ella, según dependa preferentemente del carácter o del ambiente: si el derecho penal no estuviese, como está en sus primeros pasos y, por tanto, si los remedios contra el delito no fuesen tan rudimentarios, debieran ser diferentes por lo menos las medidas de seguridad en un caso y en otro; por desgracia, mientras se ha conseguido cierto progreso en el derecho penal desde el punto de la diagnosis del delito, hay mucho que hacer, sino todo, desde el punto de vista de su curación.

56. *Profesionalidad en el delito.* — El hábito del delito degenera en la profesión cuando la repetición de los delitos constituye para el reo una fuente estable aunque no exclusiva de ganancia: según la fórmula menos precisa de la ley, cuando el reo “vive habitualmente, aunque sólo sea en parte, de los productos del delito” (art. 105, Cód. pen.).

El fundamento de la profesión es el hábito; por tanto, no se puede declarar delincuente profesional a quien no se encuentre en condición de poder ser declarado delincuente habitual (*Ivi*); incluso exige la ley, para la profesionalidad, un hábito más continuado que el que basta para la declaración de habitualidad, a saber, la comisión de otro delito (*Ivi*). En este sentido, la habitualidad es requisito necesario pero no suficiente de la profesionalidad; ya porque, para constituir la, es necesaria una habitualidad más intensa, ya porque no basta para constituir la la repetición de delitos si éstos no suministran al reo un medio estable de ganancia.

Se entiende que la profesionalidad es una nota de capacidad para delinquir más grave aún que la habitualidad, como la habitualidad lo es más que la reincidencia; por lo demás, no hay que confundir ésta tampoco con la tendencia a delinquir, a propósito de lo cual debe volver a meditar el lector acerca de la indicación hecha respecto de la comparación entre el *delincuente por tendencia* y el *delincuente habitual*: también el delito profesional puede ser un delito *de ambiente* más que un delito *de carácter*, e incluso lo es muy a menudo.

57. *Clasificación subjetiva de los delitos.* — Lo que hasta ahora hemos dicho acerca del reo permite esbozar una clasificación de los delitos según la capacidad para delinquir. El criterio de la clasificación puede ser *diagnóstico* o *estadístico*.

a) En el aspecto diagnóstico convendrá distinguir el delito *de ocasión*, el delito *de ambiente*, el delito *de carácter* y el delito *de tendencia*.

Delito *de ocasión* es el que la diagnosis de la capacidad para delin-

quir permite atribuir a un encuentro de circunstancias extrañas al carácter y al ambiente del reo, y sin las cuales es lícito presumir que no hubiera ocurrido.

*Delito de ambiente* es el que la diagnosis de la capacidad para delinquir permite atribuir al ambiente donde se desenvuelve la vida del reo, en forma que sea lícito presumir que fuera de ese ambiente no lo hubiera cometido el reo.

*Delito de carácter* es, en cambio, el que, según la diagnosis de la capacidad para delinquir, no cabe atribuir exclusivamente ni a las circunstancias ni al ambiente; por lo cual no es lícito presumir que sin esas circunstancias y fuera de ese ambiente no se hubiera cometido.

*Delito de tendencia* es, finalmente, aquel que, según la diagnosis de la capacidad para delinquir, no se puede atribuir, ni aun parcialmente siquiera, a las circunstancias y al ambiente, sino exclusivamente al carácter del reo.

Se comprende que estos tipos tienen, como siempre, el defecto de la abstracción, por lo cual resulta sumamente difícil, por no decir imposible, que correspondan perfectamente a un caso concreto; no son sino instrumentos de que puede servirse el pensamiento, como de cualquier otro concepto, para llegar a superar las notables dificultades del juicio.

b) En el aspecto estático de la capacidad para delinquir se distinguen los delitos en *delito aislado*, *delito repetido*, *delito habitual* y *delito profesional*.

*Delito aislado* es el delito cometido por quien no ha cometido ningún otro. *Delito repetido* es el delito cometido por quien ha cometido algún otro; pero es necesario, para que haya delito repetido, que el reo sea reincidente; el delito es repetido aunque haya sido cometido antes de la condena que declara la certeza del delito anterior, aunque en este caso no haya reincidencia; el delito del reincidente es, por tanto, una variedad más grave del delito repetido. De la importancia de la repetición del delito, prescindiendo de la reincidencia, es signo el art. 133<sup>2</sup>, del Cód. pen., donde se prescribe al juez, para la diagnosis de la capacidad para delinquir, que tome en cuenta los *antecedentes penales*.

*Delito habitual* es el cometido por quien tiene el hábito del delito, aunque no se haya declarado esa habitualidad.

*Delito profesional* es el cometido por quien hace profesión del delito, aunque no se haya declarado esa profesionalidad.

58. *Peligrosidad social*. — La ley tiende con la pena a evitar ciertos hechos por el daño que de ellos se sigue a la sociedad; por eso, la probabilidad de que se produzcan es un peligro social. Este peligro es totalmente independiente de la capacidad penal y, en particular, de la imputabilidad de quien los lleva a cabo: sea el homicida un loco o un malvado, un hombre ha muerto tanto en un caso como en otro.

De ahí la noción de peligrosidad social, claramente distinta de la

capacidad penal y, particularmente, de la imputabilidad, como *idoneidad para cometer, no tanto delitos, o sea hechos punibles, cuanto hechos previstos por la ley como delitos*, esto es, *para producir los daños que la conminación de la pena trata de prevenir*; el art. 203 del Cód. pen. dice, efectivamente: "...socialmente peligrosa la persona, *aunque no sea imputable o no sea punible...*, cuando es probable que cometa... hechos previstos por la ley como delitos"; la probabilidad de que una persona cometa tales hechos se resuelve en su idoneidad para cometerlos.

La introducción de esta noción en el Código penal, o en otras palabras, la atribución de trascendencia jurídica a la peligrosidad social, representa un notable progreso en el camino de la lucha contra el delito, cuyo mérito debe reconocerse franca y gozosamente a la escuela positiva italiana: así, el cometido del derecho en esta lucha, en lugar de apartarse, se extiende de la represión a la prevención del delito. Pero el progreso es aún más *in vitro* que en la realidad, esto es, más obtenido en el laboratorio del estudioso que en la vida práctica; toda vez que las medidas de seguridad exigen una suma de capital y de trabajo que, para tener una idea de ella, basta una ojeada sobre el campo contiguo de la lucha contra las enfermedades, esto es, de la higiene física: riqueza de medios pero también de hombres, debiendo estos últimos operar no tanto sobre el cuerpo como sobre el espíritu, y debiendo ser a su vez ricos de humanidad.

La importancia penal de la peligrosidad social, o sea la aplicación a la persona socialmente peligrosa de las medidas de seguridad, depende, sin embargo, no tanto de la probabilidad de que se realicen hechos previstos por la ley como delitos, cuanto de lo fundado de esa probabilidad en la experiencia de uno de esos hechos que la persona haya cometido; por ello, en su integridad, el art. 203 del Cód. pen. dice que "*a los efectos de la ley penal es socialmente peligrosa la persona... que ha cometido alguno de los hechos... cuando es probable*" que cometa otros nuevos.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### DEL OFENDIDO

59. *Perjudicado*. — Hay delitos cuya fotografía, si cupiera hacerla, podría no manifestar ningún hombre al lado del reo: en la fotografía de un hurto, no puede menos de entrar la *res furtiva*; no se puede robar una nada; pero quien sobre ello reflexiona, no tarda en descubrir que debe haber otro hombre: no sólo no cabe robar una nada, sino que tampoco resulta posible robar una *res nullius* [cosa de nadie]; precisamente el art. 624 del Cód. pen. aclara que, para que una cosa constituya materia de hurto, tiene que ser *de otro*: he aquí, pues, cómo sur-

ge, más que *al lado, frente* al ladrón, otra figura que cualquiera sabe que es el dueño de la cosa. Es éste, ante todo, el *perjudicado*, o sea, *la persona cuyo interés ha sido lesionado por el delito*. Si el delito es un daño, y daño es la lesión de un interés, el cual a su vez es una relación entre un hombre y un bien, no puede darse un reo contra el cual no se presente un perjudicado.

Me parece que resulta, por estas observaciones, muy distinto el concepto del *perjudicado* del concepto del *paciente* (o sea, del hombre que constituye la materia) del delito; puede haber un perjudicado que no sea paciente, como puede haber un paciente que no sufra daño por el delito. Concretamente, el propietario de la cosa mueble del hurto experimenta daño, pero no es paciente, esto es, materia del delito, porque la acción del ladrón no se despliega sobre él: viceversa, del homicidio intentado, aquel a quien se hubiera querido matar, si es ciertamente el paciente, puede no haber experimentado daño alguno. Incluso, respecto de este último delito, el problema debe plantearse en forma más clara, preguntando si, además de paciente, es verdaderamente perjudicado el muerto; a la cual pregunta, gravísima, es probable que deba darse (por lo menos en cuanto al verdadero daño del homicidio, y no al de la lesión que lo haya precedido) respuesta negativa, no tanto porque la muerte no sea un mal, cuanto porque su lesión implica la persistencia del interés, y todo interés del hombre desaparece con la muerte: esto no quiere decir, naturalmente, que pueda haber homicidio sin daño, sino solamente que el perjudicado no es el muerto.

Basta reflexionar acerca del amplio concepto de daño para advertir que, incluso, quien observa bien sobre el fotograma del delito termina por descubrir, frente al reo, no una sola persona, sino un grupo o una serie de figuras, pues *nunca es uno solo el perjudicado*; por ejemplo, el hurto no lesiona solamente el interés del propietario, sino también el interés de aquel a quien el propietario deja gozar la cosa; o el de aquel a quien el propietario la había vendido sin transferirla aún; o el de aquel que, habiendo prestado dinero al propietario de ella, la había recibido en prenda, y así sucesivamente. La razón de este fenómeno, que puede denominarse de la indefinida *expansión* o dilatabilidad del daño, y comparado comúnmente a la serie de los círculos concéntricos que por la caída de una piedra dibujan las ondas en la superficie de un agua tranquila, está en el principio de la *conexión de los intereses*, que el alumno debe aprender en la teoría general.

60. *Ofendido*. — Precisamente la pluralidad indefinida de los perjudicados quita por sí sola a este concepto todo valor jurídico e induce, por tanto, a excluir que se pueda considerar en el perjudicado la otra figura que debe hallarse al lado o más bien frente a la figura del reo en el fotograma del delito. En verdad, el perjudicado, como tal, no es más que un hombre, no todavía una persona; pues para determinar necesidades e intereses basta la vida animal. Pero la otra *parte* del

delito debe ser una *persona*. Perjudicado puede ser solamente un cuerpo; ofendido no puede ser más que un espíritu.

En efecto, también del ofendido, aunque en forma diferente de como lo hace respecto del reo, dice la ley que es una *persona*: de *persona ofendida* habla la rúbrica del capítulo quinto del título tercero del libro primero del Código penal; pero más importante (ya que en el lenguaje del código no siempre se respeta la distinción entre *hombre* y *persona*: cfr. la rúbrica del art. 642 (donde se dice “mutilación de la persona” por mutilación del hombre o del cuerpo) es el notar que habla de ella por cuanto hace depender de su juicio, en ciertos casos, la no punibilidad o la punibilidad del daño; me refiero al *consentimiento del ofendido* (art. 50, Cód. pen.), a la *querella* (arts. 120 y sigtes., Cód. pen.; arts. 9 y sigtes., Cód. de proc. pen.), al *requerimiento* (arts. 127 y sigtes., Cód. pen.; art. 5, Cód. de proc. pen.), a la *instancia* (art. 130, Cód. pen.; art. 6, Cód. de proc. pen.); si a una reacción espiritual contra el daño se le reconoce este valor y ella es propia del ofendido, es signo verdaderamente de que a éste no tanto lo considera la ley como hombre cuanto como persona.

61. *Capacidad penal pasiva*. — Precisamente porque también el ofendido es, como el reo, persona, la medida en que el derecho reconoce su personalidad natural constituye su *capacidad jurídica*, que, por tanto, es la *idoneidad de la persona natural para ser ofendida* y, en consecuencia, para reaccionar jurídicamente contra la ofensa. La misma experiencia y las mismas razones en que y por las cuales se constituye el aspecto de la institución penal que llamamos *capacidad penal activa*, o sea la *capacidad del ofensor*, determinan la constitución de la *capacidad penal pasiva*, que es la capacidad del ofendido: como, entre otras cosas, quien por razones de edad o de enfermedad está privado de entendimiento o de voluntad es justo que no sufra la pena, igualmente justo es que no pueda manifestar una voluntad decisiva para el castigo. Pero, en orden a las dos diversas o más bien contrarias posiciones del ofensor y del ofendido, es obvio que la incapacidad obre en sentido diverso: en el ofensor es incapacidad *para cometer el delito*, en el ofendido es incapacidad *para consentir en el daño* (art. 50, Cód. pen.), o bien *para formular la querella* (arts. 120 y sigtes., Cód. pen.), el *requerimiento* (arts. 127 y sigtes., Cód. pen.) o la *instancia* (art. 130, Cód. pen.); o sea, como más adelante veremos, para cumplir *negocios jurídicos*, los cuales pertenecen sin duda al mismo género (acto jurídico) que el delito, pero representan una especie diferente y aun contraria de él. Si el ocasionador del daño es incapaz, se comprende que el daño no constituya una ofensa y, por tanto, tampoco un delito, pero no se comprendería, en cambio, que, si el ofendido es incapaz, no pudiera producirse la reacción sin la cual no se castiga la ofensa; y, por tanto, en particular, que nadie pudiera proponer la querella, lo que se resolvería en una absurda impunidad del reo.

Por eso, la incapacidad penal pasiva no tanto excluye, como la incapacidad penal activa, la posibilidad de llevar a cabo el acto, cuanto sustituye al incapaz por una persona distinta, para que lo lleve a cabo; en otras palabras, se la disciplina de modo análogo a la capacidad jurídica civil.

Sin embargo, la analogía entre la capacidad penal pasiva y la capacidad civil no va más allá de cierto límite; se nota, ciertamente, también respecto de la capacidad penal, la sustitución del incapaz por el administrador, para el cumplimiento de los actos atribuidos por la ley al ofendido; pero el régimen de la sustitución es diferente: el alumno deberá comparar, en este tema, el art. 120 del Cód. pen. con el art. 2 del Cód. civil. Resultará de la comparación que, mientras el menor de veintiún años no puede llevar a cabo ningún negocio jurídico civil que deba ser realizado en lugar de él por su administrador legal, la persona que no ha pasado aún de esa edad, pero mayor de catorce años, puede interponer la querella, la cual, sin embargo, puede a su vez ser formulada por su administrador legal. Un régimen análogo se halla establecido respecto del incapacitado: por tanto, si el ofendido es un incapacitado o un menor de veintiún años, pero mayor de catorce, en lugar de ser necesaria para la presentación de la querella la intervención del administrador legal, esa presentación se atribuye alternativamente al uno o al otro; estas disposiciones se aplican también a la hipótesis de la instancia (art. 130, Cód. pen.). Como respecto de las *sanciones civiles* del delito valen las reglas de la capacidad civil, se sigue de ello, que, mientras un menor de veintiún años, siempre que haya pasado de los catorce, puede formular querella, no puede hacer, en cambio, lo mismo respecto de la demanda de restitución o de resarcimiento del daño. Aunque puede querellarse, tampoco un incapacitado puede constituirse parte civil sin la asistencia del curador. Supuesto que, si puede querellarse el menor de veintiún años pero mayor de catorce, quepa, sin embargo, formularse la querella, en vez de él, por su administrador legal por lo que no basta la aquiescencia del menor ni la del administrador para excluir la punibilidad, se infiere de ello la insuficiencia del consentimiento del menor solo o del administrador solo para la aplicación del art. 50 del Cód. pen.: es necesario el acuerdo del uno y del otro, en el caso allí previsto, para excluir el delito.

Un régimen análogo al que ahora hemos visto respecto del menor o del incapacitado está establecido respecto del rey y de los miembros de la familia real, aunque, naturalmente, por otras razones: a fin de proteger su dignidad, dispone el art. 127 del Cód. pen. que "...cuando un delito punible por querella de la persona ofendida se haya cometido en daño del rey, del regente o del príncipe heredero o de otra persona de la familia real, a la querella sustituye el requerimiento del Ministro de Justicia"; esto quiere decir que, en lugar de la persona perjudicada, manifiesta su voluntad, en orden a la reacción jurídica contra el delito, una persona diferente, el Ministro de Justicia. No debe entenderse, sin



embargo, la norma en el sentido de que el rey u otro miembro de la familia real no pueda querellarse, esto es, requerir el procedimiento penal, sino sólo que no hay necesidad de su manifestación de voluntad.

62. *Personalidad jurídica del ofendido.* — Toda vez que, como acabamos de ver, si es necesario para la reacción contra el delito confiar un juicio al ofendido, no se necesita que éste sea el juicio mismo de la persona que ha sufrido el daño: el ofendido puede ser, en vez de una persona *simple*, una persona *compleja*; o, según el lenguaje corriente, en lugar de una persona *física*, una persona *jurídica*. Advierto, sin embargo, que, según mi modo de pensar, persona *compleja* es concepto más amplio que el expresado generalmente con el nombre de persona *jurídica*; ya que comprende también la persona resultante de la combinación del incapaz con su administrador legal (ejemplo: menor y progenitor que ejerce la patria potestad).

También en este aspecto se aprecia una diferencia notable entre el reo y el ofendido; mientras reo sólo puede ser una persona *simple* o *física*, ofendido puede ser también una persona *compleja*. A la verdad, si el delito se comete en daño de un incapaz, ofendido no es la persona constituida solamente por el incapaz, sino que entra a componerlo con él el administrador legal; y, por tanto, es una persona *compleja*: ofendida puede ser igualmente una sociedad comercial o una institución pública, y entre ellas el Estado mismo.

63. *Identificación del ofendido.* — Si ofendido no es, como hemos dicho, cualquier perjudicado, sino *un perjudicado con cuya libertad choca el delito*, se trata ahora de identificarlo en la serie de los perjudicados y, por tanto, de percibir el carácter que lo distingue de los demás.

Se intuye que este carácter debe consistir en una relación entre el perjudicado y el bien que constituye la materia del delito; pero es necesario determinar esa relación.

Si, según el art. 50 del Cód. pen., se excluye la ofensa por el consentimiento de quien puede disponer del bien a que se refiere el interés lesionado, y podría de ello deducirse que el perjudicado fuera el ofendido, en cuanto le competa esa disposición. Este criterio sirve ciertamente para aclarar en el propietario el ofendido por el delito de hurto; pero su insuficiencia aparece tan pronto como se reflexiona que, no pudiendo la persona disponer, sino en límites sumamente restringidos, de su propio cuerpo, la lesión personal fuera de esos límites no encontraría un ofendido.

Pero el criterio se rectifica o se completa fácilmente cuando a la disposición se agrega el goce: *ofendido* es el perjudicado *en cuanto la ley encomiende a su juicio la disposición o el goce del bien agredido*; en palabras más simples, *en cuanto dependa de su juicio el desarrollo del interés lesionado*. Así se comprende por qué sea ofendida, al igual

que el propietario de la cosa robada, la persona a quien pertenece el cuerpo humano herido o golpeado; la cual, si no tiene enteramente la libre disposición de él, tiene, sin embargo, su libre goce. Se comprende también por qué el ofendido del hurto no sólo sea el propietario, sino también el usufructuario de la cosa robada.

Desde ahora, recurriendo a la teoría general, se hará cargo el lector de que, tener el libre goce o disposición de un bien, significa tener sobre él lo que se llama un *poder jurídico*; una persona es ofendida por el delito en cuanto se le reconozca un poder jurídico sobre el bien que constituye la materia de él. Por ahora bueno será limitarnos a esta fórmula: dentro de poco, cuando sometamos a investigación, después de los *elementos*, las *relaciones penales*, podremos precisar cuál sea la especie de poder jurídico cuya competencia al perjudicado identifica al ofendido.

64. *Pluralidad de ofendidos*.—De lo expuesto hasta aquí resulta con claridad también que por un solo delito y respecto de un solo reo puede haber una *pluralidad de ofendidos*, lo cual se explica por el fenómeno de la *conurrencia de los poderes jurídicos sobre el mismo bien*: un ejemplo de ello se observa ya en la hipótesis del hurto de cosa sobre la cual existe usufructo, ya que ofendidos por él son tanto el usufructuario como el nudo propietario. Una hipótesis análoga podría darse respecto del daño de un inmueble sobre el que existiera una servidumbre predial. Insistiendo en la observación, se echa de ver, por ejemplo, cómo pueda ser ofendido también por el hurto o por el daño el comodatario de la cosa mueble robada o el arrendatario de la cosa inmueble deteriorada; y, en cuanto a la impotencia procurada para la procreación, cómo pueda la ofensa referirse también al cónyuge.

## TÍTULO SEGUNDO

### DE LAS RELACIONES PENALES

65. *Relaciones penales*.—Cuando de la anatomía del delito han surgido sus elementos, *cuerpos y partes, instrumento y materia, reo y ofendido*, el estudio no ha dado aún todo lo que debe dar. Nos queda por conocer lo que en la anatomía de una máquina se llamarían las transmisiones; o, en la anatomía del cuerpo humano, los nervios: las partes más delicadas.

La verdad es que cuerpos y partes, instrumento y materia, reo y ofendido en el delito no están aislados, sino relacionados; y se trata ahora de descubrir su conexión. Es difícil comprender el método de este estudio sin ciertos elementales conocimientos prejurídicos que, como

me los he procurado al precio de experiencia y meditación, he tratado de proporcionar a los demás: entre todos ellos son particularmente útiles los relativos a los conceptos de *relación* y de *ley*.

Si un cirujano me amputa un brazo o me lo hace, en cambio, un saltador de caminos, todos intuyen que hay un delito en el segundo caso, pero no así en el primero; y, sin embargo, los que hemos llamado elementos del acto son los mismos en los dos casos. Si un hombre es muerto en riña o en batalla, la valoración de uno y otro acto puede ser también diversa, en forma que el primero merezca la pena y el segundo un premio. Esta diversa valoración debe encontrar su razón en algo diverso que exista entre los dos hombres en un caso y en otro; este *quid* es una *relación* entre ellos. Si no hay esa relación, no existe el delito, o sea, que el acto no merece la pena. Esto es suficiente para que la llamemos desde ahora *relación penal*.

66. *Análisis de la relación penal.* — Tratemos ahora de poner frente a frente los dos ejemplos de que me he servido para plantear el problema de la relación penal: cualquiera advierte que en el primero, si el brazo me lo amputa un cirujano, falta el delito; pues después de todo el cirujano *hace bien*, y no *mal* al operado. En cambio, en el segundo, aunque el soldado que mata en guerra al enemigo le hace a él mal, todo el mundo dice, sin embargo, que, al matarlo, no comete un delito, porque *cumple con su deber*. Esta intuición del sentido común nos lleva a distinguir en la relación penal un *contenido económico* y un *contenido ético*: en el segundo caso, y no en el primero, hay entre los dos hombres una relación económica tal, que pudiera darse el delito, pero también algo más, que hemos llamado relación ética, y dentro de poco veremos mejor en qué consiste.

Pero tampoco de este modo se considera la relación penal en todas sus partes. Hay, en ciertos momentos históricos, homicidios en los que, no sólo el homicida, sino muchos otros con él, afirman que ha cumplido con su deber, y a pesar de ello son delitos. Ahora bien, es necesario meditar, por ejemplo, acerca de la diferencia entre la muerte ejecutada por el verdugo y la cometida, en cambio, por uno de esos verdugos voluntarios; ya en un plano de intuición se advierte que al elemento económico y al elemento ético debe agregarse un elemento *político* para componer en su integridad la relación penal.

Estas observaciones, o mejor estos puntos de partida, mientras preparan al alumno para el difícil análisis de la relación penal, le hacen comprender también la arquitectura de este título, construido ante todo sobre tres subtítulos, respectivamente dedicados al *contenido económico*, al *contenido ético* y al *contenido político* de la relación penal. Los otros tres subtítulos tratarán de la *limitación*, de la *calificación* y de la *sustitución de la relación penal*.

## SUBTÍTULO PRIMERO

## DEL CONTENIDO ECONÓMICO DE LA RELACIÓN PENAL

67. *Del bien disputado.* — La primera observación que debe hacer quien observa el delito, consiste en que ese cuerpo suyo, que llamamos la materia de él, es un bien respecto de cada una de las dos personas, reo y ofendido, en el sentido de cosa idónea para satisfacer una necesidad de ellos.

La noción de bien, que el lector debe aprender por la teoría general de la realidad, se encuentra desde hace mucho en el centro de la ciencia del derecho penal, aunque usada sin exactitud, por la frecuente confusión entre *bien* e *interés*. En efecto, ocurre que, según lo hemos indicado, se consideren *bienes* los *intereses*, lo que significa confundir luego cosas con relaciones, confusión en la cual se cae casi siempre por un defectuoso y sobre todo estrecho concepto de la cosa: por la acostumbrada ambigüedad de ciertas palabras, se encuentra dificultad en extender el concepto de cosa también al hombre y a la sociedad; y, por ejemplo, se cae así en equívoco acerca del bien agredido por el delito de *injuria*, o el de *amenaza*, o el de *adulterio*, o el de *falsedad*, o el de *espionaje*, o el de *vilipendio religioso*; dificultades y equívocos que fácilmente eliminará quien plantee con cuidado y paciencia los fundamentos prejurídicos de la ciencia del derecho y se dé así cuenta de que son cosas y bienes tanto el hombre mismo como la familia, la nación, la Iglesia: cosa no sólo es un trozo de mundo inanimado, sino todo objeto del pensamiento circunscrito en sí y destacado estáticamente; y necesidades del hombre, en orden a las cuales viene a ser la cosa un bien, no sólo las hay físicas, sino también espirituales: por lo demás, cuán importante y hasta indispensable bien sea el hombre, tanto en el aislamiento como en la asociación, es una verdad intuitiva siempre y por todos, y expresada de mil modos, desde el *omnia bona mea mecum porto* [todos mis bienes los llevo conmigo] hasta el *vae soli* [¡ay del solo!].

Si la materia sobre la cual opera el instrumento no es un bien para una y otra de las personas, no puede haber delito: cuando el mendigo recoge la colilla del cigarro arrojada por un fumador, no hay hurto por una razón claramente económica: aquella colilla, para quien la arrojó, no era ya un bien.

68. *Conflicto de intereses.* — Lo que se pudiera llamar el mecanismo económico del delito tiene su sostén en la *unidad* del bien frente a la *dualidad* de las personas que a él aspiran: para que sirva a uno el bien debe ser arrebatado al otro. Esta relación se expresa con el

concepto del *conflicto intersubjetivo de intereses*, que es también uno de los conceptos prejurídicos con los cuales el jurista trabaja continuamente, y de ahí la necesidad de que los defina con precisión.

En el mismo bien deben tener interés tanto el reo como el ofendido; más aún, el interés del uno debe ser incompatible con el interés del otro, en lo cual reside precisamente el conflicto: si cuando el sediento bebe de mi fuente no es ello un hurto, la razón está en que la satisfacción de su necesidad no excluye la satisfacción de la mía.

Por eso hemos dicho desde la Introducción que el delito es el producto del conflicto de intereses; por lo cual el bien que constituye materia de tal conflicto es un bien *disputado*, palabra con la que entiendo designarlo como *bien sobre el que existe el conflicto*. No hay delito cuya diagnosis no deba revelar en su fondo este conflicto.

Pero debe ponerse atención, a fin de verlo con claridad, en que no siempre son homogéneos los intereses entre los cuales el conflicto produce el delito. Son ciertamente homogéneos el interés del ladrón y el del robado sobre la *res furtiva*; pero, cuando del hurto se pasa al daño, se observa ya la heterogeneidad de los intereses: si alguien, por venganza, corta un árbol de mi jardín, puede parecer que ese árbol, si era un bien para mí, no lo fuera para él, toda vez que lo destruye; pero la verdad es que destruyéndolo satisface una necesidad psíquica suya y, en realidad, el árbol le sirve como le serviría para hacer fuego con él para calentarse. No es, por tanto, necesaria la homogeneidad de los intereses para determinar el conflicto, y con él el delito; es *necesario y suficiente con que el interés de una persona respecto de un bien, aunque diferente, sea incompatible con el interés de otro*.

Con el ejemplo ahora aducido del daño se ha aclarado también que puede entrar en el conflicto cualquier clase de interés, así material o físico como inmaterial o, mejor, espiritual: si uno corta árboles de mi jardín para hacer fuego con ellos, es un interés material suyo el contrario a mi interés estético; si corta árboles de mi bosque para vengarse contra mí, a un interés material mío se contrapone un interés sentimental por su parte.

## SUBTÍTULO SEGUNDO

### DEL CONTENIDO ÉTICO DE LA RELACIÓN PENAL

69. *Deber.* — Volvamos a considerar concretamente el delito, esto es, en algún ejemplo de delito: ¿por qué, si mato a un hombre que no me hace daño, es ello un homicidio; pero, si lo mato para salvarme de su violencia homicida, no es ello ya un homicidio? Basta esta comparación para mostrar que el conflicto de intereses está en el fondo de la

relación penal, pero que no la agota: un conflicto de intereses entre muerto y matador lo hay tanto en el primero como en el segundo caso; pero, además de eso, debe de haber en el primero algo distinto de lo que hay en el segundo, y que tratamos ahora de saber en qué consiste.

La primera duda que ha de resolverse a este fin consiste en si esa diferencia es algo arbitrario o algo natural, duda a la que es fácil y segura la respuesta; no hay época, no hay pueblo, no hay hombre que no lo tome en cuenta; no es una frase, sino una verdad, que esa diferencia está escrita en el alma humana; su prueba más refulgente está en la reacción que el hecho provoca en el matador mismo, quien, si ha matado constreñido a ello por la necesidad de defenderse, no experimenta el remordimiento que pronto o tarde lo tortura en el segundo caso. Por qué ocurre así, es todavía terreno inexplorado para el humano saber, pero excede de los límites del estudio jurídico del delito; si el alumno tiene, como espero, curiosidad por seguir más adelante, avanzará en el camino que conduce a Dios, donde debe reconocerse que no existe entre las ciencias del derecho ninguna como el derecho penal que oriente el pensamiento hacia las verdades supremas. Como quiera que sea, y a los fines que aquí me propongo, basta la simple y segura observación de ocurrir así. Ello quiere decir que el *quid novi*, además del conflicto de intereses que califica la relación penal, es algo tan natural como el conflicto mismo.

Ahora bien, de las observaciones recién indicadas resulta que este carácter se refiere no ya, si me es lícito hablar así, al *exterior*, sino al *interior* del hombre, expresión burda e inexacta, pero por ahora provechosa para los fines que me propongo conseguir: al exterior, en los dos casos sobre los que venimos razonando, hay siempre un interés que se superpone al otro, del matador y del muerto; pero en el interior hay una conciencia que habla de dos modos diferentes. Diríase, entonces, que este segundo contenido de la relación penal fuera psicológico en comparación con su contenido económico; pero no estaría bien dicho. Ciertamente, el espíritu del hombre es la sede donde se manifiesta la reacción; pero la causa de la reacción es lo que se trata de establecer. Cuando se habla de conciencia nos referimos a la ciencia de nosotros mismos; o sea, al juicio que el hombre emite acerca de sí mismo y que depende, como todo juicio sobre un objeto diferente, de una ley no establecida por él. En el espíritu del hombre se revela pero no se crea esa ley. Entonces, mejor que *al interior* es a *lo superior* del hombre a quien se refiere ese contenido de la relación penal. La verdad es que cuando se habla de voz de la conciencia, la metáfora es mucho más modesta de lo que a primera vista pudiera parecer: no es una voz física, sino algo o alguno que se hace oír por nosotros. ¿Quién no lo ha advertido?

Ésta es la intuición. Si con la razón se verifica la intuición, se llega al concepto del *orden*, en el cual culmina el saber. Pero, a medida que el hombre sabe, no sólo se le muestran las cosas y las relaciones, sino

que se le descubren las leyes que expresan la constancia de las relaciones entre las cosas; y, así, el devenir se le aparece como *un deber ser*, por lo que del estudio de la realidad surge la idea y se forma el concepto del *deber como ser según el orden* o como *conformidad del devenir con el orden*.

Si la conformidad con el orden se refiere a la conducta del hombre, se sigue una limitación de la elección o iniciativa en que se resuelve la conducta; el que hace cuanto debe, no puede hacer, evidentemente, cuanto le place. Surge de ahí la apariencia de un conflicto entre deber y libertad; pero se debe a un falso concepto de libertad, que no es *independencia del orden*, sino *capacidad de obedecer a él*, o sea de *realizarlo activamente*, en lugar de *someterse a él pasivamente*. Por eso, el deber no excluye sino que implica la libertad, en el sentido de que, cuanto más libre es el hombre, o sea, cuanto más persona es, tanto mejor puede cumplirlo.

En cuanto el ser según el orden se refiere a la conducta del hombre, se llama el deber *ético* o *moral*: *ethos* o *mos*, que en griego y en latín, respectivamente, significa *costumbre*, es el comportamiento espontáneo y colectivo de los hombres en el cual el deber encuentra su expresión.

Ahora se comienza a entender por qué en el primero de los casos que habíamos imaginado, y no en el segundo, a pesar del conflicto de intereses persistente en el uno y en el otro, el acto exija la pena y sea, por tanto, un delito: en aquél existe, pero no así en éste, el *deber de no matar*; o sea, de no hacer prevalecer el interés propio sobre el ajeno. Y así comienza a perfilarse el concepto de la relación penal como *conflicto intersubjetivo de intereses calificado por el deber de uno de los interesados de no desplegar su interés en daño del otro*.

70. *Poder*. — De las reflexiones ahora indicadas ha brotado un concepto de deber, más que como relación entre dos personas, como relación de la persona consigo misma o, mejor aún, entre dos actos de la misma persona, que debe hacer o no hacer algo si quiere evitar la pena; o, en una palabra, como una relación entre sacrificio y beneficio. Pero, cuando el deber así entendido se introduce en el conflicto intersubjetivo de intereses, a la limitación de conducta que impone a uno de los interesados no puede menos de corresponder una expansión de conducta en el otro, el cual, en el desenvolvimiento de su interés, sale liberado de toda molestia derivada del interés opuesto: de ahí que el deber no tomar la cosa ajena restrinja mi acción en la medida en que extiende la acción del otro; quien, en los límites en que prevé que se realizará el deber, está exonerado de toda cautela contra el peligro que se le siga de mi interés. Este aumento de la posibilidad de acción de un interesado, correlativo de la disminución de la posibilidad del otro, se llama *poder*.

Poder y deber son, por tanto, términos correlativos, anverso y reverso de una misma medalla. Tomando esto en cuenta, la relación penal se precisa como *conflicto de intereses calificado por un deber y por un poder*. De este modo, al contenido económico se superpone el contenido ético de la relación.

### SUBTÍTULO TERCERO

#### DEL CONTENIDO POLÍTICO DE LA RELACIÓN PENAL

71. *Composición política del conflicto de intereses.* — Si todos los hombres fuesen completamente libres y, por tanto, enteramente capaces de realizar el orden, bastaría la relación ética para componer los conflictos de intereses entre ellos. Aunque no se pueda negar que la historia, aun a través de sus detenciones y crisis, representa una fatigosa aproximación a esa plenitud, no se consiente previsión alguna acerca del si y del cuándo pueda lograrse. Por eso, desde ahora, a fin de que se asegure en el mundo la paz y puedan de ese modo vivir juntamente los hombres, condición imprescindible para la satisfacción de sus necesidades, no basta la ética si no la sufraga la política; lo cual significa que su convivencia no puede encomendarse al espontáneo desarrollo de sus relaciones, sino que se debe gobernar éste artificialmente. La política no es más que el sector de la realidad relativo a la convivencia de los hombres en sociedad o, en otras palabras, el cuidado de sus intereses colectivos. Quien reflexiona que esa convivencia no puede actuarse sino en el orden, se da cuenta de las relaciones entre la política y la ética, que deberían estar como el medio respecto del fin; asignar a la política un fin diferente, no es más que una peligrosa ilusión. El ordenamiento que, con mayor o menor conciencia de ese fin, instituye la política se llama *derecho*. El derecho es la medida en que logra la política realizar el orden en la sociedad; y, por tanto, la forma que asume la ética en la vida social. Como es muy fácil, y hasta inevitable al entendimiento humano, el intercambio entre la forma y la idea, se ha terminado por emplear la palabra *derecho* para denotar no sólo el orden constituido por los hombres, sino también el que ellos entrevén en la naturaleza y debiera ser su modelo: nace de ahí el equívoco del *derecho natural*.

Con estas alusiones no quiero transferir al estudio del derecho penal una parte, verdaderamente fundamental, de la teoría general del derecho; qué sea o cómo se forme el orden jurídico, es algo que debo suponer conocido ya de los estudiantes del derecho general, aunque esta presunción, según mi experiencia, pueda llevarme muy lejos de la realidad.



Mi propósito es sólo el de hacer hincapié en la necesidad de que estén claras en su mente estas nociones fundamentales si quieren seriamente aprender el derecho penal, para cuyo estudio vale acaso más que para cualquiera otra materia jurídica: por un lado, el derecho penal está más próximo que ningún otro a los orígenes del derecho, pues el derecho ha nacido como derecho penal; y, por el otro, no hay derecho en que aflore la sustancia ética como en el derecho penal.

Ahora bien, lo que se necesita comprender es cómo se constituye verdaderamente la relación penal en el paso de la ética al derecho: quiero decir que es el elemento político de la relación, acerca del cual estamos meditando, lo que le imprime ese modo de ser denotado con el adjetivo penal: en otras palabras, la distinción entre *penal* y *no penal* o, como suele decirse, entre *penal* y *civil*, es *puramente jurídica*, por lo que existe una rama del derecho, no una rama de la ética, a la que conviene el nombre de penal: éticamente, el deber es indiferente o indiferenciado; sólo en el terreno del derecho se muestra la diferencia, que ahora trataremos de aclarar.

72. *Relación jurídica.*—El devenir jurídico de la relación ética se señala por la resolución del *orden natural* en un *ordenamiento artificial*, que llamamos nosotros, como ya hemos indicado, *ordenamiento jurídico* o *derecho (objetivo)*, que está constituido por una cantidad de *preceptos* y de *sanciones*: lo que uno debe hacer, o no hacer, no lo intuye ya él, sino que se lo dicta otro; lo que sucede si él no se ajusta al precepto, no se deja a la naturaleza, sino que depende de algo distinto que obra en cierto modo respecto de él. Todo ello se expresa eficazmente diciendo que el ordenamiento jurídico consiste en un *conjunto de mandatos constituidos para la composición de los conflictos de intereses*.

Así, el deber y el poder ético se concretan en el *deber* y en el *poder jurídico*, que son recíprocamente *una sujeción impuesta* o *una liberación concedida a la acción del interesado para los fines de la subordinación o del predominio de su interés en conflicto*: que en el conflicto entre tú y yo, en cuanto al goce de una cosa, se te atribuya a ti un deber y se me atribuya a mí un poder, significa que tu acción para gozarla esté limitada, y la mía facilitada; tú, si la quieres gozar, tienes que pedirme permiso; yo, para gozarla, no tengo necesidad de preocuparme de ti, porque sé que tú, si no tienes mi permiso, tienes que abstenerte de ella.

Cuáles sean las formas o, mejor, las especies del deber y del poder respectivamente jurídico, no tengo que exponerlas aquí, sino advertir únicamente que el hacerse cargo de ellas, tales como las distingue la teoría general, es una condición para ver con claridad cuanto tenemos que decir aún acerca de la relación penal.

En cambio, debo llamar aquí la atención sobre el problema relativo a la *eficacia práctica* del deber y del poder, a cuyo propósito no

tema el lector desviarse si se ayuda con una comparación física: poder y deber son sin duda relaciones espirituales no materiales, pero cabe y hasta conviene hablar respecto de ellos de fuerza o de resistencia, como si se hablara de un vínculo físico, y no se estudia realistamente el derecho si no se trata de medir esa fuerza; el hecho es que hay deberes y, respectivamente, poderes que significan mucho, y otros que significan poco, como hay monedas de elevado valor y las hay de escaso valor; ahora tenemos que tratar de explicar esa diferencia.

A este fin conviene distinguir, en cuanto al deber y en cuanto al poder, como respecto de las monedas, su valor *extrínseco* y su valor *intrínseco*.

El valor intrínseco de la relación jurídica lo da la relación ética, que constituye su sustancia; por tanto, no se puede prescindir en su definición de la relación ética. Es un error creer que, no valiendo la relación ética como relación jurídica sino en cuanto el orden ético se manifiesta en el mandato, no sea ésta sino aquélla la que cuente: el mismo error en que caería quien imaginase que el legislador llega a atribuir realmente a una moneda de estaño el valor del oro. *La verdad es que la fuerza del poder y del deber jurídicos depende ante todo de la coincidencia del mandato jurídico con el orden moral.* Ninguna experiencia de esta verdad es más decisiva que la ofrecida por el derecho penal; porque demuestra que, cuando la ilicitud de un acto no es moralmente sentida, por más severa que sea la amenaza de la pena, resulta sumamente difícil evitar su cumplimiento

El valor extrínseco del deber y del poder lo dan, en cambio, la calidad y la cantidad de la sanción; es en este punto donde veremos definirse la separación de los otros poderes y deberes jurídicos de los deberes y poderes penales. Ahora bien, precisamente en este punto es donde el maestro de derecho penal tiene que remitirse, una vez más, a nociones de teoría general; pues, si no están claras en la mente de quien estudia, será escaso el resultado de su aprendizaje: o sea, se necesita que aprenda a distinguir, en primer lugar, entre sanciones *físicas* y sanciones *económicas* del precepto; y en segundo lugar, en el ámbito de las sanciones económicas, entre sanciones *restitutorias* y sanciones *penales* o, en otras palabras, entre *restitución* y *pena*.

Una advertencia que debe tenerse en cuenta es que, como ocurre a menudo, la evolución histórica de las sanciones ha recorrido el camino inverso de su evolución lógica: *lógicamente, la pena es el último grado en la escala de las sanciones, pero históricamente es el primero.* Cuando al hombre culto se le presenta el problema de cómo garantizar la observancia de un precepto, la solución más obvia le parece la de poner a quien tiene que observarlo en la imposibilidad física de violarlo; y caso de que lo viole, más obvia le parece asimismo la restitución del interés lesionado a su estado primitivo, que no el castigo del violador. En cambio, cuando se observa el curso de la historia, se advierte que las formas primitivas de la sanción son formas penales; se han necesitado decenas

de siglos para que de la pena se desarrollara la *medida de seguridad*, que corresponde, como ya lo hemos dicho y lo veremos mejor, al tipo de sanción física del precepto.

73. *Relación jurídica civil.* — Lo menos que se necesita para que haya una relación jurídica es la *garantía del precepto mediante la sanción restitutoria*. No hay deber jurídico si, cuando se viola el precepto, no interviene una acción *dirigida a la satisfacción del interés lesionado*, en lo cual consiste genéricamente la restitución. En otras palabras, la *restitución es la sanción mínima y necesaria del precepto*. Llamamos *relación jurídica civil* y, respectivamente, *deber y poder civil*, a la relación y, respectivamente, al deber y poder que resultan de la *combinación del precepto con sólo la sanción restitutoria*.

A la noción de la relación jurídica civil alude el art. 185 del Cód. pen. cuando dice que “todo delito obliga a las restituciones según las leyes civiles”; fórmula inexacta en más de un aspecto. Aquí urge notar que no hay, entre otras cosas, norma alguna que estatuya que el ladrón debe restituir la cosa robada ni que, en cualquier forma, el propietario tiene que recuperar lo que se le haya quitado. Es ésta una de las verdades jurídicas que, por ser sumamente evidentes, se remiten al estado de *principio*; la misma observación puede hacerse en cuanto a la restitución del acreedor al estado en que debiera encontrarse si el deudor, que no ha cumplido, hubiese cumplido.

Conviene ahora advertir que el concepto de la *restitución* es más amplio en la fórmula científica que en la fórmula legislativa del art. 185: en efecto, la sanción restitutoria comprende la *restitución stricto sensu*, el *resarcimiento del daño* y la *reparación*; la restitución es el *restablecimiento directo del interés lesionado* (el ladrón restituye la cosa robada); el resarcimiento y la reparación son, en cambio, el *restablecimiento indirecto*, por *equivalencia, de ese mismo interés* (resarcimiento del daño: el ladrón paga al robado una suma de dinero para que se compre una cosa equivalente a la cosa robada que se ha destruido) o por *compensación* (el difamador paga al difamado una suma de dinero para que se consuele del dolor que le ha ocasionado la atribución lesiva).

74. — *Relación jurídica penal.* — Si la sanción restitutoria es el mínimo que debe combinarse con el precepto para que surja el mandato y, por tanto, la relación jurídica, ese mínimo puede ser superado; así ocurre cuando a la sanción restitutoria se le agrega la sanción penal, que, como el lector debe saber, en vez de carácter *satisfaciente*, tiene carácter *aflictivo*. Lo que interesa comprender bien es que la *sanción penal no va nunca sola*; en otras palabras, dicha sanción es un *máximo*, no un *mínimo jurídico*; por tanto, es un elemento *reforzante*, no *constitutivo*, de la relación jurídica.

En la fórmula del recordado art. 185 del Cód. pen. aparece invertida esta verdad; en efecto, en él resulta que el reo, además de la pena, tendría que someterse a las sanciones civiles, cuando la verdad es lo

contrario: lógicamente, las sanciones civiles son un *prius* y la sanción penal un *posterius*, tan es así, que si, por ejemplo, el apoderamiento de la cosa ajena no es punible por la imputabilidad del agente, se aplica, sin embargo, la sanción civil y se debe restituir al propietario la cosa que se le quitó.

Es natural que se agregue la pena a la sanción civil para la garantía del precepto en cuanto se trate de un precepto cuya observancia tenga valor primordial para la sociedad, o cuando la sanción civil aparezca insuficiente para garantizar dicha observancia.

En el primero de estos aspectos es verdad que el delito se refiere a la *lesión de los intereses fundamentales o primarios, no del Estado, sino para el Estado*; aclaro con estas últimas palabras que no es necesario para constituir el delito que sea público uno de los intereses en conflicto y precisamente aquel cuyo predominio se garantiza con la pena, mientras basta que el interés público esté fuertemente interesado en la observancia de un deber jurídico, esto es, en el predominio del interés que el deber garantiza, lo cual comprenderá fácilmente quien tenga una clara idea de la conexión o interdependencia de los intereses: por ejemplo, la propiedad es un derecho y tutela un interés típicamente privado; pero, siendo el respeto de la propiedad típicamente también un interés fundamental público, el derecho de propiedad, como todos saben, está penalmente tutelado. Esto no quiere decir que en todos los casos en los cuales *interest rei publicae*, en medida relevante, la observancia de los deberes jurídicos, se eleve su violación a delito; por el contrario, resistencias de diversos géneros, históricas o técnicas, han impedido hasta ahora, desde este punto de vista, un desarrollo armónico del derecho penal: la misma tutela penal de la propiedad, aun tan sólida y antigua, es técnicamente defectuosa, en forma que deja impunes los más graves y peligrosos ataques contra este derecho fundamental. Por otra parte, una comparación sin prejuicios entre los valores sociales de la propiedad y los del crédito hace que se comprenda cada vez menos por qué, mientras quien arrebató la cosa ajena es tan severamente castigado, el deudor que, pudiendo hacerlo, no quiere pagar su deuda, pueda quedar indemne de toda pena. Desgraciadamente, una cosa es en este aspecto el derecho penal tal cual debiera ser, y otra cosa lo es en su realidad; pero la enseñanza que aquí tratamos de impartir no sólo tiende a hacer que se conozca el derecho vigente, sino además, y por encima de él, a procurar los conocimientos necesarios para mejorarlo.

Hay otra razón que determina la tutela penal, y la perspectiva de la institución quedaría incompleta si no se la tuviese en cuenta. Puede ocurrir que, independientemente del valor social del interés tutelable, la garantía del deber mediante la pena esté aconsejada por la escasa eficacia de la sanción civil, ya por la imposibilidad de la restitución, ya por la dificultad de la estimación pecuniaria del daño, ya finalmente porque las condiciones económicas del reo no consientan el éxito de la ejecución forzosa: el ejemplo más importante y más

claro por lo que hace a las dos primeras razones lo ofrecen los *delitos de peligro*, en los cuales, de ordinario, tanto la restitución como la estimación del daño en dinero es a menudo imposible; pero ello no quiere decir que haya ahí una relación penal pura, sin el substrato de la relación civil, sino que esta última es prácticamente inoficiosa, a propósito de lo cual la observación realista de la relación jurídica muestra fenómenos funcionales análogos a ciertas detenciones de desarrollo advertidas en los organismos vivientes (así en el conocidísimo ejemplo de la *instigación a desobedecer a las leyes*, prevista por el art. 415 del Cód. pen., no es verdad que la relación penal exista aislada de la relación civil ni que falte el daño, sino sólo que no se puede obtener prácticamente la eliminación directa o indirecta). Un ejemplo relativo a la tercera razón se puede ver, en cambio, en la disputa agitada en otro tiempo acerca de la conveniencia de castigar la ruptura del contrato de trabajo por parte del trabajador, quien, siendo casi siempre un desposeído de todo, carece de bienes sobre los que pueda ejecutarse esa condena.

Por tanto, cuando a quien comete un acto se le conmina con una pena, ello se resuelve lógicamente en el establecimiento del deber de no cometer dicho acto, deber que tiene que llamarse *deber penal*; y al deber, por la razón ya conocida, no puede menos de corresponder un poder, e incluso no puede menos de reconocerse el carácter penal de ese poder, que entra en la misma relación, donde penal no quiere decir otra cosa que *garantizado mediante la pena*.

Así, además de los *cuerpos* y de las *partes*, que se aúnan en la fórmula de los *elementos del delito*, el análisis de éste nos ha mostrado otro *quid* sin el cual no puede haber un delito: tal es, entre las dos personas que constituyen las partes de él, la *relación jurídica penal*: hay un reo en cuanto su acción se traduzca en la *violación de un deber*, y hay un ofendido en cuanto por esa acción se *haya lesionado un poder suyo*.

Siendo, como hemos dicho, la relación jurídica penal la especie más elevada o más eficaz de la relación jurídica, en cuanto la pena no es una sanción solitaria sino que se agrega a la restitución en sus varias especies, implica la relación jurídica civil; en otras palabras, no es una *relación no civil*, sino una *relación civil reforzada*; en esta fórmula se resuelve la norma, a que aquí nos remitimos, del art. 185 del Cód. penal.

Hay casos en que la *relación jurídica se estatuye exclusivamente como relación penal*; hay otros en que *resulta de normas separadas, una de las cuales estatuye la relación civil y la otra, agregando a las sanciones civiles la sanción penal por ciertos actos que constituyen su lesión, la transforma en relación penal*. En este aspecto, el alumno podrá comparar la estructura de las normas de donde resulta el *derecho sobre la propia persona* con las que constituyen el *derecho sobre la persona del cónyuge* o el *derecho de propiedad* (sobre las cosas

materiales): no hay ninguna norma que reconozca el derecho sobre la propia persona fuera del Código penal; y, por tanto, este derecho no se puede deducir de otra norma sino de la que, según la rúbrica del título duodécimo del libro segundo del Código penal, castiga los *delitos contra la persona*, entre los cuales están el *homicidio* (art. 575, Cód. pen.), la *lesión personal* (art. 582, Cód. pen.), los *golpes* (art. 581, Cód. pen.), la *injuria* (art. 594, Cód. pen.), la *difamación* (art. 595, Cód. pen.), etc.; pero, en cambio, el derecho del cónyuge sobre el cuerpo del otro cónyuge, que está penalmente sancionado por los arts. 559 y 560 (*adulterio* y *concubinato*), está separadamente reconocido por el art. 143 del Cód. civ., el cual hace descender del matrimonio, en cada uno de los cónyuges, la obligación de la *fidelidad*. Y, por otra parte, las normas contenidas en el título décimotercero del libro segundo del Código penal no hacen más que reforzar con la pena el derecho de propiedad, que está solemnemente afirmado por el Código civil (art. 832); por lo que, en el Código penal anterior, el grupo de delitos que ahora se llama “contra el patrimonio” se denominaba “contra la propiedad”; por ejemplo, el hurto (art. 624, Cód. pen.) se comete “sustrayendo” la cosa mueble “a quien la tiene”; y, por tanto, también a quien no sea ni el propietario ni aun siquiera, rigurosamente hablando, poseedor de ella, pero en daño del propietario; y por lo mismo se dice que la *res*, para que sea *furtiva*, debe ser *ajena*, de manera que si la sustracción al tenedor se hace por obra del propietario, no puede haber hurto. La diferencia entre estos casos diversos atañe solamente a la estructura de las normas jurídicas, y se debe más a razones históricas que a razones técnicas: si se hubiesen formado las leyes según un plan científico, no habría artículo del Código penal que no tuviese su correlativo en el Código civil o, por lo menos, en una ley civil.

75. *Delitos y contravenciones* (1).—No sólo según la intensidad del interés público en el cumplimiento del deber jurídico se sanciona, o no, éste mediante la pena, sino que también ésta es más o menos grave según ese interés; por lo cual el criterio fundamental que sirve para la constitución de una relación civil pura o de una relación civil penalmente reforzada sirve también para dosificar, en la segunda hipótesis, la calidad y la cantidad de la pena: si, entre otras cosas, la pena establecida por el homicidio es tanto más grave en comparación con la conminada por el hurto, la razón no es sino la de que *interest rei publicae* incomparablemente más la tutela de la vida humana que la del patrimonio.

Ahora bien, en la masa de los deberes jurídicos penalmente reforzados ha marcado la ley *ab antiquo* dos grupos que se distinguen precisamente por el criterio genérico de la *mayor o menor importan-*

(1) Véase la nota 1 al n. 3, sobre la traducción de las voces “*reato*” y “*delitto*”.

*cia social*, a la que corresponde la *mayor o menor gravedad de la pena* con que el deber está sancionado; en este criterio se funda la distinción entre *delitos y contravenciones*: de los primeros, en comparación con las segundas, no se puede decir sino que son infracciones *más graves*, sin que las razones de esa mayor gravedad puedan formularse en un solo concepto; a menudo las contravenciones se resuelven en el peligro de un daño castigado como delito. El alumno podrá comparar, por ejemplo, útilmente los delitos de *falsedad personal*, previstos por los arts. 494 y sigtes. del Cód. pen., con la contravención de *negativa de indicaciones sobre la propia identidad personal* del art. 651 del Cód. pen.; o las *contravenciones relativas a la prevención de delitos contra la vida y la integridad individual* (arts. 695 y sigtes. del Cód. pen.) con los delitos de *matanza* (art. 422, Cód. pen.) o de *homicidio* (art. 575, Cód. pen.) o de *lesión personal* (art. 582, Cód. pen.).

Precisamente porque la diversa gravedad social de los delitos y de las contravenciones no es reductible a una fórmula, el legislador ha puesto sabiamente como índice de la distinción la calidad de la pena (cfr. arts. 17 y 39, Cód. pen.): lea, pues, en seguida el lector los arts. 21 y sigtes. del Cód. pen. para aprender las diferencias entre las penas conminadas por los delitos y las relativas a las contravenciones, que advertirá ser más bien cuantitativas que cualitativas. Entre otras cosas, una pena pecuniaria contenida en los límites de suma comunes a la multa o a la enmienda (pena económica también) (por ejemplo, de mil liras), es siempre la misma, y la diferencia se reduce sólo al nombre.

76. *Contenido de la relación jurídica penal.* — Hasta ahora hemos discurrido sobre la relación jurídica penal como combinación de un *deber* y de un *poder*, a los que conviene el atributo penal en cuanto estén penalmente garantizados. Pero el análisis no está todavía completo, e incluso está por realizar la parte más delicada de él, para la cual conviene que el alumno trate de procurarse ciertos instrumentos que sólo puede suministrarle la teoría general del derecho: nos referimos al concepto de la *situación jurídica* y de sus especies, que deben ser exactamente conocidas. Hay cultivadores del derecho penal que emplean sin discreción los nombres que a ellas se refieren, y en particular los de *obligación* <sup>(1)</sup> y *derecho*; pero, mien-

(1) No existen en castellano dos voces para diferenciar, como en italiano, entre "*obbligo*" y "*obbligazione*". Tampoco debemos olvidar que, en el lenguaje común, esas dos palabras se utilizan como sinónimas y que, cuando los vocabularios generales las quieran diferenciar en cuanto a su sentido jurídico, no es raro que las confundan lamentablemente. La palabra "*obbligazione*" corresponde a nuestra "*obligación*" de derecho civil; "*obbligo*" corresponde al *deber* no sólo moral, sino también jurídico (*deber* de prestar el servicio militar, de desempeñar cargos públicos, de declarar como testigo). Pero hemos preferido, en este lugar, traducir "*obbligo*" por *obligación*, ya que el autor, cuando quiere contraponer *deber* a *poder*, utiliza la voz *dovere*. (Nota de los traductores).

tras así se haga, no podrá progresar verdaderamente la ciencia: es necesario sobre todo, que el alumno aprenda la diferencia entre *obligación* y *sujeción*, así como la que hay entre *facultad* y *derecho subjetivo*; a este fin le servirá principalmente la distinción de las situaciones jurídicas en *materiales* e *instrumentales*, la cual procede de una correlativa distinción de las normas: la *obligación* y la *facultad* son típicamente situaciones jurídicas *materiales*, el *derecho subjetivo* y la *sujeción* típicamente también situaciones jurídicas *instrumentales*; esto quiere decir, entre otras cosas, que, en la pareja *obligación-facultad*, la obligación es el *prius*; y en la pareja *derecho subjetivo-sujeción*, la situación pasiva, o sea la *sujeción*, es un *posterius*. Para hacerse cargo de esta diferencia compárese, por ejemplo, el poder que se llama exactamente *derecho de propiedad* con el que menos exactamente toma el nombre de *derecho sobre el propio cuerpo*: el deber ajeno respecto de mis cosas es diverso del deber respecto de mi cuerpo; este segundo es una obligación, porque todos están sin más constrañidos a no turbarme el goce de mi cuerpo, independientemente de mi voluntad; el primero es una *sujeción*, porque los demás están sujetos verdaderamente a mi voluntad, en el sentido de que pueden, o no, tocar la cosa mía según que yo lo consienta.

Ahora bien, del análisis de la relación penal ha resultado que, en su constitución, el deber es el *prius* y el poder el *posterius*; en otras palabras, la pena encuentra su presupuesto lógico en el deber; mientras no hay deber, no tiene lugar la pena. Quiere ello decir que la relación penal no es la combinación de un *deber* y de un *poder* cualesquiera, sino de las dos especies correlativas de deber y de poder que son la *obligación* y la *facultad*: sólo por la violación de la obligación y correlativamente de la facultad puede obrar la pena. Por eso, de los tres pares de situaciones jurídicas que constituyen la relación jurídica (*obligación-facultad*, *derecho subjetivo-sujeción*, *potestad-sujeción*), sólo el primero es susceptible de ser penal. Mientras la potestad o el derecho subjetivo no haya engendrado, para su ejercicio, una obligación y una facultad, no funciona la pena; por lo cual la pena garantiza directamente la obligación y la facultad, y sólo indirectamente el derecho subjetivo, la potestad y la *sujeción*.

Lo que debe existir, pues, entre las partes para que haya delito no es tanto, en general, un deber y correlativamente un poder, cuanto la especie del deber y del poder correspondientes a los conceptos de la obligación y de la facultad. Del beneficio de este resultado del análisis nos haremos cargo mejor dentro de poco: pero ya desde ahora le resultará fácil al lector comprender desde este punto de vista por qué sea sin más un delito el golpearme, y no lo sea igualmente el entrar en mi casa, que sólo es un delito si prohíbo la entrada. La diferencia se explica porque, mientras existe independientemente de mi mandato la obligación de no golpearme, es necesaria mi prohibición para que surja la obligación de no entrar en mi casa.



Sólo, pues, en cuanto en el conflicto de intereses, por la subordinación de uno de ellos, exista una obligación, y por predominio del otro haya una facultad, puede darse el delito. *La combinación de una obligación y de una facultad, cuando una y otra están garantizadas por la pena, constituye la relación jurídica penal.*

En este sentido se dice exactamente que la norma jurídica, en cuanto instituye un delito, contiene siempre *una prohibición* o, en otras palabras, es siempre una *norma material*: instituir un delito se resuelve en constituir una obligación, y el contenido de la obligación, en rigor, es siempre *negativo*, esto es, un *dejar gozar*; también ésta es una verdad a cuyo conocimiento ha llegado no hace mucho la teoría general a través de una laboriosa distinción entre *objeto* y *contenido* de la obligación, que no podemos desarrollar ulteriormente aquí.

Siendo, por tanto, la relación jurídica penal la pareja de una obligación y de una facultad penalmente reforzadas, no pueden ser sujetos de ella sino las personas en quienes terminan la obligación y la facultad. Entre ellas puede serlo, pero no necesariamente, el Estado; éste es sujeto solamente en orden a aquellos delitos respecto de los cuales es la persona ofendida. No existe, en cambio, una relación jurídica penal entre el Estado y los ciudadanos, o en cualquier forma los *subditi legis*, relativa a cada uno de los delitos; el llamado *derecho a castigar* que correspondería al Estado por cualquier delito, aunque haya permanecido mucho tiempo *à la page* en la ciencia del derecho penal, no es un poder jurídico en sentido técnico, sino una expresión empírica del concepto, prejurídico, de soberanía; técnicamente no existe un derecho a castigar el delito, sino una *potestad*, como ahora se comienza a reconocer, la cual no es que esté atribuida al Estado, sino que el Estado la atribuye a sus funcionarios, como más adelante veremos, en materia de juicio y de expiación.

77. *El delito como acto ilícito.* — Combinando el contenido económico con el contenido político de la relación penal, resulta que el delito es una violación de la obligación constituida por la subordinación de uno de los intereses en conflicto.

De este modo comienza el delito a encuadrarse en la categoría de los actos jurídicos, sobre lo cual volveremos más adelante; desde ahora se perfila ya la distinción entre los *ilícitos civiles* y los *ilícitos penales*, que no es más que un reflejo de la distinción entre *obligación o relación jurídica civil* y *obligación o relación jurídica penal*.

Si el delito es violación de una obligación, y precisamente de una obligación penal, es ilusoria y hasta absurda la figura de la *obligación de omisión del delito*, de que hablan con mucha seriedad ciertos cultores de nuestra ciencia y a la que debería corresponder el *derecho del Estado* a esa omisión: ¿quién no ve que con el concepto de una obligación de no violar o de cumplir la obligación se multiplicarían hasta el infinito los deberes y los derechos?

78. *Daño irrogado en el cumplimiento de una obligación.* — Es claro que, si para la existencia del delito es necesaria la obligación de no inferir el daño en que consiste el delito, se excluye ese delito siempre que haya, en cambio, obligación de irrogarlo: el ejemplo clásico es el de la muerte inferida por el verdugo, la cual no tanto constituye un acto *lícito* cuanto un acto *debido*; por eso reconoce el art. 51 del Cód. pen. que “el cumplimiento de un deber... excluye la punibilidad”; aquí “deber” se dice por *obligación*, y “excluye la punibilidad” equivale a *excluye el delito*.

La obligación tiene que ser *jurídica*, no solamente *moral*, o sea, impuesta por una *norma jurídica*, como expresamente lo dice la ley (art. 51, Cód. pen.); si sólo fuese *moral*, tendríamos uno de los contrastes hasta cierto punto inevitables entre la ética y el derecho penal, y al delito no correspondería el pecado.

La norma jurídica puede ser *material* o *instrumental*, distinción a que nos remitimos aquí por segunda vez y que debe aprenderse en la teoría general del derecho; en el primer caso, la obligación desciende directamente de la norma, en el segundo lo hace indirectamente, a través del ejercicio del poder, que la norma instrumental atribuye a un sujeto. Esta segunda hipótesis la formula la ley con las palabras “deber impuesto... por una *orden legítima* de la... *autoridad*”: *orden es el acto mediante el cual se ejercita el poder atribuido por la norma instrumental*, y la persona que lo lleva a cabo, precisamente porque está investida de ese poder, se llama *autoridad*; que la orden tenga que ser *legítima* quiere decir que debe ser dada para aplicación de una norma jurídica que constituya el poder de mandar el acto que ocasiona el daño: por ejemplo, aunque se castigue “a quienquiera que se apodere de la cosa mueble de otro, sustrayéndola de quien la tiene...” (art. 624, Cód. pen.), el canicida que se apodere de mi perro, que anda sin bozal por las calles, no comete hurto. Y la razón de su impunidad no consiste en el hecho de que no haya *sustracción*, porque no se podría considerar al perro como una *res derelicta*, sino solamente, a lo más, como una cosa *extraviada* (en cuyo caso habría, sin embargo, el menor delito previsto por el art. 647 del Cód. pen.); ni tampoco en el de que no quiera sacar él provecho de ello, ya que bien puede ocurrir que del perro atrapado pueda obtener algunas utilidades; sino de la norma jurídica de policía administrativa que estatuye la captura de los perros en ciertas condiciones.

Pero el art. 51 no dice solamente “orden legítima de la autoridad”, sino de la “autoridad pública”, con lo cual restringe el ámbito de la fórmula a la hipótesis de que el poder de donde derive la orden sea una *potestad pública*; en la misma restricción se inspira el párrafo donde a la persona que ha dado la orden se la llama “funcionario público”. En esta parte, la fórmula ha sido determinada por una visión teórica incompleta, y más concretamente por no haber

considerado que también normas jurídicas instrumentales de derecho privado pueden atribuir un poder de determinar la conducta ajena; basta pensar en la figura del empresario y en la del contrato de trabajo: si, por ejemplo, el empresario da orden a un celador de que azote a un obrero que ha faltado a su deber, se deberá reconocer ciertamente la punibilidad del hecho, pero cualquiera ve que ella depende no ya de la inexistencia de la orden, sino de su ilegitimidad; en cambio, si se ordenase a mi sirviente que atrapara un perro ajeno introducido en mi jardín, aunque respecto de mí se excluya el delito, no por el cumplimiento de la obligación sino como pronto veremos por el ejercicio de un derecho, respecto del sirviente no se puede pensar más que en el cumplimiento de una obligación, por lo que su impunidad no se podría atribuir a otra norma que a la del art. 51. Por lo demás, toda vez que la fórmula de ese artículo habla, según vimos, de “autoridad pública”, no se cabría aplicarla literalmente al caso imaginado; y a su aplicación analógica puede parecer que se oponga la prohibición contenida en el art. 14 de las disposiciones generales de la aplicación de la ley, el cual prohíbe la analogía en orden a las leyes penales; pero esta apariencia se disipa fácilmente porque, como a su tiempo se verá, el alcance de esa norma está precisado por el art. 1 del Cód. pen., en el sentido de que sólo un requisito *constitutivo* o *agravante* de un delito, no puede deducirse de una norma de ley por analogía, mientras que el art. 51 constituye un requisito *impeditivo* de él.

79. *Daño ocasionado en el ejercicio de una facultad.* — La obligación de irrogar el daño, en lo cual se resuelve el delito, no sólo excluye la obligación penal, sino también la facultad de irrogarlo: facultad de observar una determinada conducta y obligación de no observarla son, efectivamente, situaciones incompatibles; según el ejemplo presentado en el punto anterior, si yo tengo facultad de gozar de mi jardín y el perro ajeno que en él se ha introducido me impide o turba en cualquier forma ese goce, no puedo tener la obligación de dejarlo permanecer allí.

Esta hipótesis la considera el art. 51 con la fórmula: “el ejercicio de un derecho... excluye la punibilidad”; desde un punto de vista estrictamente teórico, la fórmula tiene dos defectos: lógicamente, la mención del cumplimiento del deber debiera preceder a la del ejercicio del poder; además, en lugar de *derecho* (subjetivo), en rigor, debiera decirse *facultad*, a propósito de lo cual recuérdese lo más arriba indicado para aclarar que, en la relación penal, el *poder* y el *deber* no pueden pertenecer a otra especie que a la *obligación* y a la *facultad*: quien tenga presente la distinción precisa entre *facultad* y *derecho subjetivo*, no tendrá trabajo en hacerse cargo de que resolviéndose el ejercicio de este último no ya en un *agere* [hacer], sino en un *jubere* [mandar], el daño, que es desarrollo del interés propio

con lesión de un interés ajeno, no puede ser irrogado sino en el ejercicio de una facultad.

La facultad, como la obligación, en la hipótesis precedente, tiene que ser *jurídica*, esto es, reconocida por una *norma jurídica*; también en este aspecto es defectuosa la norma del art. 51<sup>1</sup>, Cód. pen., porque la segunda parte de ella se refiere literalmente sólo a la obligación y no también a la facultad; pero no es difícil al intérprete poner remedio a ese defecto aplicando por analogía lo que hemos dicho respecto de la situación pasiva a la situación activa.

También respecto de la facultad, como respecto de la obligación, la norma puede ser tanto *material* como *instrumental* y, por tanto, la facultad directamente conferida, no por la norma misma, sino por un acto de autoridad, a quien confiere la norma el poder: en este aspecto, la perfecta correspondencia entre la hipótesis de la obligación y la de la facultad, si no se ofreció al legislador, no puede menos de verla el intérprete, por lo que la reconstrucción científica del primer apartado del art. 51 debiera ser ésta: *no es punible el daño irrogado en el cumplimiento de una obligación o en el ejercicio de una facultad cuando la obligación o la facultad estén atribuidas por una norma jurídica material, o por un acto cumplido en virtud de una norma jurídica instrumental*. Por ejemplo, si en vista del peligro de difusión de la rabia, la competente autoridad administrativa ha dictado una providencia en la cual faculta a cualquier persona para matar los perros no custodiados en la vía pública, la razón de la impunidad no puede encontrarse en otra parte que en la norma estatuida por el art. 51, en la parte que se refiere al daño irrogado en el ejercicio de una facultad; pero, para aplicar la norma a esta hipótesis, hay que referir a la fuente de la facultad la fórmula que dicta erróneamente el art. 51 solamente respecto de la fuente de la obligación.

80. *Daño irrogado con el consentimiento del derechohabiente.*— Cuando la facultad de inferir el daño está reconocida no ya como dice el art. 51 por una autoridad pública, sino en virtud de un *poder jurídico privado*, la consecuencia no puede ser diferente de la que el mismo art. 51 reconoce; y, por tanto, tampoco en esta hipótesis el daño constituye delito. Ahora bien, el poder jurídico privado mediante el cual pueden atribuirse facultades, entendido en su verdadero sentido, es el *derecho subjetivo privado*, diferenciado de la facultad precisamente por ser un *iubere licere* [ser lícito mandar] y no un *agere licere* [ser lícito hacer]: ser propietario, esto es, tener el derecho de propiedad, significa no tanto poder gozar la cosa propia cuanto poder prohibir o permitir a los demás el goce de ella; por eso la propiedad es verdaderamente un derecho subjetivo y no solamente una facultad.

Ahora bien, la hipótesis del daño irrogado en el ejercicio de una facultad atribuida en virtud no de una potestad pública, sino de un derecho subjetivo, está separadamente disciplinada por el art. 50 del

Cód. pen. con la fórmula del *consentimiento del derechohabiente*. Esta fórmula es, pues, correlativa de la no prevista en el art. 51, pero sí deducida analógicamente de él, en cuanto al daño irrogado en cumplimiento de una obligación constituida mediante un poder jurídico privado. Entre el trato legislativo del daño irrogado en el cumplimiento de una obligación y el del daño irrogado en el ejercicio de una facultad, hay la diferencia de que, mientras de la primera hipótesis no se considera la especie relativa a la obligación constituida por una orden legítima particular, de la segunda, en cambio, se ha descuidado la especie relativa a la facultad constituida por una orden legítima de la autoridad pública, aparte haber considerado separadamente, en el art. 50, la especie relativa a la facultad constituida por una orden jurídica privada; pero, quien tenga un buen conocimiento de la teoría general, se hará cargo de que la figura conocida con el nombre de *consentimiento del derechohabiente* no se refiere a otra cosa, sino a la facultad de ocasionar el daño atribuida mediante la *orden legítima privada* que es el negocio jurídico, acto en que consiste el ejercicio del derecho subjetivo. La reconstrucción científica de la relación jurídica penal muestra, por tanto, que la materia no está lógicamente distribuida entre el art. 50 y el art. 51: lógicamente se debe distinguir entre *obligación* y *facultad* de ocasionar el daño; esta segunda hipótesis está tratada tanto en el art. 51 como en el art. 50, sin una precisa conciencia de su unidad; además, la palabra *derecho* está empleada en los dos artículos en distinto sentido: en el art. 51 significa *facultad*; y en el art. 50, verdadero *derecho subjetivo*.

El acto mediante el cual el *derechohabiente*, según la fórmula legislativa, o sea, la persona que tiene el derecho subjetivo, consiente el daño o, en otras palabras, atribuye a otro la facultad de irrogarlo, es, decíamos, un *negocio jurídico*. Algún cultivador de la ciencia penal se ha percatado hace tiempo de esta verdad; pero, por los escasos contactos entre la ciencia penal y la ciencia civil, el descubrimiento ha sido mal entendido, como si el consentimiento del derechohabiente fuese un negocio jurídico penal, lo que no es exacto; hay, sin duda, como a su tiempo diremos, *negocios jurídicos penales*, pero entre ellos no se debe colocar el consentimiento del ofendido: el ejemplar más simple de ese consentimiento es la indicación por la que yo permito a alguien cortar una rosa de mi rosal y sin la cual ese acto sería un hurto; pero basta el buen sentido para excluir que en esa indicación haya un negocio jurídico penal, ni nadie querría atribuir ese carácter a la donación o a la venta; y, sin embargo, cuando el imputado de hurto se defiende afirmando que la cosa, en vez de haber sido robada por él, le fué vendida o donada, su defensa no se funda en otra norma que en el art. 50 del Cód. pen., la verdad es que esta norma no instituye un negocio jurídico penal, sino que atribuye al negocio

jurídico eficacia penal o, mejor, la eficacia de excluir la pena y con ella el delito.

Se entiende que, para ejercitar esa eficacia, el acto debe ser verdaderamente un negocio jurídico, o sea ejercicio de un derecho subjetivo o, como se diría según la locución del art. 51, la orden debe ser legítima: si, en lugar de consentir al visitante de mi jardín que corte una rosa, permitiese yo a un experimentador que me inyectara un veneno, mi muerte, no obstante ese permiso, constituiría un delito. Este límite lo enuncia la ley, con una fórmula incorrecta, diciendo que "no es punible quien lesiona o pone en peligro un derecho con el consentimiento de la persona que puede válidamente disponer de él"; puesto que el derecho subjetivo no es otra cosa que un poder de disposición de la tutela de un interés, no puede correctamente ser él mismo objeto de la disposición. Cuando en otras leyes, aun en la exposición científica, se habla de *derechos disponibles* o *no disponibles*, se hace uso poco exacto de las palabras; no se dispone de los derechos, sino de los bienes o, a lo más, de los intereses, por lo que la fórmula del art. 50 se rectificaría inmediatamente si la palabra "derecho" se sustituyera con la palabra "interés": "no es punible quien lesiona o pone en peligro un interés con el consentimiento de la persona que puede válidamente disponer de él"; la persona que puede válidamente disponer de un interés es precisamente aquella a quien compete para su desenvolvimiento un derecho subjetivo.

Hasta qué punto esté tutelado un interés mediante una facultad, y hasta qué punto lo esté, en cambio, mediante un derecho subjetivo y, por tanto, cuál sea la medida en que el orden jurídico hace depender de él la tutela de la voluntad del propio interesado, es a menudo una cuestión delicada, que no puede resolverse en otra forma que, en cada caso, sobre las normas jurídicas de donde resulta la protección del interés lesionado: hay casos en que la estructura de ellas permite inferir con facilidad la naturaleza del poder conferido al interesado; pero, en cambio, la solución de otros, desde este punto de vista del problema, no aparece a plena luz.

Por ejemplo, cuando el art. 832 del Cód. civ. estatuye que "el propietario tiene derecho a gozar y *disponer*, plena y exclusivamente de las cosas...", la naturaleza de *derecho subjetivo* reconocida a la *propiedad* se pone fuera de toda duda; justamente, así, en la nueva fórmula contenida en el art. 624 del Cód. pen. se ha omitido, a diferencia del art. 402 del código anterior, la necesidad del disenso, no tanto porque va implícita en el concepto de "sustracción", cuanto porque, siendo indiscutible la indicada naturaleza de la propiedad, la eficacia del consentimiento del propietario para excluir el hurto está ya establecida por el art. 50. Muy distinta es, en cambio, la dificultad de la solución del problema si el daño sobre las cosas se pasa al daño sobre el cuerpo humano. Un poder sobre el propio cuerpo reconoce ciertamente el orden jurídico a toda persona; pero, si ese poder

es una facultad o un derecho subjetivo, y hasta qué punto lo sea, es cosa que no cabe inferir sino de las mismas normas penales que prevén ese daño, y no sin dificultad. Advierto a este propósito que las hipótesis en las cuales se presenta, respecto del castigo del daño al cuerpo humano, la duda acerca de la eficacia del consentimiento del perjudicado, distan mucho de ser raras: aun prescindiendo del simple caso del llamado *homicidio consentido* (ejemplo: muerte de la mujer por su amante, previo acuerdo entre ellos de morir, a lo cual no sigue luego el suicidio del homicida), piense el lector en la muerte o en la lesión personal ocasionada mediante *operaciones quirúrgicas* o *competiciones deportivas*: en la mayoría de los casos de la primera especie y en todos los de la segunda hay el consentimiento del perjudicado. En cuanto a la operación quirúrgica es verdad que, consistiendo el daño en *no haberse logrado* el éxito de la intervención (de lo contrario no habría daño, sino provecho), se puede dudar si ha consentido en él el paciente; pero no es raro el caso de que éste haya sido advertido del riesgo y, no obstante, haya prestado su adhesión. Ahora bien, lo que se trata de saber es hasta qué punto sea eficaz ese consentimiento, lo cual sólo depende de saber hasta qué punto la tutela del interés en la integridad corporal, como suele decirse, o sea en el goce del cuerpo, dependa de la voluntad de la persona a quien pertenece el cuerpo. Puesto que la ley no dice directamente en cuánto puede la persona y en cuánto no puede disponer de su cuerpo, no se puede seguir otro camino que el de buscar si hay normas que indirectamente atribuyan esa disposición; tales normas se encuentran en la materia de la querella, que veremos es un acto de voluntad del ofendido, del cual depende en ciertos casos la punibilidad del daño. Evidentemente, en cuanto se hace depender de mi voluntad la punibilidad del daño irrogado a mi cuerpo, en esos límites la tutela del relativo interés se obtiene atribuyéndome un verdadero derecho subjetivo en lugar de una simple facultad; son, pues, decisivas para la solución de la duda las normas acerca de la dependencia del delito consistente en el daño corporal respecto de la querella de parte (arts. 581, 582<sup>2</sup>, 590<sup>1</sup>, Cód. pen.): de ello se deduce, ante todo, que el delito de homicidio no puede eliminarse nunca por el consentimiento del matado; por tanto, si a la muerte determinada por una operación quirúrgica o por una competición deportiva no se le reconoce carácter de delito, ello sólo puede ser por razones distintas de la aplicación del art. 50, y en la mayoría de los casos es por falta de dolo o de culpa; sólo en cuanto se trate del daño menos grave que responde al concepto del golpe o de ciertas lesiones personales leves, pese a la existencia del dolo o de la culpa, se podrá negar el delito en virtud del consentimiento de quien lo ha experimentado.

## SUBTÍTULO CUARTO

## DE LA LIMITACIÓN DE LA RELACIÓN PENAL

81. *Límites de la obligación penal.*—Hasta aquí hemos visto cómo la ley penal, para excluir la obligación penal y con ella el delito, toma en cuenta otras normas jurídicas, materiales o instrumentales, de las que inmediata o mediatamente resulta, por su incompatibilidad con la obligación o la facultad de ocasionar el daño, que no existe la obligación penal.

Ahora conviene observar otros casos en que esa misma ley penal, aun sin haber otra norma instrumental o material en virtud de la cual pueda excluirse la obligación penal, la hace desaparecer, sin embargo, en virtud de circunstancias particulares. Así, la ley penal pone, verdaderamente *límites a la obligación penal*, que no existe si se dan esas circunstancias. Veremos que la importancia de estos límites es tal, que constituyen las bases de la teoría general del derecho.

Estos límites tienen su fundamento en el *conflicto entre la obligación penal y una diversa situación jurídica que no podría actuarse sin ocasionar el daño, por lo cual es necesario ocasionarlo para su actuación*. Por tanto, es nota común a las instituciones que ahora trataremos de conocer el *estado de necesidad* en que se encuentra el agente respecto del daño por ocasionar, en el sentido de que no puede cumplir un deber o no puede ejercitar un poder sin ocasionar ese daño: aunque uno solo de los tres artículos del Código penal por los que se reconocen estos límites lleve el título del *estado de necesidad* (art. 54), sin embargo, verá el lector que de necesidad se habla también en los arts. 52 y 53; echará de ver inmediatamente también que, aun por otra razón distinta, no es feliz la rúbrica del art. 54, en cuanto no es sólo la necesidad de irrogar el daño lo que excluye su punibilidad, según la norma en él contenida, sino una particular necesidad de actuar una situación jurídica de contenido particular.

82. *Daño irrogado por la necesidad de cumplir una obligación inherente a una función pública.*—Aquí hay que meditar, ante todo, sobre el art. 53<sup>1</sup> del Cód. pen.: “no es punible el funcionario público que, a fin de cumplir con un deber de su oficio, hace uso u ordena hacer uso de las armas o de otro medio de coacción física cuando a ello se vea constreñido por la necesidad de rechazar una violencia o de vencer una resistencia a la autoridad”; el art. 53<sup>2</sup> equipara al funcionario público “cualquier persona que legalmente requerida por el funcionario público le preste asistencia”.

Evidentemente, esta norma integra la del art. 51<sup>1</sup>, en el sentido de que, aunque no exista una obligación específica de inferir el daño,



como está allí previsto, *incluye en la obligación derivada de una función pública el uso de la fuerza física necesaria para vencer una resistencia a su cumplimiento*; la fórmula del art. 53<sup>1</sup> es pleonástica y su rúbrica antonomástica: *el uso de las armas* no es más que un ejemplo de los medios de coacción física, y *el rechazar una violencia entra en el vencer una resistencia*, por lo cual, sin desconocer la oportunidad de esta ampliificación, para los fines legislativos, para los fines científicos cabe reducir útilmente la fórmula.

Su centro de gravedad está en la existencia de *un obstáculo físico al cumplimiento del deber*; aunque *para superarlo sea necesario ocasionar un daño, no tanto permite cuanto ordena la ley que sea ocasionado, si bien el daño sea tal, que el ocasionarlo en otra forma constituyera un delito*. Aquí, aunque el pensamiento vaya naturalmente al uso de las armas y, por consiguiente, al daño corporal, se incluye también la hipótesis del daño a las cosas; medite el lector, entre otros aspectos, acerca de la norma contenida en el art. 513<sup>2</sup>, Cód. de proc. civ.; si para “abrir puertas, escondites o recipientes” o para “vencer la resistencia opuesta por el deudor o por un tercero” a fin de llevar a cabo la pignoración, se ocasiona un daño a las personas o a las cosas que en otra forma constituiría un delito, su impunidad no se debe a ctra norma que a la del art. 53; precisamente en cuanto esa norma del Código penal integra la contenida en el Código de procedimiento civil, en el deber de abrir las puertas, los escondites, los recipientes, o de vencer la resistencia del deudor o de terceros, se comprende también el de ocasionar un daño, *en cuanto sea necesario*, aunque en otra forma ese daño fuera un delito.

Debemos llamar ahora la atención del lector sobre este otro punto: *la obligación penal desaparece en cuanto el obstáculo para el cumplimiento del deber no pueda evitarse en otra forma que mediante la lesión del interés y, por tanto, mediante la producción del daño*: la necesidad mencionada en el art. 53 se resuelve en el *deber ser* del daño como consecuencia del cumplimiento del deber, en forma que no se pueda cumplir el deber ser sin que ocurra el daño y, por tanto, en no poderse conciliar los dos términos: cumplimiento del deber e inmunidad del interés lesionado; por eso se excluye la necesidad del *poder ser* del cumplimiento del deber y de la evitación del daño. Cuando dentro de poco consideremos la fórmula del art. 54, en la cual el legislador no se ha contentado con referirse a la necesidad, sino que ha agregado que el daño no debe ser “en otra forma evitable”, sin negar que haya explicado así útilmente el concepto de la necesidad, deberemos reconocer que no ha dicho en verdad nada más de lo que hubiera dicho limitándose a hablar de necesidad; y que, por lo mismo, en este aspecto, ninguna diferencia existe entre el art. 53 y el art. 54.

A condición de que sea necesario, el daño así irrogado por el funcionario público no es delito, *cualquiera que sea su gravedad*; y,

por consiguiente, aunque el interés lesionado no sea equivalente al interés público, cuyo predominio se actúa mediante el cumplimiento del deber. En cambio, en este otro aspecto, hay una profunda diversidad entre el art. 53 por una parte y los arts. 52 y 54 por la otra, como veremos mejor dentro de poco: la naturaleza pública del deber cumplido basta para hacer que desaparezca la obligación, cualquiera que sea el valor del interés contrario que para su cumplimiento deba sacrificarse; por tanto, si no hubiese otro medio para eliminar la resistencia del deudor o de un tercero ante la pignoración, que el de matarlo, el funcionario judicial que hubiere realizado u ordenado su muerte, no tendría que ser castigado.

El art. 513 del Cód. de proc. civ., del que hace poco hemos tomado un ejemplo para aclarar la norma del art. 53 del Cód. pen., sirve también para mostrar la indiferencia, en cuanto a la aplicación de ésta, de que el obstáculo para el cumplimiento del deber provenga de la misma persona que es el sujeto pasivo de ese deber o provenga de un tercero: quienquiera que se oponga al cumplimiento de un deber público se expone a sufrir todo el daño necesario para vencer su resistencia.

Cuando se reflexiona acerca de la gravedad de la norma aquí considerada, se da uno cuenta de un límite señalado en ella y que no aparece a primera vista; la ley alude a él poniendo como ocasionador del daño, directo o indirecto, un *funcionario público*: la hipótesis del daño directamente ocasionado por él se prevé con las palabras "que hace uso de las armas", y la otra con las palabras "u ordena hacer uso". Ahora bien, la noción del funcionario público está definida por el mismo Código penal, en el art. 357, en relación con la *función pública* y, por tanto, remitiéndose a la distinción de la *función pública* respecto del *servicio público*, como se advierte mejor por la comparación entre el art. 357 y el art. 358, distinción que se debe aprender por la teoría del derecho administrativo; esto quiere decir que sólo en cuanto en el cumplimiento del deber pueda considerarse el ejercicio de una función pública se aplica el art. 53. Sin traspasar los límites de la ciencia del derecho penal, disertando acerca de la diferencia entre función pública y servicio público, sólo haré la observación, a manera de ejemplo, de que, mientras no resulte dudosa la aplicación del art. 53 al daño irrogado para vencer la resistencia a la ejecución de la pignoración, sería igualmente manifiesta su inaplicabilidad al caso de la violencia ejercida, con armas o sin ellas, por un conductor o por un revisor ferroviario para constreñir a un viajero a que desalojara el coche en que no tuviera derecho a viajar.

En cambio, si el *deber es privado* o, *aun siendo público, es inherente a un servicio público* y no a una función pública, la punibilidad del delito irrogado en su cumplimiento se regula exclusivamente por el art. 51, no también por el art. 53; lo cual quiere decir que sólo en

cuanto exista un deber específico de ocasionar ese daño se puede admitir la impunidad.

La consecuencia que, dentro de la teoría general, se saca del art. 53, es que la *obligación inherente al ejercicio de una función pública comprende el uso de la fuerza en cuanto sea necesaria para superar los obstáculos físicos opuestos a su cumplimiento*, la cual no es, como en el caso del art. 51, *obligación de ocasionar el daño*, sino *obligación de emplear la fuerza pese al daño que de ello pueda seguirse*; en la medida de esta distinción podrá diferenciar fácilmente el alumno, en orden al daño ocasionado, la posición jurídica del soldado y del verdugo, de los cuales sólo el primero, y no también el segundo, tiene la obligación jurídica de matar; para el segundo podrá derivarse esa obligación de la orden de un superior, pero en tal caso se convierte él en verdugo.

83. *Daño ocasionado en guerra.*—La comparación que hemos venido haciendo entre el art. 51 y el art. 53 puede ser oportunamente aquilatada con algunas reflexiones acerca del daño ocasionado con actos de guerra.

No ha de creerse que la guerra esté fuera del derecho, de manera que el jurista, y en particular el cultivador del derecho penal, tenga que cerrar los ojos ante ella; y tampoco que de ella sólo pueda y deba ocuparse el derecho internacional: ciertamente, constituye ella tema primordial del derecho internacional, del cual incluso hay que decir que no será verdadera y plenamente derecho, sino cuando la guerra venga a ser un delito y, por tanto, también en el campo internacional surja la figura del delito junto a la del contrato. La verdad es que todo ordenamiento jurídico y, por tanto, también y más aún el llamado derecho *interno* (que incluso actualmente constituye el único verdadero y pleno ordenamiento jurídico) es, según enseña la teoría general del derecho, *cerrado o completo*, en el sentido de que no hay hecho alguno que escape a su valoración: la muerte de un hombre o la destrucción de una cosa en tiempo de guerra debe encontrarse, por consiguiente, en el derecho penal su valor, como lo encuentra toda otra muerte o destrucción.

Si no hubiese más que el Código penal común, se superaría fácilmente la tentación de resolverlo con el art. 51, mediante la comparación de su norma con la del art. 53, del cual salta a la vista que para la aplicación del primero es necesario que el deber jurídico tenga como contenido específico el cumplimiento del hecho o, en otras palabras, la producción del daño previsto por la ley como delito; pero está claramente excluido que el soldado tenga el deber de matar o de destruir, toda vez que la función militar consiste en la defensa del Estado contra los peligros externos: el militar no tiene mayor deber de matar al enemigo que un carabinero el de suprimir a un malhechor; es verdad únicamente que la defensa del Estado contra los

peligros externos es un deber que desgraciadamente exige, todavía en la fase actual de la civilización, el uso de las armas o en general de medios de coacción física, a fin de resistir a la violencia o de vencer la resistencia que se opone a su cumplimiento: ahora bien, ésa es precisamente la situación prevista por el art. 53, y no haría falta otra cosa para concluir que la muerte del enemigo o la destrucción o sustracción de cosas del enemigo no son delitos en cuanto se aplique a ellos esa norma del Código penal. Esto quiere decir, que no cualquier daño inferido al enemigo es penalmente lícito, sino sólo el daño que se irrogue en las condiciones previstas por el art. 53. A este propósito, no habiendo duda de que el deber militar corresponde a una función pública y no simplemente a un servicio público, el problema se refiere solamente a la existencia del vínculo de necesidad entre el daño ocasionado y el deber cumplido; ciertamente, la necesidad debe ser ampliamente valorada, esto es, con referencia al conjunto de las exigencias bélicas, y no con visión restringida al caso singular; pero cuantas veces no resulte la necesidad, se debe excluir la licitud del acto: así, la muerte del enemigo que se rinde, o peor aún, la muerte del prisionero, no pueden menos de ser (desde el punto de vista objetivo y salvo, naturalmente, toda investigación acerca del elemento subjetivo) un delito, como es un delito la ofensa al cuerpo y a las cosas de la población civil e inermes. Que el desorden social ocasionado por la guerra no consienta las iniciativas que veremos ser necesarias para poner en movimiento el proceso penal, por lo que termina por faltar en esos casos al delito la consagración del juicio, es hasta cierto punto inevitable; pero hay que considerar esto como un fracaso del ordenamiento jurídico y, por tanto, como algo que ocurre *contra el derecho*, no *según el derecho*; y el jurista, que no es digno de tal nombre si no sabe dominar la pasión y contemplar en toda contingencia serenamente la vida, no cumple con su deber ni contribuye en la medida de sus fuerzas a la marcha de la civilidad si no tiene el valor de proclamarlo.

Para honor de nuestro país, donde no se ha extinguido la luz de la ciencia penal, se han aplicado fielmente estos principios en el Código penal militar de guerra, cuyo título cuarto, relativo a los *delitos contra las leyes y los usos de la guerra*, querrá a este punto recorrer el alumno: aparte la dudosa exactitud de esta fórmula, verá cómo en el principio del *estado de necesidad* se han inspirado correctamente sus normas: fije particularmente su atención sobre los *actos ilícitos contra personas privadas enemigas o en daño de bienes enemigos* (arts. 185 y sigtes.), sobre los que constituyen *violación de los deberes para con enfermos, heridos, náufragos o muertos y para con el personal sanitario* (arts. 190 y sigtes.) y, por último, sobre los *delitos contra los prisioneros de guerra*; considere asimismo el art. 177, donde se trata de la *violencia alevosa* y de la *rendición a discreción*, y saque de todo ello el consuelo de saber que muchos de los horro-

res, en medio de los cuales se desarrolla en estos días nuestra vida, están condenados no sólo por la ley moral, sino también por la ley italiana.

84. *Daño irrogado por la necesidad del ejercicio de una facultad.*— Esta otra hipótesis está prevista por dos normas diferentes, contenidas en los arts. 52 y 54 del Cód. pen., cuyas rúbricas responden a dos nombres tradicionales: *legítima defensa* y *estado de necesidad*. Las dos instituciones así denominadas tienen algo de común y algo en que discrepan.

Una y otra se refieren a un límite impuesto a la obligación penal por su conflicto con una *facultad*; por qué digo *facultad*, en vez de *derecho*, lo he explicado ya en otra ocasión: en efecto, el art. 52 habla de “defender un derecho propio o ajeno”; la palabra *derecho* o *facultad* no se encuentra, en cambio, en la fórmula del art. 54, pero cualquiera echa de ver que el “salvarse a sí mismo o salvar a otro del peligro de un daño... para la persona” equivale a *defender el derecho propio o ajeno sobre la persona*.

Una y otra hacen depender el límite de la existencia de un *peligro de lesión del interés garantizado por la facultad*; en el art. 52 se dice: “defender un derecho propio o ajeno contra el *peligro actual*”; en el art. 54: “salvarse a sí mismo o salvar a otro del *peligro actual*”. El daño, para que se actúe la una o la otra de dichas dos normas, debe ser *necesario para evitar el peligro*; o sea, a fin de que no se verifique el otro daño, como se precisará mejor más adelante. Ambas normas quieren que el peligro sea *actual*; este requisito se refiere al lapso que va entre la previsión del daño y la verificación de él, el cual, para que el peligro sea actual, debe ser breve, y por ello póngase el daño en un *futuro próximo*, no en un *futuro remoto*. Prácticamente, el requisito tiende a advertir que, mientras hay tiempo, se debe buscar cualquiera otra solución antes de adoptar aquélla, a fin de evitar un daño que ocasiona otro; pero, lógicamente, si esta solución del conflicto es necesaria, la actualidad del peligro debiera ser indiferente.

Tanto en el art. 52 como en el art. 54 se exige finalmente la *proporción entre la defensa y la ofensa* (art. 52) o *entre el hecho y el peligro* (art. 54); con este modo de expresarse, aproximativo pero expresivo, se refiere la ley a una exigencia de equilibrio que se puede formular más correctamente diciendo, en general, que *el daño ocasionado no debe ser más grave que el daño evitado*. Con ello se funda la norma en la estimación social de los bienes y de los intereses que, en cuanto no puede hacerse por medio de reglas de experiencia, se encomienda naturalmente a la intuición. Por lo demás, pronto veremos que una regla para la valoración está implícitamente establecida por la ley misma y surge de la diferencia entre la *legítima defensa* y el *estado de necesidad* a que nos referiremos dentro de poco.

Por último, tanto el art. 52 como el art. 54 limitan la obligación

penal no sólo cuando la necesidad de inferir el daño se verifique por el ejercicio de *una facultad propia*, sino también cuando ello ocurra por el de *una facultad ajena*: el art. 52 habla de “derecho propio o ajeno” y el art. 54 habla de “salvarse a sí mismo o salvar a otro del peligro”; siempre que el daño sea necesario para evitar otro que por su naturaleza estima más grave la ley, es indiferente que lo ocasione el mismo que hubiera de sufrir el daño más grave o una persona distinta de él; lo que *interest rei publicae* es que ocurra el daño menor, a cuyo fin es oportuno que desaparezca no sólo la obligación penal del amenazado, sino la de cualquier otro.

De estas últimas reflexiones surge claramente la *ratio* de las instituciones que estamos considerando, consistente en la conveniencia de que, si de dos daños no se puede evitar uno, se evite el más grave; ya veremos cómo esta razón se explica diversamente en las dos hipótesis de la *legítima defensa* y del *estado de necesidad*.

Ahora convendrá que nos refiramos concretamente a la diferencia entre las dos instituciones, que en un caso se refiere a la *cualidad económica* y en el otro a la *cualidad jurídica* del daño.

85. *Daño irrogado por la necesidad del ejercicio del derecho sobre la persona (estado de necesidad)*. — Quien compara las fórmulas del art. 52 y del art. 54 del Cód. pen., pronto advierte que la *diferencia específica* entre ellas está, ante todo, en que, mientras en el primero se habla genéricamente de “un derecho”, el segundo limita la hipótesis, como hemos dicho, al *derecho sobre la persona*; aquí juega la *preeminencia de los intereses que tienen como objeto la persona* sobre los que *se refieren a las cosas*; resulta, por tanto, de la fórmula del art. 54 que la ley considera en todo caso más grave el daño inferido a la persona que el irrogado a las cosas; verdaderamente, en relación a la cualidad personal del daño, se establece un límite de la obligación penal, que no existe, por el contrario, si lo que corre el peligro es una cosa.

Del mismo art. 54 se deduce, por tanto, el criterio fundamental para establecer el valor del daño irrogado en proporción del daño evitado: *mientras para evitar un daño a la persona se irroga un daño a las cosas, cualquiera que sea el valor de ellas, se excluye la punibilidad*; en efecto, si la ley no estimase en cualquier caso más grave el daño personal que el daño real, no limitaría el art. 54 la *punibilidad* al peligro de un daño contra la persona. Por lo demás, quiere la ley que el daño evitado a la persona sea *grave* y, por tanto, que consista en la *lesión de uno de los intereses primarios que tienen como objeto la persona*. Esto no quiere decir, sin embargo, que sólo el daño consistente en la *lesión a la integridad física* sea considerado por el art. 54: si, por ejemplo, a fin de salir de un lugar donde se haya quedado fortuitamente encerrada con peligro de no poderse liberar durante bastante tiempo, una persona irrogase tales daños a las cosas de otro que en otra forma serían punibles según el art. 635

del Cód. pen., habría que excluir el delito, aunque no corriese ningún riesgo de morir de hambre y por más preciosas que fuesen las cosas deterioradas o destruidas; es un grave daño para la persona el verse privada durante bastante tiempo de su facultad de movimiento; a quien ha irrogado el daño cabría, en tal caso, considerarlo obligado a resarcir al propietario por las cosas destruidas o deterioradas, según el art. 2045 del Cód. civ., pero no podría castigársele.

Más delicada es la aplicación del art. 54 cuando, para evitar un grave daño a una persona, se irroga un daño a otra; en tal caso, la impunidad depende de la comparación entre ambos daños, de los cuales el daño irrogado sea decididamente menos grave que el daño evitado: en este sentido debe considerarse la fórmula "siempre que el hecho sea proporcionado al peligro". El sentido de la proporción exige tal diferencia entre los dos daños, que no haya duda de que uno de ellos sea menor: cuando, por ejemplo, al arrojarse uno a salvar a un niño expuesto entre los rieles a ser arrollado por un tren, tropezase violentamente con otras personas y les ocasionara lesiones, nadie pondrá en duda que este daño es proporcionado al peligro y que, por tanto, esas lesiones no constituyen delito.

La persona que corre el peligro no debe, sin embargo, *haberse expuesto voluntariamente o tener obligación de exponerse* al daño evitado; en el primer caso, el sacrificio de otro no sería conforme a la ley moral, la cual exige que cada uno sufra las consecuencias de sus propias acciones; en el segundo, no sería conforme con la ley jurídica, la cual, al imponer a uno la obligación de exponerse a un peligro, quiere que el daño relativo sea soportado, si se verifica, por él y no por otros; debe tratarse, sin embargo, como sagazmente se dice en el parágrafo del art. 54, no tanto de una obligación *jurídica*, y no puramente moral, cuanto de una obligación jurídica particular, o sea relativa a *ese peligro*; y, por tanto, derivada de una valoración *específica* de la conveniencia de que la persona se exponga a ese peligro y, por consiguiente, deba sufrir ese daño, si no logra evitarlo.

86. *Daño irrogado por legítima defensa.* — También de la comparación entre el art. 54 y el art. 52 surge que, mientras en el primero tiene importancia la cualidad económica del peligro, que debe tener como objeto la persona, en el segundo se pone de relieve su cualidad *jurídica*; la diferencia se concreta en las dos fórmulas, la segunda de las cuales, en lugar de *daño*, emplea la palabra *ofensa*; *ofensa* es *daño injusto*, o sea *daño contra ius*, *lesión de un interés protegido por el derecho*; incluso la preocupación de destacar esa cualidad jurídica del daño ha llevado al legislador más allá de lo conveniente con la frase "ofensa injusta", que se resuelve en una manifiesta tautología: la *ofensa*, que es el equivalente italiano (o castellano) de la *iniuria* en latín, no puede menos de ser *contra ius*.

Cuando el peligro no es solamente de un daño, sino de una ofensa, no resulta necesario que se refiera a la persona para que sea lícito

el daño irrogado por la necesidad de evitarlo: también para evitar un daño injusto a las cosas se puede inferir un daño, con tal que sea proporcionado, aunque esté previsto en sí mismo como delito por la ley.

El criterio de la valoración comparativa de los dos daños no puede ser, sin embargo, idéntico al que hemos expuesto en el punto anterior respecto del art. 54; en otras palabras, la proporción entre daño inferido y daño evitado, cuando este último sea injusto, no puede ser la misma que cuando se prescinda, por el contrario, de su injusticia. En este último caso vemos, para que el daño no sea punible, la necesidad de que sea *menos grave económicamente que el daño evitado*; pues, de lo contrario, desaparece la razón de la impunidad. Por eso no sería lícito, según el art. 54, *matar para no ser matado*, en cuyo caso cualquiera ve que la sociedad nada ganaría en el cambio; ni se podría hablar de diferencias acerca del valor social de la persona, ya que todos los hombres son iguales ante el Estado, como lo son ante Dios. Por el contrario, *matar para no ser matado* todos saben que es lícito según el art. 52, y la razón de la diferencia está precisamente en la injusticia del daño evitado en este caso. En igualdad de valor económico, es incomparablemente más grave que el daño justo, el daño injusto; o sea, incomparablemente más grave que el daño que no es una ofensa, el daño que lo es. Por eso, mientras que la fórmula del art. 54 “siempre que el hecho sea proporcionado al peligro” debe interpretarse en el sentido de que *el daño evitado sea económicamente más grave que el daño ocasionado*, la fórmula del art. 52 “siempre que la defensa sea proporcionada a la ofensa” debe entenderse, por el contrario, en el sentido de que *el daño inferido no sea económicamente más grave que el daño evitado*.

Naturalmente, respecto de lo que dijimos acerca del art. 54, en cuanto a la valoración comparativa de los dos daños, entra en juego primeramente la naturaleza *personal* o *real* de los intereses a que se refiere el daño: el daño a la persona, con tal que no sea económicamente despreciable, es siempre más grave que el daño a las cosas. Aparte este criterio, la aplicación tanto de la una como de la otra fórmula no puede hacerse sino de acuerdo con las reglas de la experiencia común y, como suele decirse, del sentido común.

Puesto que la acción dirigida a evitar un daño se llama *defensa*, la dirigida a evitar el daño *injusto* tiene que llamarse *justa defensa* o, según el uso y la ley misma, *legítima defensa*. Ahora bien, la legítima defensa, resolviéndose como hemos visto en la *sustitución de un daño injusto por un daño justo*, reclama en forma sugestiva el concepto de la *pena*. Lo común entre los dos conceptos es la relación entre dos daños o, si queremos hablar genéricamente, entre dos males: también a la legítima defensa se puede adaptar la fórmula del *malum passionis ob malum actionis* [mal de pasión, o pasivo, por mal de acción o activo], donde un mal tiene su razón en el otro; también



la pena, como la defensa, debe ser proporcionada a la ofensa. Lo diferente entre los dos conceptos es que, para la legítima defensa, el daño injusto se sustituye con el peligro: la legítima defensa obra antes de que se verifique el daño injusto; la pena, después de haberse él verificado. Por eso, la legítima defensa es *sustitución del daño injusto por un daño justo*, mientras la pena es *adición del uno al otro*.

Evidentemente, después de esto, el *vim vi repellere licet* [es lícito repeler la violencia con la violencia] es verdadera fórmula de higiene social; el uso de la fuerza para defender el derecho propio o ajeno, cuando el hecho presente los caracteres del art. 52, no tanto lo tolera cuanto lo desea la ley, lo que resulta de la comparación entre las dos fórmulas, de la legítima defensa y de la pena, ahora propuesta: entre el caso de quien mata para salvarse de la muerte y el de quien es matado por haber matado, la diferencia, *quoad rem publicam* (en lo que a la cosa pública se refiere) no tiene necesidad de demostración.

87. *Retorsión*. — Se puede preguntar ahora hasta qué punto sea conveniente un límite a la obligación penal y cómo lo admita la ley en consideración no tanto del fin de evitar la ofensa cuanto del de castigarla. Esta pregunta proviene del fundamento moral de la pena de que hablamos al principio y del que es expresión típica la *pena privada*: es impulso natural y a menudo irresistible en quien ha experimentado una ofensa, el de reaccionar infligiendo una pena. Cómo y por qué las exigencias de la civilización induzcan a frenar ese impulso, es, en último análisis, la historia del derecho: el defecto de la pena privada está en un doble peligro, en el de *judicare in causa propria* y en el de no tener el ofendido fuerza suficiente para evitar las ulteriores reacciones del ofensor; por lo cual la pena privada, en lugar de restablecer el orden, puede terminar por aumentar el desorden social. Por lo demás, la institución de la pena privada no ha desaparecido enteramente en el derecho moderno, ni podría desaparecer: en otras palabras, la reacción del ofendido está en grandísima parte refrenada, pero no eliminada, por la ley.

Una primera manifestación de ello se encuentra, en materia de *delito de injuria*, en el art. 599 del Cód. pen., según el cual, “en los casos previstos por el art. 594, si las ofensas son recíprocas, el juez puede declarar no punibles a uno o a ambos ofensores”. Aquí es evidente que, en cuanto haya declaración de no punibilidad, *una ofensa se considera pena de la otra*; por lo cual no hay necesidad de un nuevo daño para restablecer el orden social. La posibilidad de que ninguno de los dos injuriadores sea castigado, se explica por otra parte reflexionando que, si una de las dos injurias constituye una pena, no sólo es justo no castigar a quien la ha inferido, ya que en vez de ofender ha castigado, sino que es justo incluso que el otro no sea castigado porque con la injuria recibida sufrió ya la pena; por eso, la potes-

tad atribuída al juez de no castigar a uno solamente de los ofensores, se refiere a los casos de *desproporción entre las ofensas recíprocas*.

En estos casos se habla de *retorsión*, palabra que alude a rechazo, o como a un retorno, de la ofensa del ofendido al ofensor.

88. *Provocación*. — Fuera del caso previsto en la primera parte del art. 599 Cód. pen., la ofensa recibida puede reaccionar sobre la obligación penal, debilitándola o haciéndola desaparecer totalmente por medio del *estado de ira* del ofendido. En estos casos se habla de *provocación* (cfr. la rúbrica del art. 599 del Cód. pen.), que es un concepto ambiguo y complejo, atinente a la vez al elemento objetivo y al elemento subjetivo o, mejor, a la relación penal y al carácter de reo.

Para que haya provocación es necesario ante todo que el ofensor padezca un *daño injusto*: todas las normas del Código penal que la prevén, ponen como extremo de él la injusticia; ni el art. 62, n. 2, ni el art. 599 reproducen la fórmula del art. 52, en cuanto se habla también de “ofensa injusta”, de “hecho injusto”; que el hecho deba ser dañoso, está implícito en su injusticia, ya que puede muy bien haber *damnum* sin *iniuria*, pero no *iniuria* que no se resuelva en un *damnum*; el concepto de ofensa vuelve a aparecer en el art. 587 del Cód. pen. (*homicidio o lesión personal por causa de honor*).

Pero el hecho injusto del ofendido no basta para constituir la retorsión sin el “estado de ira”; quien ante la ofensa logra mantener la tranquilidad, debe reaccionar según la ley y no por sí mismo. *Ira* se llama precisamente la reacción psíquica, o más exactamente sentimental, contra la ofensa; desde el punto de vista psicológico es uno de los estados emotivos o, cuando llega a un cierto grado, pasionales de que habla el art. 90 del Cód. pen.; desde el punto de vista moral es un pecado, porque niega la paciencia y el perdón; desde el punto de vista natural es una secuela de la ofensa difícilmente evitable, que el derecho no podría menos de tomar en cuenta. En cuanto, como pronto veremos, lo toma en cuenta, las normas relativas constituyen una derogación al principio general del art. 90.

a) Si la ofensa provocada tiene el carácter de la injuria o de la difamación (arts. 594 y 595, Cód. pen.), siempre que siga inmediatamente la ofensa del otro, la ley excluye su punibilidad (art. 599<sup>2</sup>, Cód. pen.). La diferencia en la no punibilidad de la injuria en los dos casos previstos por el primero y por el segundo apartado del art. 599, a saber, de la no punibilidad por retorsión o por provocación, se refiere al estado de ira, del que depende en el segundo caso, y no en el primero, la punibilidad; esto quiere decir que, en tal caso, la injuria o la difamación a cargo del ofensor se considera una pena, y no un delito, a condición de que sea efecto inmediato de la ira determinada en el ofendido.

b) Si la ofensa provocada constituye un delito diferente de los dos delitos contra el honor previstos en los arts. 594 y 595, la provocación

no excluye la punibilidad, pero la atenúa, según el art. 62, n. 2 del Cód. pen.; la atenuación de mayor relieve la establece el art. 587 respecto del homicidio o de la lesión personal cuando el estado de ira lo haya determinado el descubrimiento de “ilegítima relación carnal” del cónyuge, de la hija o de la hermana del reo; con tal que la muerte o la lesión sea ocasionada “en el acto”, esto es, inmediatamente después de dicho descubrimiento.

### SUBTÍTULO QUINTO

#### DE LA CALIFICACIÓN DE LA RELACIÓN PENAL

89. *Relación penal calificada.* — Para hacerse cargo del aspecto de la teoría de la relación penal que vamos a exponer aquí, compare el alumno los dos primeros artículos del libro segundo del Código penal: una diferencia que debe saltarle inmediatamente a la vista es que, en el art. 242, la fórmula no comienza, como lo hace el art. 241, con un “quienquiera que”, sino con las palabras “el ciudadano”: basta esta para inferir que hay delitos que pueden ser cometidos por *quienquiera* y otros que sólo pueden cometerlos *ciertas personas*; esto quiere decir que la obligación penal no surge a veces sin un *quid*, que ahora trataremos de determinar.

Pero antes se han de recoger otros datos para la reflexión: por ejemplo, la calidad de cónyuge en quien irroga el daño sirve a veces para convertir en delito un hecho que en otra forma no se castigaría (la infidelidad sexual de la esposa constituye *adulterio*, pero no así la de la novia; art. 559, Cód. pen.); en cambio, otras veces, sirve para excluir el delito un daño que de lo contrario se castigaría (la sustracción de cosa mueble, con los caracteres previstos por el art. 624, no es hurto si quien la comete es esposa del *dominus*; art. 649, n. 1, Cód. pen.).

Otro orden de datos análogos es el siguiente: utilizar en propio provecho una cosa encomendada para su custodia no es *apropiación indebida* (art. 646, Cód. pen.), sino *peculado* (art. 314, Cód. pen.), si la utilización se hace por obra de un *funcionario público* que tenga la posesión de la cosa por razón del cargo; y esa misma apropiación indebida se castiga diversamente si la cosa es objeto de un *depósito necesario* (art. 646<sup>2</sup>) o si entre el ofensor y el ofendido median relaciones domésticas, de cargo, de prestación de obra, de cohabitación o de hospitalidad (art. 61, n. 11, Cód. pen.).

Una primera reflexión, posible desde ahora, es que puede haber un *quid* que reaccione sobre la valoración del conflicto de intereses *calificándolo penalmente*, ya en el sentido de *constituir*, ya en el de *excluir*, ya en el de *modificar* la relación penal.

Si se investiga ahora qué es ese *quid*, se observa que consiste en una relación *diversa* e incluso *inversa* de la relación penal: al ciudadano, y no al extranjero, se le impone una obligación penal, porque ante el Estado tiene ciertos derechos que no competen al extranjero; una verdad análoga surge de la comparación entre la esposa y la novia, en cuanto a la obligación penal de fidelidad; por el contrario, la exención de la esposa de la obligación penal de no sustraer cosas muebles del marido se explica por los deberes de cohabitación y de asistencia que le impone el matrimonio; y si la obligación penal de no utilizar en propio provecho las cosas encomendadas es más grave en aquellos respecto de los cuales el habérselas encomendado depende de prestación de obra, es igualmente claro que ello ocurre en consideración a los correlativos derechos que la prestación de obra atribuye al tenedor.

Cuando la razón de la existencia o de la medida de la relación penal está en una relación diversa, de ordinario el sujeto de la obligación penal se denota como el sujeto de esa diversa relación (no penal); así se explica la diferencia observada en la fórmula entre el art. 241 y el art. 242 del Cód. pen., en el primero de los cuales el precepto se refiere a “quienquiera” y en el segundo a “el ciudadano”; pero no todas las fórmulas están así construídas. En efecto, otras veces la ley se refiere directamente a la relación no penal relevante en cuanto a la relación penal; véase a este propósito la fórmula del art. 61, n. 11, donde se habla, precisamente, de “relaciones” domésticas, de cargo, de prestación de obra, de cohabitación, de hospitalidad.

Se dice, pues, aquí relación penal *calificada* para denotar la *relación penal en cuanto experimenta la reacción en sentido constitutivo, impeditivo o modificativo, de una relación no penal*.

En alguna tentativa anterior de sistematizar los fenómenos aquí destacados, en lugar de *calificación* (de la relación penal), he hablado de *legitimación* (para el delito). El cambio se debe tanto a la conveniencia de una distinción más profunda entre el estudio estático y el estudio dinámico del acto, como al fin de estas lecciones, que no es el de construir una teoría general para la que sea necesaria la comparación del delito con las otras especies del acto jurídico, sino una teoría particular del derecho penal.

90. *Relación calificante*.— Quien quiera recorrer los artículos del Código penal, observará en primer lugar cuán rica es la casuística de la relación calificadora, para conocer la cual tenemos que clasificarla.

La relación calificante puede ser, en primer lugar, una relación *jurídica* o simplemente *social*; la distinción se muestra en la fórmula del art. 61, n. 11, donde las relaciones de “cohabitación” o de “hospitalidad” pertenecen ciertamente a la segunda categoría; y las de la “prestación de obra”, ciertamente a la primera. Otras fórmulas gené-

ricas alusivas más bien a la naturaleza social que a la jurídica de la relación calificante pueden leerse en los arts. 531, 571, 572, 591, del Cód. penal. El principio que de ellas se desprende es la suficiencia de una relación no jurídica para determinar la calificación.

En el campo de las relaciones jurídicas, la relación calificante puede ser *simple* o *compleja* o, en otras palabras, una pura *relación jurídica* o un *status*. También a este propósito deberá informarse el alumno sobre el concepto del *status* en la teoría general, por la cual aprenderá, entre otras cosas, que el concepto de *status* está aún en elaboración y tiende a ampliarse, para comprender toda *situación jurídica*, no tanto *compleja* cuanto *concursal*, en el sentido de abarcar una *pluralidad de interesados*: si se sigue esta directiva, se verá un *status*, y no una simple relación jurídica, también en el caso previsto, por ejemplo, en el art. 627, donde la “sustracción de cosas comunes” supone en quien la hace la calidad de “copropietario, socio o coheredero”; la misma copropiedad, aunque los copropietarios no sean más que dos, implica una pluralidad de interesados, ya que cada una de las dos relaciones media entre el *dominus* y todos los *non domini*. De todos modos, la antítesis entre *relación simple* y *status* se puede advertir comparando el art. 646<sup>3</sup>, donde se prevé como relación calificadora el *depósito necesario*, con el art. 559, donde calificante es el *status matrimonial*. Cabe agregar que en el número de las relaciones calificantes es muy numerosa la categoría de los *status*: *ciudadano*, *cónyuge*, *padre*, *hijo*, *descendiente*, *ascendiente*, *funcionario público*, etc.

Hay relaciones calificantes de *derecho público* y de *derecho constitucional* (ejemplo, *ciudadano*: arts. 242, 246, 250, 269, 274<sup>4</sup>, 275); en el *derecho procesal* (ejemplo, *juez* o *funcionario del ministerio público*: art. 328<sup>5</sup>; *custodio*: arts. 334, 339; *adscrito a un establecimiento penal*: art. 716; *patrocinador* o *consultor técnico*: arts. 382, 598; *parte del proceso*: art. 598; *condenado*: arts. 707, 708); en el *derecho administrativo* (ejemplo, *oficial* o *agente de policía judicial*: art. 363; *militar* o *agente de la fuerza pública*: art. 329; *adscrito al servicio de correos, telégrafos y teléfonos*: arts. 619, 620; *adscrito a un establecimiento de curación* o *de seguridad*: art. 716; *quien ejerza una profesión sanitaria*: arts. 717, 728, 730); otros son mixtos, en el sentido de que pueden asignarse a una u otra rama del derecho público (*funcionario público*: arts. 263; 314 y sigtes., 520 en relación con el art. 357; *encargado de servicio público*: arts. 263, 314 y sigtes., en relación con el art. 358; *quien ejerza un servicio de necesidad pública*: arts. 330, 331, 333, 481 en relación con el art. 359). Entre las relaciones de derecho privado, unas se refieren al *derecho familiar* (*cónyuge*: arts. 531, 532, 556, 559, 560, 587, 591, 605, 649; *cónyuge separado*: art. 561; *progenitor*: arts. 570, 587, 591, 671, 713, 732; *hijo*: art. 591; *ascendiente*: arts. 519, 531, 532, 564, 576, 577, 605, 649; *descendiente*: arts. 564, 576, 577, 605, 649; *hermano* o *hermana*: arts. 531, 532, 564, 587, 649; *pariente próximo*: arts. 307, 386, 399, 418; *afín*: arts. 531, 532, 564, 569; *adoptan-*

*te*: arts. 531, 591, 649; *adoptado*: arts. 591, 649; *tutor*: arts. 519, 531, 570, 591, 671, 731, 732); otros al derecho *patrimonial* (*copropietario*, *socio*, *coheredero*: art. 627; *poseedor*: arts. 486 y 636; *empresario*: arts. 591, 635; *trabajador*: arts. 61, n. 11, 533, 571 y sigtes.). No es ésta una relación completa, sino una lista de ejemplos que pueden llamar la atención de los estudiosos sobre la imponente masa de datos que esperan de su trabajo una sistematización completa.

Ayudará a los fines de ésta distinguir entre las diversas formas de eficacia de la calificación, según que de ella dependa la *existencia* o *inexistencia*, o la *calidad* o la *gravedad* del delito: en el primer caso la eficacia se llama *constitutiva*, en el segundo *impeditiva*, en el tercero *modificativa* y en el cuarto *agravante* o *atenuante*.

91. *Calificación constitutiva*. — Hay, pues, delitos que no pueden cometerlos sino personas dotadas de cierto *status* o que, como quiera que sea, se encuentren con la otra parte en cierta relación no penal: éstos se pueden denominar, en comparación con los delitos *simples* o *comunes*, *delitos calificados*.

La zona donde el delito calificado se presenta con mayor frecuencia es la que ya hemos establecido que se llame de los delitos *sociales*; en esta categoría veremos, en el curso del libro segundo, cómo se distinguen en particular los delitos *políticos*, los delitos *judiciales*, los delitos *administrativos*, los delitos *familiares*, entre los cuales la figura del delito calificado asume notable importancia; recuérdense, en cuanto a los delitos *políticos*, entre otros, los arts. 242 (ciudadano que hace armas contra el Estado italiano), 246 (corrupción del ciudadano por parte del extranjero), 250 (comercio con el enemigo); en cuanto a los delitos *judiciales*, los arts. 361 (no denuncia de delitos por parte del funcionario público), 362 (no denuncia por parte de un encargado de servicio público), 364 (no denuncia de delitos por parte del ciudadano), 365 (omisión del parte), 366 (omisión de funciones legalmente debidas), 371 (falso juramento de las partes), 372 (falso testimonio), 373 (falsa pericia o interpretación), 380 (patrocinio o consulta infiel), 381 (otras infidelidades del patrocinado o del consultor técnico), 382 (crédito simulado del patrocinador), 383 (evasión); en cuanto a los delitos *administrativos*, todo el primer capítulo del título segundo, cuya rúbrica habla precisamente de delitos de los funcionarios públicos contra la administración pública; en cuanto a los delitos *familiares*, los arts. 556 (bigamia), 559 (adulterio), 560 (concubinato), 564 (incesto), 570 (incumplimiento de la obligación de asistencia familiar).

Tampoco ésta es una lista completa de los delitos calificados, sino sólo una abundante ejemplificación, hecha a fin de mostrar la importancia del fenómeno aquí observado, consistente en que la *relación penal*, en estos casos, no puede vivir aislada, sino solamente combinada con una diversa relación no penal.

92. *Calificación impeditiva.*— Más raro es el caso en que al *status* o, en general, a la relación no penal se le atribuya eficacia impeditiva del delito; recuérdense los arts. 307 y 418<sup>3</sup> del Cód. pen., según los cuales el hecho de que el agente sea pariente próximo de los asociados excluye el delito de asistencia a los participantes en conspiración o de la banda armada o de asociación para delinquir; el art. 649, que excluye igualmente la existencia del delito contra el patrimonio en virtud del *status familiar* en él previsto; el art. 598, según el cual el *status de parte* o de *defensor* quita carácter de injuria o de difamación a las ofensas contenidas en escritos o discursos dirigidos a la autoridad judicial o administrativa y relativos al objeto de la causa o del recurso; el art. 728, que estatuye la no punibilidad del tratamiento idóneo para suprimir la conciencia o la voluntad ajenas, hecho con un fin científico o de curación “por quien ejerce la profesión médica”.

La fórmula de la eficacia penal impeditiva del *status* o de la relación calificante es, naturalmente, inversa a la de su eficacia constitutiva: aquí, para existir, la relación penal no ya debe coexistir con otra relación diversa, sino que debe excluirse su coexistencia; en otras palabras, hay una incompatibilidad entre ambas relaciones.

93. *Calificación modificativa.*— La importancia penal del *status* o de la relación calificante, en lugar de los dos sentidos opuestos hasta ahora considerados, puede manifestarse de manera que transforme, si la relación penal coexiste o no coexiste con la relación calificante, la figura del delito. En último análisis, esta eficacia se resuelve en la agravación o atenuación de la pena y, por tanto, del delito mismo; es una pura cuestión de técnica legislativa la de si la calificación debe ocasionar solamente un castigo más o menos severo o transformar también la figura del delito. De ordinario, esta transformación no sólo depende de la relación calificante, sino también, correlativamente, de algún otro modo de ser del hecho; por eso no es fácil percibir la calificación modificativa, por así decirlo, en el estado puro.

De todos modos, compare el alumno la atribución genérica de influencia (art. 346, Cód. pen.) con la atribución de influencia del defensor (art. 382); la utilización de inventos o descubrimientos conocidos por razones de cargo (art. 325) con la revelación de secretos científicos o industriales (art. 623); la revelación de secretos del cargo (art. 326) y la revelación de secretos profesionales (art. 622); la incitación al desprecio o vilipendio de las instituciones, de las leyes o de los actos de la autoridad (art. 327) y la instigación a desobedecer a las leyes (art. 415); el abandono colectivo de cargos, servicios o trabajos públicos (art. 330) y la huelga (arts. 502 y sigtes.); la violación genérica de domicilio (art. 614) y la violación de domicilio cometida por un funcionario público (art. 615); la violación, sustracción o destrucción genérica de correspondencia (art. 616) y la cometida por una persona adscrita al servicio de correos, telégrafos o teléfonos (art.

619); la revelación genérica del contenido de correspondencia (art. 618) y la cometida por uno de los adscritos recién indicados (art. 620); la apropiación indebida (art. 646), o el peculado (art. 314) y la malversación (art. 315): la comparación de las varias figuras que agrupamos en esta lista le mostrará que, exclusivamente o en gran parte, la transformación de las figuras del delito se debe a la relación calificante.

94. *Calificación agravante o atenuante.* — De la eficacia agravante de la relación distinta de la relación penal ofrece ejemplo típico el art. 61, n. 11, según el cual constituye *circunstancia agravante común* el haber cometido el hecho “con abuso de autoridad o de relaciones domésticas o con abuso de relaciones de cargo, de prestación de obra, de cohabitación o de hospitalidad”; el abuso no es aquí sino la expresión de la violación del deber más grave derivado de la relación prevista de no inferir el daño; y no se exige, para que se realice la circunstancia agravante, ninguna particular utilización de esa relación.

Recuérdese, para agregar algún otro ejemplo, que la posición de *custodio* constituye una circunstancia agravante de la violación de los sellos (art. 349); así obra la posición de *puesto al frente de la subasta o de las licitaciones* en cuanto a la turbación de la libertad de las subastas (art. 353); de *oficial o de agente de policía judicial* en cuanto a la omisión de denuncia de delito (art. 363); de *pariente o de custodio* en la figura indicada por el art. 531, ns. 2 y 3, en cuanto a la instigación a la prostitución o corrupción o en el encubrimiento de la misma; de *descendiente, ascendiente o cónyuge*, en el secuestro de persona (art. 605); de *depositario necesario*, en cuanto a la apropiación indebida (art. 646<sup>2</sup>).

Por el contrario, el *status* de pariente próximo sirve para disminuir la pena establecida para el favorecimiento de la evasión (art. 386) y para excluir, en cuanto al delito de duelo, la circunstancia agravante prevista por el art. 399; por otra parte, juntamente con la causa de honor, atenúa en modo notable el delito de homicidio la posición de *cónyuge*, de *padre* o de *hermano* en la hipótesis prevista por el art. 587.

## SUBTÍTULO SEXTO

### DE LA SUSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN PENAL

95. *Sustitución de la relación penal.* — Hay todavía, para completar el estudio de la relación penal, algún dato singular que debe tenerse en cuenta.

Hemos dicho que, salvo la excepción del art. 196 del Cód. pen., no hay responsabilidad penal por hecho ajeno. No obstante, se leen en el



Código penal ciertas fórmulas que parecen estar en contradicción con este principio: los artículos 46 y 48, después de haber excluido la punibilidad del daño ocasionado por constreñimiento físico o por error, agregan que “del hecho cometido por la persona constreñida” o “engañada, responde” el autor de la violencia o del engaño; el art. 51 dispone que “si un hecho constitutivo de delito se comete por orden de la autoridad, responde siempre del delito el funcionario público que ha dado la orden”; el art. 54, después de excluir la punibilidad del daño irrogado en “estado de necesidad”, agrega que, si éste “es determinado por la amenaza de otro, del hecho cometido por la persona amenazada responde quien la ha obligado a cometerlo”; el art. 86, planteando el caso de alguien que “pone a otro en estado de incapacidad de entender o de querer, a fin de hacerle cometer un delito”, estatuye que “del delito cometido por la persona incapaz responde quien ha ocasionado el estado de incapacidad”; por último, según el art. 111, “quien ha determinado a la comisión de un delito a una persona no imputable, o no punible a causa de una condición o calidad personal, responde del delito cometido por ella”. Según la letra, aquí, en verdad, se castiga a alguien *por el hecho de otro*. Por lo demás, mirándolo bien, se hace uno cargo de que ésa es la apariencia, mientras en todos los casos hay un hecho propio, que es donde está la causa del castigo: en particular, el art. 48, el art. 54<sup>3</sup> y el art. 86 castigan el incumplimiento de la obligación de no usar de engaño ni de amenaza, y de no poner a nadie en estado de incapacidad, a fin de hacerle cometer un delito. Pero, mirándolo mejor aún, se hace uno cargo también de que, mientras en las hipótesis de los arts. 46, 51 y 111, la obligación violada por quien ha empleado la violencia, dado la orden o ejercido la instigación se refiere al daño mismo ocasionado por quien ha sido constreñido o ha ejecutado la orden u obedecido a la instigación, en las otras se trata, en cambio, de una obligación diferente: es penal también la obligación de no engañar, amenazar o poner a nadie en estado de incapacidad para que cometa un delito, pero no lo es la obligación de no inferir el daño ocasionado consiguientemente al engaño, a la amenaza o a procurar la enfermedad mental; tan no es penal esta obligación, que el engaño o la amenaza, respectivamente previstos por el art. 48 o por el art. 54, pueden no ir dirigidos a hacer que se cometa no ya un delito determinado, sino ni aun un delito cualquiera, y si el poner a uno en estado de incapacidad lo castiga el art. 86 en cuanto tenga la finalidad de cometer un delito, no se exige, sin embargo, que la finalidad se refiera al delito mismo que luego se ha cometido. Hasta ahora, el resultado de nuestra investigación sería éste: que el incumplimiento de una obligación penal reclamaría la pena establecida por el incumplimiento de otro.

Logrado este ángulo visual, conviene observar alguna otra norma análoga. Según el art. 116 del Cód. pen., “cuando el delito cometido sea diferente del querido por uno de los concurrentes, también éste

responde de él si el evento es consecuencia de su acción u omisión"; quien instiga a uno a herir, si el instigado mata en lugar de herir, es castigado por homicidio. En el mismo sentido el art. 118 del Cód. pen., con norma que por ahora podemos considerar sumariamente, dispone que las circunstancias que agravan o disminuyen la pena se valoran a cargo de cada uno de los cooperadores del delito, aunque no le sean conocidas, ya que nadie puede querer lo que desconoce. Esta norma coincide en el resultado con la anterior: la obligación penal violada por quien instiga a cometer un homicidio, sin saber que el instigado es descendiente de la víctima, es ciertamente la considerada por el art. 575, no por el art. 577; y, sin embargo, cuenta el incumplimiento del segundo, no del primero.

Quien considera atentamente estos fenómenos no puede menos de ver que, si no existe, salvo la pequeña excepción recién recordada, *responsabilidad penal por el hecho ajeno*, en el sentido de que se castigue a quien no ha violado ninguna obligación penal, existe, sin embargo, en el sentido de que *quien ha violado una obligación penal puede ser castigado por la violación de otra obligación penal distinta, consiguiendo a la violación cometida por él*. En otras palabras, la diagnosis estática del delito muestra que, si a éste preexiste necesariamente una obligación penal, *no siempre ésta es la obligación de no ocasionar el daño en que consiste el delito*. Mejor que con la fórmula de la *responsabilidad penal por el hecho ajeno*, se puede denotar este orden de fenómenos con la de la *sustitución en la relación penal* o, más simplemente, *sustitución penal*.

Quien tenga ya conocimiento de teoría general del derecho oirá resonar en esta fórmula un concepto surgido en el campo del derecho procesal y luego en el del derecho civil. En el estudio de los *negocios jurídicos* y luego, en general, en el de los *actos imperativos*, se ha venido poco a poco formando el concepto de la *sustitución*, en el sentido de que un acto manifiesta sus efectos respecto a una persona distinta de la que lo realiza. Una subespecie de la sustitución es la *representación*; a veces, el concepto de representación ha aflorado también en la teoría civil de los actos ilícitos; de todos modos, el concepto de la sustitución es ciertamente útil para la elaboración de la responsabilidad civil indirecta prevista por los arts. 2048 y sigtes. del Cód. civ.; no es de admirar, por tanto, que pueda rendir sus servicios también a la teoría del ilícito penal. Esto no quiere decir que la *sustitución en el negocio* y la *sustitución en el delito* sean la misma cosa; pero la *differentia specifica* no excluye el *genus commune*; como se da sustitución en el ejercicio de un derecho, se da también en el cumplimiento o en la violación de una obligación; y como se da en cuanto a los efectos civiles, se da también en cuanto a los efectos penales del incumplimiento. Como la sustitución, en la responsabilidad civil, tiene su razón de ser en el incumplimiento de la obligación de vigilancia (arts. 2048 y sigtes., Cód. civ.) o de custodia (arts. 2051 y sigtes.), así, la sustitución, en la responsabilidad

penal, la encuentra en la violación, por parte del sustituto, de la obligación de no contribuir en forma alguna a la producción del daño en que se resuelve el hecho del sustituido.

Haber diagnosticado tan claramente la naturaleza de las normas anteriores facilita la valoración de su conveniencia. En efecto, es evidente que si la instituida por los arts. 48, 54<sup>3</sup>, 86, 116, 118 del Cód. pen. no es propiamente una responsabilidad penal por el hecho ajeno, se aproxima a ella; por lo demás, basta recordar que las especies de responsabilidad civil previstas por los arts. 2048 y sigtes. del Cód. civ. son contiguas y casi se confunden con la llamada *responsabilidad civil objetiva* o *sin culpa*, para tener la confirmación de ello; el hecho es que en todos los casos recordados se inflige una pena por un daño no querido por quien lo sufre. Quiere ello decir que con estas normas se ha alejado el Código penal del camino real señalado, como veremos, por el art. 42; o sea, de la libertad como fundamento de la responsabilidad, y ha cedido al concepto de una responsabilidad fundada en la pura causalidad natural.

### TÍTULO TERCERO

## DEL DESARROLLO DEL DELITO

96. *Desarrollo del delito.* — Después de haber descompuesto el delito en sus elementos, *cosas, personas y relaciones*, pasando ahora de su manifestación estática a su manifestación dinámica, tenemos que estudiar cómo se mueve la máquina o, dejando la metáfora, cómo se combinan en el tiempo las situaciones y las relaciones que nos son ya conocidas: en efecto, el delito no está sólo constituido por dos hombres en relación penal recíproca, sino, según dijimos, por un encuentro entre ellos y, por tanto, por *un hecho*: uno de los dos hombres ataca al otro y le roba, lo hiere o lo mata. Para darse cuenta de lo que estamos haciendo, no tanto hay que buscar la comparación en la simple fotografía como en la cinematografía: debemos ingeniarnos por captar las situaciones en movimiento y la relación en su mutación. Pero, como el movimiento y la mutación son casi siempre sumamente rápidos, para que la observación pueda resultar provechosa, debemos hacer exactamente lo que se hace en cinematografía cuando se la usa para fines científicos, esto es, valernos de una observación lenta.

97. *Juridicidad del delito.* — Ya vimos que, por efecto de la ley penal, el delito es un *hecho jurídico*; lo cual quiere decir, según el modo de pensar común, un hecho *que produce consecuencias jurídicas*. Si queremos precisar esta noción, tautológica en el fondo, resulta de ella que un hecho es jurídico cuando se resuelve en una *mutación ju-*

*ridica*; y, por tanto, cuando su evento es una situación jurídicamente diferente de su principio. También a este propósito, tanto para darse cuenta de lo que es el *hecho* como para comprender qué es su *juridicidad*, deberá recurrir el alumno a la teoría general del derecho, y antes a la teoría general de la realidad; toda vez que no sería posible aquí ni exponer tales conceptos, que la enseñanza del derecho penal presupone ya conocidos, ni admitir que se entiendan en sentido impreciso y vulgar.

Exactamente, la juridicidad del delito consiste en que por su comisión *se muda la situación jurídica inicial*: si un hombre roba o hiera a otro hombre, la relación que consistía en la obligación del primero de no irrogar daño al segundo y en la facultad de éste de gozar de sí y de sus cosas sin impedimentos o turbaciones inferidas por el primero, se convierte (en el aspecto puramente penal y, por tanto, prescindiendo de las sanciones civiles) en la sujeción del ofensor a la potestad de quienes deben castigarlo y en el poder del ofendido de participar, dentro de los límites que más adelante estudiaremos, en el proceso de su castigo. Advierto al lector que, según una conocida comparación, ocurre en cuanto a la comisión del delito algo análogo a cuando se hace funcionar un interruptor eléctrico: como la corriente ataca a la resistencia de la lámpara y la hace resplandecer; así, lo que ha ocurrido, determina la actuación de ciertos poderes que antes sólo existían en potencia: los funcionarios de la policía judicial, los jueces con sus auxiliares, los agentes de seguridad deben ponerse en movimiento y pueden llevar a cabo sobre el ofensor actos que no hubieran podido hacerlo antes; ahora bien, la juridicidad consiste en que, una vez cometido el delito, todo esto no es que pueda o no pueda, sino que *debe ocurrir*: si esos funcionarios no hiciesen lo que hemos indicado, habría otra cosa en movimiento contra ellos; y es ese peligro lo que, a su vez, garantiza su acción.

Precisamente la juridicidad del delito, manifestada en que acompañan a su acontecimiento físico esas mutaciones jurídicas, se formula diciendo que es la *violación de la obligación penal impuesta al ofensor y con ello la lesión del correlativo poder atribuido al ofendido*.

98. *El delito como acto jurídico*.— Basta esta fórmula para indicar que el delito no es solamente un hecho, sino un *acto jurídico*. El *acto* es un *hecho de la persona* o *hecho personal*; el *acto jurídico* es un *hecho jurídico personal*. Como la noción del hecho jurídico y del hecho en general, también la del acto jurídico y del acto en general pertenece a la teoría general del derecho y a la teoría general de la realidad. La naturaleza de acto se la reconocemos al delito desde que, en su observación estática, hemos advertido que en él no obra sólo un hombre sino *una persona*. La personalidad del hecho que constituye el delito, así como su naturaleza de acto, resulta ante todo de la fórmula del art. 40 del Cód. pen., según el cual "nadie puede ser castigado

por un hecho previsto por la ley como delito si el evento dañoso o peligroso, del cual depende la existencia del delito, no es consecuencia de su acción u omisión"; en el hecho debe, pues, ir implícita una acción o una omisión, o sea, una conducta de la persona.

De este modo, el delito se coloca en la vasta categoría de los actos jurídicos; y su estudio, desde el punto de vista dinámico, constituye un capítulo del estudio de los actos del derecho. Pertenece a una tercera escuela penal italiana, que se designa como *escuela técnico-jurídica*, el mérito de haber promovido este estudio. Si su contribución a la ciencia ha sido menos original, no ha sido menos benéfica que el de las otras dos, y el nombre de ARTURO ROCCO, que fué su más notable representante, debe ser recordado con reconocimiento.

Se entiende que la colocación del delito en la categoría de los actos jurídicos supone su ordenamiento; o sea, la clasificación de esos mismos actos, que sólo recientemente ha conseguido, dentro de la teoría general, un puesto satisfactorio. También sobre este tema debe el alumno, si quiere aprender verdaderamente, informarse fuera de los límites de la enseñanza que puedo aquí ofrecerle; sin conocer una clasificación moderna de los actos jurídicos, no es posible afrontar la teoría dinámica del delito. Desgraciadamente, la misma escuela técnico-jurídica, en sus mejores obras, si ha llegado a considerar el delito como una especie del acto (jurídico) ilícito, no ha sabido atribuir a éste en el cuadro de los actos jurídicos su verdadera posición; sobre todo, ha seguido sin conocer la otra especie de acto jurídico que constituye el complemento y la antítesis del acto ilícito, y que debe llamarse *acto debido*; por ello, no ha sabido remontarse al género de los actos jurídicos *intransitivos*, que toca verdaderamente al fundamento de la clasificación.

99. *El delito como acto ilícito.* — Suponiendo, pues, que el lector conoce la clasificación general de los actos jurídicos, le recuerdo que el delito corresponde a una de las tres especies en que se divide el género designado como *acto jurídico intransitivo*: acto necesario, acto debido, acto ilícito. Por qué el delito sea un *acto ilícito* resulta del hecho de que su juridicidad consiste en la *violación de una obligación*.

En vez de *acto ilícito* se suele decir a menudo, en la práctica y también en la teoría del derecho penal, *acto antijurídico*; y a la *ilicitud* se le suele denominar *antijuridicidad*. Esta fórmula, traducción literal del adjetivo alemán *rechtswidrig* y del sustantivo *Rechtswidrigkeit*, es inoportuna y hasta peligrosa; pues puede dar la impresión de que, siendo antijurídico, sea el delito lo contrario del acto jurídico, en lo que habría equivocación y hasta absurdo; precisamente porque es contra el derecho, el acto es regulado por el derecho, en el sentido de que el derecho hace derivar de él consecuencias aptas para reparar la violación.

El acto ilícito se suele distinguir en *ilícito penal* e *ilícito civil*;

pero esta distinción se refiere a la *gravedad*, no a la *naturaleza* del ilícito. Como ya ha resultado del estudio de la relación penal, *si existe un ilícito puramente civil, no puede decirse otro tanto del ilícito penal*: cuando un acto es penalmente ilícito, lo es también civilmente (cfr. art. 185, Cód. pen.): ilícito penal e ilícito civil, más que diferentes, o peor aún, contrarios, son desiguales, en el sentido de que el ilícito penal es *un más* y el ilícito civil *un menos*.

100. *Forma del delito*. — También la palabra *forma* es una de las que se usan por lo común empíricamente, sin precisar bien su significado y, por tanto, atribuyéndole a menudo diversos significados. La uso aquí, y dentro de los límites de lo posible trataré de usarla siempre, en su sentido propio, en virtud del cual denota el *conjunto de las relaciones apreciables por el observador entre un objeto y el resto de la realidad*; noción que, fundamental respecto de la teoría del acto jurídico y, por tanto, del delito, he procurado aclarar en otra parte; en sentido amplio, la forma del acto comprende, por tanto, su calidad, su cantidad, su posición y su duración.

Ahora bien, la función del precepto penal está precisamente en prescribir la *forma del delito*, lo cual quiere decir en describir *cómo debe ser el hecho* que, de ocurrir, es un delito, en cuanto debe ser castigado. En esto, el precepto penal es idéntico al precepto no penal: como la ley describe o prescribe la forma del delito, así lo hace también en cuanto a la forma del contrato o del testamento; por tanto, en su raíz, el problema formal del delito es idéntico al de cualquier otro hecho jurídico; y también en este punto la teoría penal, y en particular la teoría del delito, se puede y se debe remitir a la teoría general del derecho.

Ahora ha llegado el momento de aprender a distinguir el delito del *concepto del delito* o, en otras palabras, del *modelo* que la ley construye de él; según una terminología moderna, a distinguir el *hecho* de su *fattispecie* (*hipótesis*). A fin de prescribir su forma, de describir cómo debe ser un hecho para constituir un delito, no puede la ley hacer otra cosa que construir el *concepto* de él. He aquí otra palabra que debe usar el jurista haciéndose bien cargo de su significado, como he procurado por mi parte; si su significado fuese bien conocido, no hubieran tenido necesidad los juristas de forjar el vocablo "*fattispecie*" (*hipótesis*); de todos modos recuérdese que esta palabra no quiere decir otra cosa que *concepto del hecho*. Una cosa es, pues, el *delito* y otra cosa es su *concepto*: el delito es un hombre vivo que mata, hiere, injuria, roba a otro; el concepto está construido con palabras mediante las cuales se trata de describir ese hecho; la diferencia entre el uno y el otro ha sido frecuentemente comparada por mí a la existente entre un hombre y un títere. Esta diferencia, después de todo, es tan manifiesta, que puede parecer inútil señalarla; y, sin embargo, al leer

más de un libro de derecho penal, podrá observar el alumno cuán a menudo se confunden uno y otro.

El valor de la distinción entre *delito* y *concepto del delito*, o, si se quiere, entre *hecho* y "*fattispecie*" (hipótesis), está en que, como suele decirse, el delito es *concreto* y el concepto del libro es *abstracto*; o, en otras palabras, el primero es una *especie*, y el segundo es un *género*; y bastaría esta última observación para hacer comprender cuán poco exacta y oportuna es la fórmula de la "*fattispecie*" (hipótesis). Para procurar al alumno la impresión viva de la diferencia, vale sobre todo que considere ahora las diversas normas de Código penal que instituyen un delito: cada una de ellas comienza con un "quienquiera", "el ciudadano", "el funcionario público"; pero un delito, en su realidad, no puede ser cometido por quienquiera o por el ciudadano o por el funcionario público, sino por una determinada persona, con su nombre, su sexo, su edad, etc. Los artículos del código, pues, no hacen ni pueden hacer más que denotar un *género* o, si quisiéramos usar otra palabra, un *modelo* de delito.

101. *Forma típica del delito*.—Pero si en cualquier acto, para que sea jurídico, la ley o en general la norma debe estatuir la forma, basta una rápida comparación entre el Código civil y el Código penal para mostrar entre el acto jurídico penal y todos los demás una diferencia, sobre la cual conviene ahora que afirmemos el estudio.

Conviene ante todo comparar a este fin lo ilícito penal con lo ilícito civil: la forma de este último se describe en un solo y breve artículo del Código civil (2043), mientras la descripción de la forma del delito ocupa, por lo menos, las tres cuartas partes del Código penal: de ello se desprende que lo ilícito civil es, en la comparación, *indiferenciado* o, en otras palabras, tiene una sola forma, mientras lo *ilícito penal* tiene *mil formas diferentes*.

En verdad, la comparación no da el mismo resultado si en vez de lo ilícito civil se habla del contrato: ciertamente, no hay tantos contratos diferentes cuantos son los delitos; sin embargo, el Código civil prevé cierta cantidad de ellos; pero hay todavía una diferencia profunda, y es que, mientras junto a la donación, a la compraventa, al arrendamiento, al mandato, etc., que son los llamados contratos *nomi-*  
*nados* o *típicos*, el Código civil admite otros que, por el contrario, se llaman *atípicos* o *innominados* (art. 1322<sup>2</sup>, Cód. civ.); en cambio, por razones que ya explicamos, *no existe un delito atípico*.

La conclusión de esta comparación es que el delito tiene siempre *forma típica*, o en otras palabras, *vinculada*; en teoría general se distingue precisamente entre la *forma vinculada* y la *forma libre*: el acto ilícito civil es siempre de forma libre y el contrato puede serlo; el delito no puede ser nunca tal.

Ya aquí se puede reflexionar acerca del valor máximo que tiene la forma en el derecho penal; algo similar a lo que estamos ahora ob-



servando respecto del delito se verá más adelante respecto de la pena; quiere ello decir que, al contrario de lo que se cree, el derecho penal es, por excelencia, un derecho formal.

Recuérdese, sin embargo, que la tipificación del delito es una obra de arte, en la cual, como en toda especie artística, se requiere ante todo la medida; a propósito de ello remitimos a lo dicho en la primera parte sobre la excesiva complicación del Código y en general de las leyes penales, y sobre las razones que la han determinado; una reacción contra ella es necesaria precisamente en el sentido de una resuelta reducción de los tipos de delito.

102. *Requisitos del delito.* — La construcción del tipo de delito se hace como con todo concepto, que es una construcción de *caracteres*; otra palabra que debe usarse y entenderse con precisión. Los caracteres del hecho, en su realidad, son infinitos; entre ellos, cuando se quiere formar un concepto, se eligen los *caracteres importantes* que, en cuanto deben concurrir para que un hecho se comprenda en el concepto y, por tanto, en el género, se llaman *requisitos*. Nótese bien, pues, que *requisitos no son los caracteres del hecho, sino los caracteres del concepto*; en cuanto el objeto del concepto sea un hecho o una cosa, el concepto se llama *tipo*. Si se considera el hecho en sí mismo, sin compararlo con un tipo, tiene caracteres, no requisitos; los caracteres vienen a ser requisitos en cuanto concurren en el tipo y, por tanto, son importantes a fin de que el hecho se ajuste al tipo.

La elección de los *caracteres típicos* o *requisitos* implica, naturalmente, un juicio acerca de la importancia de los caracteres a los fines de la valoración moral y, por tanto, del tratamiento jurídico del hecho: hay, pues, en todo hecho, caracteres indiferentes, que el jurista deja de lado; por ejemplo, cuando la fórmula de un tipo de delito comienza con un “quienquiera”, quiere ello decir, entre otras cosas, que la nacionalidad del agente no tiene a dichos fines trascendencia alguna; pero el lector sabe ya que hay casos en los cuales ocurre de otra forma y se lo define, en cambio, al agente, en la fórmula como “el ciudadano”. Precisamente la elección de los caracteres, según su importancia o intrascendencia, es un trabajo que se hace dos veces: una vez por el legislador, a fin de construir el tipo del delito; otra vez por el juez, a fin de comparar el hecho con el tipo. En particular, la diagnosis del delito no es otra cosa que este parangón, que exige precisamente la búsqueda, entre todos los caracteres que presenta el hecho, de los caracteres del tipo: en este aspecto no hay ninguna diferencia entre la obra del jurista y la obra del médico, que busca en el enfermo los síntomas de la enfermedad; ni se revela diferencia por ahora, en cuanto al jurista, entre lo que hace para la diagnosis de un delito y lo que hace para la diagnosis de un negocio, a propósito de lo cual se debe plantear también la diferencia entre el negocio y el concepto y, por



tanto, el tipo de negocio y, por consiguiente, entre caracteres y requisitos.

103. *Clasificación de los requisitos del delito.* — Que el tipo del delito se construya entresacando de los caracteres los requisitos y reuniéndolos, se dice pronto; del mismo modo se puede decir que una casa se construye juntando los ladrillos, pero ¿quién ignora cuántas son luego las dificultades de esa reunión? Una idea que el alumno debe tener bien clara es que no resulta más fácil construir el tipo de un delito que construir una casa.

Por ejemplo, quien lea la brevísima fórmula del homicidio, puede a primera vista tener la impresión de lo contrario: “quienquiera que ocasiona la muerte de un hombre” (art. 575, Cód. pen.); ¡nada más simple ni más sencillo que esto! Con esta fórmula parece que el requisito no es más que uno: que un hombre mate a otro. Por lo demás, por lo ya enseñado, el alumno tiene para desconfiar de ese “quienquiera que”, el cual, por sí solo, no dice todo lo que es necesario saber para hacer la diagnosis de un homicidio: es indiferente sin duda que el homicida sea hombre o mujer, señor o aldeano, italiano o francés; pero no así, dentro de ciertos límites, si es joven o viejo, pues si tuviera, por ejemplo, menos de catorce años habría que excluir el delito (art. 97, Cód. pen.); menos indiferente es aún su salud o su enfermedad mental (art. 88, Cód. pen.). Basta esta observación para concluir que no todos los requisitos del homicidio resultan del art. 575; es necesario ir a bucar otros de ellos en el primer libro del código, e incluso también en el segundo. Ahora bien, de la sola comparación entre el carácter previsto en el art. 575 y el descrito en los arts. 88 y 97, se advierte una diferencia singular: el art. 575 hace depender del requisito la *existencia*; y los arts. 88 ó 97 hacen, en cambio, depender de él la *inexistencia* del delito; o en otras palabras, el primero plantea un carácter *positivo*, y el segundo un carácter *negativo*. Más adelante veremos cómo, en cuanto al art. 97, no en cuanto al art. 88, sea ésta más una apariencia que una verdad; pero entretanto se pueden aunar el uno y el otro. En términos técnicos, puesto que el carácter positivo tiene que concurrir para atribuir efectos jurídicos al acto y el carácter negativo tiene que hacerlo para impedirlos, los juristas acostumbran a decir en el primer caso que el requisito es *constitutivo* y en el segundo *impeditivo* (del efecto jurídico del acto). Ahora bien, no ha de creerse que la distinción entre esas dos especies de requisitos sea una simple cuestión de palabra; por lo que hace a la edad prevista por el art. 97, sin duda que el requisito pudiera formarse también positivamente; pero, si se sustituye el ejemplo del art. 97 por el del art. 88 y recuerda el lector lo que ha estudiado sobre el tema de la *no imputabilidad por enfermedad mental*, advertirá con claridad que aquí se oculta un delicado problema de técnica legislativa: si la imputabilidad se regulara sólo por el art. 85, resultaría prácticamente muy difícil, por

no decir imposible, el juicio para la comprobación del delito, el cual por el contrario está sumamente facilitado cuando no se forme la capacidad de entender y de querer a modo de requisito *constitutivo*, sino la enfermedad mental como requisito *impeditivo*: esto quiere decir, entre otras cosas, que la duda acerca de la capacidad, en lugar de excluir, deja subsistir el delito; más adelante, en el segundo libro, cuando hablemos del juicio, resultará todo esto más claro. El lector podrá hacer por sí mismo observaciones análogas reflexionando, por ejemplo, sobre los requisitos previstos por los arts. 51, 52, 53 y 54 del Cód. pen., que son también típicamente *impeditivos*.

Pero bastará que el lector siga leyendo algún artículo después del art. 575 para darse cuenta de que la clasificación de los requisitos se complica todavía más. En efecto, los arts. 576 y 577 le muestran inmediatamente que el tipo del homicidio, tan simple según el art. 575, se ramifica: mientras según el art. 575 le ha parecido entre otras cosas indiferente que el matador sea, o no, pariente del matado, he aquí que el art. 577<sup>1</sup>, n. 2, le desvanece esa impresión; en realidad, el homicidio es un delito más o menos grave según que el matado sea ascendiente o descendiente del matador. Así se aclara la otra distinción entre requisitos *constitutivos* y requisitos *agravantes*, no teniendo estos últimos trascendencia en cuanto a la existencia, sino en cuanto a la gravedad del delito.

Naturalmente, a los requisitos *agravantes* corresponden los requisitos *atenuantes*: si el matado es el cónyuge, un hijo o una hermana del matador y éste mata "en el acto en que descubre su ilegítima relación carnal y en el estado de ira determinado por la ofensa inferida a su honor o al de su familia", disminuye grandemente la gravedad del delito, y con ella la de la pena (art. 587<sup>1</sup>).

Los requisitos *impeditivos*, *agravantes* o *atenuantes* son lógicamente secundarios respecto de los caracteres *constitutivos*; quiero decir que vienen después de ellos en el sentido de que no cabría concebirlos sin ellos; diríase que constituyen el núcleo sobre el cual reaccionan los otros de diversa manera. Este modo de pensar ha inducido hace tiempo a los cultivadores del derecho penal a construir el concepto de las *circunstancias* del delito para comprender en ellas todos los que más exactamente se llaman requisitos *impeditivos* o *modificativos* (*agravantes* o *atenuantes*), contraponiéndolos a los *elementos*, que es el nombre comúnmente atribuido a los requisitos constitutivos. Pero sea lícito dudar de la corrección de esta terminología, dentro de la teoría general; debiéndose denotar con la palabra *circunstancia* más los requisitos *extrínsecos* del acto, ante el uso que de ella hace la misma ley (cfr. arts. 59 y sigtes.), es oportuno adoptarla también en la exposición científica; no ocurre lo mismo respecto de la palabra *elementos*, que sólo alguna vez está empleada en la ley (art. 49<sup>3</sup>, Cód. pen.) y presta mejor su servicio a la teoría estática del delito; por tanto, a

las *circunstancias*, entendidas como *requisitos impeditivos* o *modificativos*, es mejor contraponer los *requisitos constitutivos*; por simplificación, cuando se usa la palabra *requisitos* en contraposición a *circunstancias*, se entiende que significa los requisitos constitutivos.

Pero la delicada labor de análisis de la forma del delito no ha terminado aún. Obsérvese, por ejemplo, el art. 550 del Cód. pen. (*actos abortivos sobre mujer considerada encinta*): “quienquiera que suministre a una mujer considerada encinta medios encaminados a procurar el aborto o comete en cualquier forma sobre ella actos encaminados a ese fin, queda sujeto, *si del hecho se sigue la muerte o una lesión personal*, a las penas...”; aquí los daños son dos: uno consiste en el daño o en el peligro ocasionado a la nación por la pérdida de la *spes hominis*; el otro, en la pérdida o en la lesión de la mujer. De esos dos daños, el segundo lo pone la ley como condición de la punibilidad del primero, o, en otros términos, se castiga el primero en cuanto se verifique también el segundo. Hay también aquí un *requisito constitutivo* del delito, pero éste consiste en un *evento diverso de aquel* por el que se conmina la pena. Si precisamente se compara el primer apartado del art. 550 con el segundo, se observa una diferencia consistente en que, mientras el primer apartado hace depender la existencia del delito de un *hecho diverso*, el segundo estatuye la gravedad de él en orden a un *modo de ser del hecho mismo*, que constituye el delito: en esta diferencia estriba la distinción entre *requisitos constitutivos* y *circunstancias* por una parte y *condiciones del delito* por otra: requisitos y circunstancias son caracteres *intrínsecos*, condiciones son caracteres *extrínsecos* del delito o, en otras palabras, caracteres que derivan al delito o se reflejan sobre él de un hecho diverso de ese mismo delito.

104. *Esquema del delito*. — Ruego ahora al lector que vuelva con paciencia a la fórmula del homicidio y a la comparación entre el art. 575 por una parte y el art. 97 o el art. 88 por la otra: de ello resulta que un requisito del homicidio está colocado en el libro segundo y una circunstancia de él en el libro primero; si ahora se pone atención en la rúbrica de ambos libros (“del delito en general”, “de los delitos en particular”), es bien fácil comprender que el primer requisito se pone, en particular, para el homicidio solo y el segundo, en general, para todos los delitos: en otras palabras, que el primero es un requisito *particular* y el segundo un requisito *general* o *común*. Esta distinción no coincide enteramente con la distinción entre requisitos y circunstancias; por el contrario, hay circunstancias particulares además de las generales, y hay requisitos generales además de los particulares: por ejemplo, los arts. 40 y 42 se refieren en general a los dos requisitos del delito, que son la intención y la aplicación; y viceversa, los arts. 576 y 577 estatuyen circunstancias particulares del homicidio.

La verdad es que para combinar los diversos caracteres en los tipos de delito, el legislador imita al ingeniero, quien, al fabricar una casa,

construye primeramente su esqueleto y luego lo rellena o lo recubre; poco más o menos como se haría, si se pudiese, con una anatomía a la inversa, reconstruir el cuerpo humano. Yo llamo, pues, *esquema del delito al conjunto de sus requisitos generales, o sea, de los requisitos comunes a todos los delitos*.

Naturalmente, el concepto de esquema es relativo, como el de género; el esquema es al tipo como el género a la especie: como hay, por tanto, un *esquema general*, se pueden construir también *esquemas particulares*, relativos a cada una de las *familias de delitos*, método del que nos deberemos servir también nosotros en el estudio de los tipos singulares de delito.

105. *Forma legal del delito*. — Ahora vuelve el turno al primer artículo del Código penal, del que tantas veces hemos hablado y en el que se enuncia, con la fórmula más severa, el principio de la *legalidad penal*, que domina siempre el ordenamiento jurídico italiano: si “nadie puede ser castigado por un hecho que no esté expresamente previsto como delito por la ley”, quiere ello decir ante todo que un hecho, para ser castigado y, por tanto, para que sea delito, *debe presentar caracteres que coincidan con los requisitos de un tipo legal de delito*.

Hasta aquí no hay diferencia entre el delito y cualquier otro acto jurídico: también, para que exista un ilícito civil, debe un hecho coincidir con un modelo o, más exactamente, con un concepto formado por la ley; lo mismo ocurre en cuanto al negocio o, en particular, en cuanto al contrato, así como en cuanto a la providencia. Pero en este punto el régimen del delito, o sea de lo ilícito penal, se separa del de todos los demás actos jurídicos: la separación se señala con el adverbio “expresamente”, que se lee en el art. 1, cuyo valor aclara, caso de que fuese necesario, el art. 14 de las disposiciones generales de la aplicación de la ley, según el cual “las leyes penales... no se aplican fuera de los casos y tiempos en ellas considerados”, o sea, que no se prestan a ser aplicadas por analogía; esto quiere decir que, si bien la diferencia entre el hecho y el concepto o modelo se destaque más en comparación con la fórmula, en la que este último se forma, que en comparación con el *principio* en ella contenido; sin embargo, el juez no puede hacer uso del principio para castigar el acto y, por tanto, para considerar el delito.

La traducción de la prohibición de castigar un hecho no expresamente previsto por la ley como delito en la prohibición de aplicación analógica de la ley penal encuentra, sin embargo, una dificultad en la estructura del tipo del delito, según la cual hemos visto que se distinguen los requisitos constitutivos de los requisitos impositivos, agravantes o atenuantes: estando tales diversos requisitos previstos por diversas normas de ley, si a cada una de ellas se refiere la prohibición de la aplicación analógica, es claro que el art. 14 de las disposiciones generales terminaría no tanto por extenderse más allá de la intención

que inspiró el art. 1 del Cód. pen., como de ir contra ella: en efecto, cuando se aplica por analogía una norma que constituye un requisito impeditivo o atenuante, no se sigue de ello en modo alguno el castigo de un hecho no previsto por la ley como delito sino lo contrario; o sea, el no castigo de un hecho que la ley prevé expresamente como delito. El problema, desde el punto de vista de la interpretación, está en conciliar las normas respectivamente contenidas en el art. 14 y en el art. 1, las cuales, si la fórmula "leyes penales" escrita en la primera de ellas debiera entenderse en el sentido de que comprendieran cualquier norma que estatuyera un requisito del delito, no estarían de acuerdo. Pero el acuerdo se restablece no bien se entienda por ley penal, no cualquier norma que disponga acerca del delito, sino solamente la norma que castiga, ya que no es tal la forma que excluye o atenúa, en cambio, la pena. Si no se interpretase así el art. 14 y, por tanto, no se entendiese restrictivamente su fórmula para conciliarla con el art. 1, debiera aplicarse este último por analogía, a fin de conciliarlo con el art. 14, sacando de la prohibición de castigar un hecho no expresamente previsto por la ley como delito la prohibición de no castigar un hecho expresamente previsto como delito; pero, como el art. 1 contiene una norma que constituye excepción a la norma general sobre la analogía expresada en el art. 12 de las disposiciones generales, no se consentiría esa extensión. Para la hermenéutica, la conclusión segura es que sólo de las normas que estatuyen un requisito constitutivo o agravante del delito se prohíbe la aplicación analógica; de las demás se consiente la aplicación por analogía, en cuanto a ella no se oponga la otra prohibición contenida en el art. 14 respecto de las leyes "que constituyen excepción a reglas generales o a otras leyes". Si puede atribuirse carácter excepcional y en qué medida a las normas que instituyen requisitos impeditivos o atenuantes del delito, es un problema cuya solución depende del concepto de la ley excepcional o, como suele decirse, del derecho singular, problema que pertenece a la teoría general del derecho.

106. *Combinaciones de delitos.* — Con estas observaciones no se ha planteado aún completamente, sin embargo, el problema de la manifestación dinámica del delito. Entre los datos que el Código penal nos presenta hay algunos que no se refieren al desarrollo de un delito solo, sino de varios delitos a la vez, o sea a una combinación de delitos: los arts. 71 y sigtes., están puestos bajo las rúbricas "del concurso de delitos"; los arts. 110 y sigtes., bajo una rúbrica análoga, "del concurso de varias personas en el delito"; a esta última figura hicimos ya una alusión al hablar del hombre como instrumento del delito. Y el momento para discurrir sobre él a fondo no ha llegado aún, sino solamente para mostrar que junto al estudio del delito singular, en su desarrollo, la dinámica penal debe procurar también el de las combinaciones entre los delitos.

## SUBTÍTULO PRIMERO

## DEL ESQUEMA DEL DELITO

## CAPÍTULO PRIMERO

## DE LOS MOMENTOS DEL DELITO

107. *Requisitos constitutivos estáticos y dinámicos.*— Entre los requisitos constitutivos del delito hay que establecer aún una distinción según que el carácter relevante se refiera a la situación inicial del hecho o a su desarrollo en el hecho mismo; con este mismo criterio, dentro de la teoría general, se contraponen los requisitos constitutivos *estáticos* a los requisitos constitutivos *dinámicos*, pudiéndose dar útilmente a estos últimos el nombre de *momentos* del acto y, en particular, del *delito*.

Los requisitos constitutivos de la primera categoría se distinguen a su vez según se refieran a los *elementos* o a las *relaciones* comprendidos en la situación inicial y, en cuanto a los elementos, a las *personas* o a las *cosas*; en virtud de este criterio ulterior, la teoría general clasifica los requisitos constitutivos estáticos en requisitos de *capacidad* de las personas, de *idoneidad* de las cosas y, por último, de *legitimación*. También esta clasificación se debe tener en cuenta en el análisis del delito.

Sin duda es un requisito constitutivo del delito la *capacidad del reo* (capacidad penal activa), del mismo modo que es un requisito constitutivo del contrato la capacidad del contratante; si el art. 1325 del nuevo Código civil se ha apartado en este aspecto del Código anterior, la innovación no es un progreso. Por lo demás, en derecho penal, la colocación de la capacidad entre los requisitos constitutivos se altera por las razones técnicas, según las cuales la capacidad penal activa se regula a veces *sub specie* del requisito impeditivo, y así, en cambio, se debe considerar la incapacidad como circunstancia impeditiva; si al formular las normas acerca de la imputabilidad se hubiese dado cuenta el legislador de este aspecto del problema, su solución hubiera sido más clara. De todos modos, el criterio de ella surge de la comparación entre el art. 88, donde la enfermedad mental se concibe claramente como un requisito que excluye el delito, y el art. 98, donde, invirtiéndose la fórmula del art. 88, se exige, en cambio, la capacidad de entender y de querer del *adolescente*, para que exista el delito. Es verdad que el art. 97 vuelve, en cambio, respecto de los niños, a la fórmula negativa del art. 88; pero, como sería ilógica una

diferencia en este aspecto entre el régimen de los niños y el de los adolescentes, interpretando el art. 97 según la intención del legislador, se debe concluir que en estos dos casos la capacidad es un requisito constitutivo, mientras la incapacidad por enfermedad mental es una circunstancia impeditiva.

Por otra parte, un modo de ser de la cosa, en que está el instrumento o la materia del delito, no es nunca considerado por la ley como requisito *general* del delito, sino más de una vez, por el contrario, como requisito *particular*. Ya hemos dicho que la construcción de los tipos de delito encuentra más bien en la calidad de la materia uno de sus criterios fundamentales; sólo por esto entrará en juego más adelante, cuando hablemos de los tipos de delito, este requisito constitutivo.

Otro tanto hay que decir, y lo hemos dicho ya, a propósito del tercer requisito estático que, con términos de teoría general, hemos llamado *legitimación*; mientras razones de oportunidad, inherentes a la teoría particular del derecho penal, nos han inducido a mudar su nombre por el de *calificación*. Se ve cómo la calificación es a menudo, si no siempre, un requisito constitutivo del delito; pero también es siempre un requisito particular, de manera que no volveremos a hablar de él hasta la parte del estudio dedicada a los tipos de delito.

Como quiera que sea, de requisitos estáticos, ya porque, en cuanto son generales, como la capacidad, hemos discurrido acerca de ellos en el título anterior; ya porque, en cuanto son particulares, no entran en el ámbito de este capítulo, o sea que no se refieren al esquema del delito; no tengo nada más que decir, por lo cual el estudio en este capítulo debe limitarse a los momentos del delito.

108. *Clasificación de los momentos del delito*.— Para aplicar, en la medida de lo posible, a la observación dinámica del delito el método de la *lentitud*, trato de compararlo con un hecho de evolución lenta (por ejemplo, con la vida de una planta); no me es difícil entonces captar *tres momentos* fundamentales, que son el *momento económico*, el *momento psicológico* y el *momento físico*.

El momento económico es el *fin del delito*, que cabe compararlo con una semilla; sin él no podría producirse ningún delito.

El momento psicológico se llama *intención*, la cual es al fin como el germen a la semilla: si las diversas fuerzas que combaten el delito no son suficientes para hacer que muera la semilla, el fin se desarrolla en la intención.

El momento físico del delito es oportuno que se designe con el nombre de *actuación*; no se dice que del germen deba madurar el fruto en el sentido de que las fuerzas contrarias al delito, aunque no hayan llegado a impedir el germen, pueden paralizar su desenvolvimiento en la fase de la intención; si no ocurre así, se produce el delito.

Esta división tripartita del desarrollo del delito no es común; de ordinario, aun sin darse exacta cuenta de la distinción en estática y dinámica del derecho, la ciencia del derecho penal distingue el tercero del segundo momento o, como suele decirse, el *elemento objetivo* del *elemento subjetivo* del delito, pero no el segundo del primero. En este aspecto, la fisiología del delito ha progresado menos que la fisiología del contrato y, en particular, del negocio, donde, si bien con mucha incertidumbre, de la intención (o como suele decirse menos exactamente, de la *voluntad*) se ha venido aislando la causa; también en este aspecto considero que puede dar buenos resultados el método comparativo interno.

#### SECCIÓN PRIMERA

##### Del fin del delito

109. *Momento económico del delito.*—No tendría ninguna dificultad en designar el primer momento del delito con el nombre de *tentación*; cualquiera podría verificar lo que voy a decir sobre sus experiencias cotidianas y con ello se pondría de manifiesto la raíz común del delito y del pecado. El mundo proyecta continuamente en el pensamiento del hombre estas sombras; preferible resulta compararlas con lo que se ve en la pantalla de una linterna mágica: el que tiene hambre, por ejemplo, si se halla ante un pan que no es suyo, se ve a sí mismo en el acto de saciar con él su necesidad. Ésta es la semilla del delito.

Si observamos más de cerca estas visiones, advertimos que en ellas se configura la mutación en que, para satisfacer la necesidad, se desarrolla el interés en conflicto; esta mutación es un *fin* en comparación con un *principio*: un principio es mi interés en poseer el pan, un fin es el tomar posesión de él. Así, en el análisis dinámico del delito o, en general, del acto, se dibuja el concepto del *fin* como *evento futuro en el que se desarrolla un interés del agente*.

La formación del fin es el primer tiempo del acto, el cual comienza, por consiguiente, recibiendo lo que el pensamiento hace de la realidad: la imagen no nace *ex nihilo* [de la nada], sino que se forma de elementos que el pensamiento toma de la naturaleza; por eso el fin, dicho burdamente, es algo que *viene adentro desde fuera*, como la linterna mágica proyecta sobre la pantalla la figura. Hay que cuidarse, si se quieren tener ideas claras acerca de este tema, de no confundir la *visión* con lo *visto*; el fin no es el *imaginar*, sino lo *imaginado*, y esto se lo suministra al pensamiento la realidad: como las figuras que vemos en el cinematógrafo no nacen en la pantalla donde se las proyecta, tampoco el fin tiene su sede en el pensamiento.



Esto de mover, mediante la formación del fin, el mecanismo psicológico del acto constituyendo su fuerza propulsora, es la virtud del interés que una antigua intuición de los juristas reconoce con la fórmula de la *causa del contrato*; un concepto que poco a poco, a través de una larga historia, se extendió del contrato al negocio y se ha transferido ahora también a la teoría general del acto jurídico; y, por tanto, es bueno también en orden al delito, el cual, si es como cualquier otro acto jurídico el producto de un conflicto de intereses, no puede menos de encontrar su causa en el interés del agente. En la ciencia del derecho penal, no diré que haya faltado totalmente una intuición análoga, pero sí que se ha desarrollado con menos vigor, mediante el concepto del fin, el cual, sin embargo, no se ha llegado casi nunca a aislar de la intención; por lo que el momento económico ha quedado involucrado en el momento psicológico del delito (en la conocida fórmula del dolo específico, de la que más adelante hablaremos y en la cual precisamente el momento psicológico absorbe el momento económico del acto). Así, el Código penal habla casi siempre de fin, y no de causa como el Código civil, y no hace de él un requisito general del delito; lo cual, después de todo, tiene su razón de ser en el menor valor jurídico reconocido al fin en el delito en comparación con el contrato. Por tanto, si en un primer intento de sistematización de la teoría del delito, hecho más con el objeto de preparar una teoría general del acto jurídico que para obtener un conocimiento especial del delito, he creído oportuno adoptar también respecto de él el concepto de *causa*, ahora que mi finalidad es diversa y hasta inversa, es obvio que, sobre todo para obtener en la medida de lo posible el beneficio de la correspondencia del lenguaje científico con la fórmula legislativa, me valga, en cambio, del concepto de *fin*. Pero es evidente que se trata de dos conceptos diversos para expresar la misma idea; tan cierto es esto, que, aun sin conciencia de la profunda unidad del momento económico en el contrato y en el delito, también en el lenguaje de los penalistas y del Código mismo brota alguna que otra vez, en lugar de fin, la palabra *causa* (cfr. arts. 571 y 578) y alguna que otra vez la palabra *motivo* (cfr. arts. 61, n. 1, y 62, n. 1), la cual alude maravillosamente a la fuerza motriz del acto que reside en el interés.

Como quiera que sea, importa acentuar, por una parte, la identidad del concepto respecto de cualquiera variedad del acto jurídico, identidad que no queda prejuzgada por la diversidad de las palabras; y, por otra parte, la distinción entre este primer momento del delito, o del acto en general, y el momento posterior, puramente psicológico, que ya hemos llamado *intención*. Por desgracia, como no se reconoce de ordinario aquella identidad, tampoco se respeta comúnmente esta distinción: mientras los cultivadores del derecho penal casi siempre confunden el fin con la intención, en el terreno del derecho civil, si es antigua la intuición de la diferencia de la causa del ne-

gocio de aquel momento psicológico suyo que suele llamarse voluntad, cuando se trata de verificarla con el razonamiento domina aún la incertidumbre, y la corriente, si no predominante, teoría subjetiva de la causa culmina en último análisis nuevamente en la confusión. Así se explica que haya todavía prácticos del derecho civil y hasta estudiosos que no llegan a comprender lo que es la causa del negocio; y, asimismo, que los estudiosos del derecho penal queden estupefactos al oír hablar de *causa del delito* con perfecta analogía con la *causa del negocio*. Esta confusión, nótele bien el lector, se reduce en fin de cuentas a hacer una misma cosa de la *previsión* y lo *previsto* o del *imaginar* y lo *imaginado*, y a desconocer que la causa o el fin no consiste en aquello sino en esto, como he tratado ya de explicar. Sin duda que la previsión es una operación del pensamiento, en la cual concurren la memoria y la fantasía; pero lo en ella reflejado, como en un espejo, es la realidad; y el fin o la causa del acto no es el reflejarse, sino lo que se refleja. Y eso previsto o imaginado, decíamos, es el germen del acto en cuanto representa el desenvolvimiento de un interés del agente; ni se necesita nada más para ver con claridad que el fin o la causa es el *momento económico* del acto; o sea, que toda acción nace en el terreno de la economía.

Ahora bien, el fin del acto viene a ser un requisito de él; porque, como pronto veremos, la juridicidad de ese mismo acto (o sea, en el terreno penal, su punibilidad) depende, ya de su *existencia*, ya de su *calidad*, ya de su *relación con el evento* en que termina el acto.

110. *Daño irrogado por constreñimiento físico o por fuerza mayor.* — El primer aspecto de la trascendencia jurídica del fin del delito es en el sentido de que si un movimiento del hombre ocasiona un daño sin que él se haya propuesto ningún fin, ese daño no puede ser un delito; no puede serlo porque el delito es un acto, y sin fin no hay acto; por eso he hablado de *movimiento* y no de *acto* del hombre.

Este primer aspecto de la importancia del fin se perfila, con minuciosidad incluso excesiva, por los arts. 45 y 46 del Cód. pen., el primero de los cuales estatuye que “no es punible quien ha cometido el hecho... por fuerza mayor” y el segundo que “no es punible quien ha cometido el hecho por haber sido constreñido por otro mediante violencia física a la que no podía resistir o sustraerse en la forma que fuere”. Se considera de ordinario que en estos casos la inexistencia del delito proviene del defecto de su momento psicológico, lo cual es también verdad, pero la raíz de ese defecto está en la falta del momento económico, por lo que ese defecto es más profundo. Cuando se distinga entre los dos momentos, es evidente que en tales casos la intención falta porque falta el fin; éste es, diríamos, un *daño irrogado sin tentación*.

Las dos nociones de *fuerza mayor* y de *constreñimiento físico* se

resuelven, por tanto, útilmente en la de *inexistencia del acto por ausencia del fin*. En el caso de *constreñimiento físico por parte de otro hombre*, es evidente que el constreñido se mueve, pero no actúa; el acto es de quien constriñe, en cuyas manos el constreñido no es más que un instrumento. Otra sería la hipótesis de la *amenaza*, que, en contraposición con la *violencia física*, se suele llamar *violencia moral*; porque, ante la amenaza, se pone el fin, constituyendo la amenaza uno de los elementos de la previsión; en tal caso, no es el art. 46, sino el art. 54<sup>3</sup> el que debe aplicarse. Análogo al concepto del constreñimiento físico es el de la *fuerza mayor*, con la única diferencia de que la *vis cui resisti non potest* [fuerza a la que no se puede resistir] no se debe en este caso a la acción de otro hombre.

Junto a la fuerza mayor pone la ley, siguiendo una antigua costumbre, el *caso fortuito*; pero, como veremos, las dos nociones son profundamente diversas; cuando se trata de caso fortuito, no tanto falta el momento económico del acto cuanto está viciado el momento psicológico; y es hora ya de que también de esta distinción, antiguamente intuída, se haga cargo la ciencia.

111. *Calidad del fin como requisito constitutivo del delito*.— No existe en el *Código penal* una norma que haga del fin un requisito constitutivo general del delito, como ocurre, en cambio, respecto de la intención (cfr. art. 42). Esto quiere decir que hay daños cuya punibilidad está establecida independientemente de la naturaleza del interés que el agente se propone desarrollar al ocasionarlos: resulta típica, en este aspecto, la fórmula del homicidio, la cual es justamente una de las más breves, si no la más breve en absoluto, del *Código penal*; en el art. 575, como en tantos otros, no se alude al fin de ningún modo.

Otros daños, en cambio, no son punibles por sí mismos, esto es, prescindiendo de la calidad del interés perseguido por quien los ha ocasionado; son, ya se comprende, daños menos graves, que pueden tolerarse si quien los ocasiona se mueve por un interés más que por otro: compárese, en este aspecto, la lesión personal o los golpes con el hurto. No se puede ni herir ni golpear a un hombre ni aunque sea por juego; pero si, por juego, sustraigo a su poseedor las cosas ajenas para mí, todo el mundo dirá que no debo ser castigado como ladrón. Esta comparación ayuda a comprender por qué, a diferencia de los arts. 575, 581, 582, el art. 624 del *Cód. pen.* haga mención del fin respecto del hurto: “quienquiera que se apodere, sustrayéndola de quien la tiene, a fin de sacar provecho de ella para sí o para otro...”. Con reserva de establecer el valor de esta frase a su debido tiempo, evidentemente sirve para excluir el hurto en el caso ahora imaginado. Asimismo cuando, en materia de falsedad, los artículos 485, 486, 494 subordinan el delito “al fin de procurar para sí mismo o para otros una ventaja o de irrogar un daño a otro”, es manifiesto

que se debe negar el delito cuando uno finja ser otro por burla o cuando a los fines de la enseñanza extienda un documento no verdadero.

Así, cuando la ley hace depender de la calidad del fin la existencia del delito, puede éste llamarse *causal*. Se verá en el estudio de los tipos singulares de delito cuán numerosa es esta categoría, de la que el alumno puede ya desde ahora, a título de ejercicio, buscar algún otro ejemplo en el art. 374 del Cód. pen. (*fraude procesal*), en el art. 388 (*falta dolosa de ejecución de una providencia del juez*), en el art. 392 (*ejercicio arbitrario de los propios derechos*), en el art. 642 (*fraudulenta destrucción de la cosa propia o mutilación de la propia persona*).

De la importancia del fin como requisito constitutivo de ciertos delitos es antigua la intuición; pero, como lo he indicado, falta de ordinario su verificación racional, y con ella la distinción entre el fin y la intención. Por lo común, a propósito de delitos causales, se habla de un *dolo específico* junto al *dolo genérico*, dolo específico que no es sino una inversión del fin. La verdad es que la intención en el delito causal no varía en modo alguno, mientras el *quid novi* está constituido por el hecho de que el delito existe en cuanto se forme la intención respecto de un cierto orden de fines.

112. *El fin como requisito agravante o atenuante del delito.*— En otros casos, no es de la existencia, sino de la calidad del interés en la acción, de donde depende la gravedad del delito, por lo que al fin se le atribuye el carácter de *requisito agravante o atenuante*.

A diferencia de la eficacia constitutiva, la eficacia atenuante o agravante del fin está prevista, con dos normas generales, en los arts. 61 y 62 del Cód. pen.; de manera que, si el fin no constituye nunca un requisito constitutivo general, es, sin embargo, una circunstancia agravante o atenuante, según los casos, respecto de cualquier delito. Juega así, y en sentido contrario, la apreciación ética del interés en la acción, apreciación que puede ser *absoluta* o *relativa*, o sea, que puede referirse al interés en sí o en relación al interés lesionado por el delito. Con ese criterio deben interpretarse las dos fórmulas paralelas del art. 61, n. 1, y del art. 62, n. 1. La distinción es manifiesta en el art. 61, n. 1, donde la hipótesis del motivo “abyecto” se refiere al interés en sí y la del motivo “fútil” a la relación entre los dos intereses de la cual resulte que el interés perseguido por el delito es en medida notablemente menos importante que el interés lesionado. Menos clara es la fórmula del art. 62; de la cual, sin embargo, mediante la comparación con la del art. 61, termina por resultar que el motivo “de particular valor moral” es lo contrario del motivo “abyecto”, o sea, el motivo *noble*; y que el motivo de “particular valor social” denota ese interés cuya importancia supere notablemente el interés lesionado por el delito. Un fin agravante es

en todo caso, según el art. 62, n. 2, el de quien ha “cometido el delito para ejecutar u ocultar otro, o para conseguir o asegurar para sí o para otro el producto, el provecho o el precio o la impunidad de otro delito”.

Además, la calidad del interés en la acción agrava o atenúa, respectivamente, cada uno de los tipos de delito, constituyendo un requisito agravante o atenuante particular. Véanse, en el primer sentido, los arts. 253, 257, 258, Cód. pen., según los cuales los delitos de *destrucción o sabotaje de obras militares*, de *espionaje*, de *utilización de secretos de Estado* son agravantes si han sido cometidos “en interés de un Estado en guerra con el Estado italiano”, o sea, a fin de favorecer a un Estado enemigo; los arts. 261 y 262 del Cód. pen., donde se prevé la agravación de los delitos de *revelación de secretos de Estado* o de *divulgación de noticias prohibidas*, si la revelación se hace con fines de espionaje; el art. 330 del Cód. pen., que agrava el delito de *abandono colectivo del cargo*, si se comete por un fin político; el art. 573, que agrava igualmente el *delito de sustracción consensual de menores*, si se comete por fines libidinosos; el art. 613, según el cual el fin de hacer que se cometa un delito agrava el *delito de estado de incapacidad procurado mediante violencia*.

Una hipótesis típica de eficacia atenuante particular del fin se presenta, por el contrario, en el art. 626, ns. 1 y 2 del Cód. pen., según el cual el *hurto* deja de ser perseguible de oficio “si el culpable ha obrado al solo objeto (*rectius*, fin) de hacer uso momentáneo de la cosa sustraída y si la restituye después de ese uso momentáneo”, o “si el hecho se comete sobre cosas de poco valor, para proveer a una grave y urgente necesidad”; ejemplos análogos ofrecen los arts. 495 (*falsa atestación o declaración ante un funcionario público*), 551 (*causa de honor en los delitos de aborto y actos abortivos*), 573 (*sustracción consensual de menores*).

## SECCIÓN SEGUNDA

### De la intención del delito

113. *Momento psicológico del delito*.— El segundo momento del delito se inicia con el *deseo*, despertado por el fin, deseo que es una tendencia de los sentidos a la satisfacción de una necesidad; al llamamiento del deseo responde la razón: en la mente del hambriento, que ve ante sí el pan y cuyo sabor pregusta, se lleva a cabo un trabajo de la razón que a veces es rapidísimo y a veces lento y atormentado, y que es necesario tratar de observar de cerca.

Ante todo se pregunta si el fin es posible: ¿llegaré a apoderarme del pan? Este primer trabajo de la razón es un *juicio histórico*, que

puede dar, o no, resultado favorable a la acción; en caso afirmativo se *prevé* el fin logrado; por eso la primera fase del momento psicológico del acto se llama *previsión*.

En segundo lugar se pregunta si el fin es *lícito*: ¿está permitido apoderarse del pan? Este segundo es un *juicio crítico*, cuyo resultado también puede ser positivo o negativo: cuando es positivo, se *delibera* sobre lo necesario para conseguir el fin; por eso, aunque el modo de decir no sea tan común como el primero, a la segunda fase del momento psicológico del acto le doy el nombre de *deliberación*.

## § 1

### DE LA PREVISIÓN DEL DELITO

114. *Verificación del fin*. — El fin lo pone la fantasía, la cual elabora las imágenes suministradas por la memoria, una y otra estimuladas por el interés e inagotablemente abastecidas por la realidad. Si el desenvolvimiento del interés, que se configura en el fin, es real o imaginario, en otras palabras, posible o imposible, constituye objeto de un juicio al que provee la razón. He aquí cómo otras nociones prejurídicas se presentan en el discurso y, si no están presentes en la mente del discípulo, comprometen la eficacia del discurso; y tampoco aquí me es dado hacer otra cosa que la acostumbrada recomendación y la acostumbrada remisión; en otra parte tratará de aprender qué es *juicio* y cuáles son sus especies; con estas nociones le será fácil comprender cómo la verificación del fin se resuelve en un *juicio histórico* o *juicio de existencia*, mediante el cual *se persuade el hombre de que el desarrollo del interés diseñado en el fin pertenece, o no, a la realidad*.

A este juicio se da acertadamente el nombre de *previsión*. La previsión es un *juicio de existencia futura* totalmente análogo al *juicio de existencia pretérita*; el *ver antes* es un resultado del juicio, lo mismo que el *ver después*: el cometido es siempre el mismo, tanto si un médico tiene que hacer la prognosis de una enfermedad, juzgando lo que está por ocurrir, como si se le llama a hacer la diagnosis de una muerte violenta, juzgando lo que ha sucedido. Esta unidad fundamental culmina en la realidad del futuro, idéntica a la realidad del pasado; pasado y futuro son dos sectores que en el cuadro de la realidad separa nuestra mente, incapaz de abarcar el infinito; irreal no es más que el presente, punto matemático de la distinción.

Objeto del juicio no es tanto la realidad del fin en sí mismo cuanto como desarrollo del interés del agente; en el fin, el evento se representa como tal y, por consiguiente, su verificación se refiere no sólo a si ocurrirá algo, sino a la relación entre ese ocurrir y la

necesidad a que se refiere el interés: por ejemplo, si me imagino la muerte de mi enemigo como un desarrollo de mi interés, en la previsión no sólo entra la realidad de su muerte, sino la de mi supervivencia, sin lo cual no se realizaría el fin.

Cuando la verificación da resultado positivo, o sea, que se resuelve en la previsión del fin, puede no ser necesaria otra cosa para que del momento psicológico se desenvuelva el momento físico del acto: la representación del desarrollo del interés obra como un peso cuya presión determina la acción.

Que la previsión sea la primera fase del momento psicológico del acto lo reconoce expresamente la ley en el art. 43 del Cód. pen., cuya fórmula resuelve en la *previsión* la *conciencia* de que habla el art. 42; y en la *capacidad de prever*, la *capacidad de entender* del art. 85<sup>2</sup>. De esas diversas voces, la más exacta, incluso la única exacta, es la de *previsión*; la *conciencia*, como se verá mejor, se refiere más a la segunda fase, esto es, al juicio crítico, que al juicio histórico; *entender* e *intención* se usan mejor para denotar, como también se verá mejor más adelante, el entero proceso espiritual, que puede extenderse e incluso se extiende normalmente más allá de la previsión.

Sin previsión no se forma el momento psicológico del acto ni puede haber, por tanto, delito o delincuencia.

115. *Error en la previsión.* — El juicio, mediante el cual se verifica el fin del acto, puede dirigirse, como cualquier juicio, a la *verdad* o al *error*. No hay ninguna mayor probabilidad de error en el juicio histórico sobre el futuro que en el juicio sobre el pasado; la dificultad del juicio depende, tanto en un caso como en otro, de la formulación de las leyes y de su aplicación al hecho, acerca de lo cual retorna para el alumno la necesidad de tener ideas claras: el fantoche contra el que creo tirar al blanco, puede ser un hombre, como el hombre a quien creo matar, puede ser un fantoche. El verdadero problema de la previsión del delito es, pues, el problema del error; problema que se desdobra, concretamente, en las dos hipótesis: *se prevé un daño que no se irroga; se irroga un daño que no se prevé.*

Acerca de la primera hipótesis, sin embargo, no se debe tratar ahora el problema, sino en la sección siguiente, a propósito del momento físico del delito; mientras pertenece al estudio del momento psicológico su solución en la segunda hipótesis ahora formulada.

116. *Imprevisión del daño irrogado.* — Volvamos, pues, la mirada a este caso, que por lo demás es, en la realidad, el más frecuente: el daño ocasionado no ha sido previsto.

Es ésta una hipótesis compleja, que se ha de distinguir en otras dos: *se irroga un daño cuando ningún daño se había previsto o se irroga un daño distinto del previsto*; pero también la segunda es una

hipótesis compleja y se divide, por tanto, a su vez, según que la *divergencia entre el daño irrogado y el daño previsto sea cualitativa o cuantitativa*.

Desde luego, este amplio planteamiento de las relaciones entre daño ocasionado y daño previsto era necesaria; ahora, por otra parte, en el campo de la previsión, sólo debemos ocuparnos de la primera hipótesis (ningún daño se ha previsto), mientras que el estudio de las demás (se prevé un daño, se ocasiona otro) encontrará su lugar más adelante.

117. *Caso fortuito*. — Si creyendo que disparaba contra un fantoche he herido a un hombre, el problema es el de saber si hubiera podido, o no, evitar el error. La clave de este problema está en la dificultad del juicio, la cual se debe al conocimiento *de las leyes* (instrumento del juicio), *de los hechos* (materia del juicio) y a la *aplicación de las leyes a los hechos* (acto del juicio); a menudo el grado común del saber o del querer no basta para superarla, por lo que aun hombres ampliamente dotados de ciencia y de voluntad pueden equivocarse. Cuando, pese a la ciencia y a la voluntad, se produce la equivocación, decimos que el daño se debe a la *casualidad*; para mayor precisión, especialmente en el lenguaje del derecho, el sustantivo *casualidad* se sustituye por la locución *caso fortuito*, con lo que el daño se atribuye a la fortuna en vez de atribuirlo al hombre.

Esta concepción del *caso fortuito*, como *causa o fuente* del daño en lugar del hombre, la adopta también la ley penal, que en la fórmula del art. 45 del Cód. pen. equipara el *caso fortuito* a la *fuerza mayor*, diciendo que “no es punible quien ha cometido el hecho por caso fortuito o por fuerza mayor”; pero es fruto de un equivoco: la fuerza mayor, como el constreñimiento físico (art. 46), excluye el acto ya en su momento económico, mientras el caso fortuito lo implica. Si, mientras estoy apuntando con el fusil al blanco, un golpe en mi brazo hace salir el tiro que hiere o mata a un hombre, falta ahí el acto, y verdaderamente la causa del daño es una *vis major*. En cambio, si, ignorando que detrás del blanco hay un hombre, lo hiero o lo mato, existe el acto; y que la muerte sea fortuita no quiere decir sino que se debe a mi error inocente. Lo que se llama *caso fortuito* no es, pues, sino el *error cometido no obstante la ciencia y la buena voluntad del agente* o, en otras palabras, el *error excusable*, del que la propia ley penal se ha hecho eco más de una vez: cuando el art. 47<sup>1</sup> dice que “el error sobre el hecho constitutivo del delito excluye la punibilidad del agente” y agrega luego que, “no obstante, si se trata de error determinado por culpa, la punibilidad” puede no estar excluida, entrevé la distinción entre *error excusable* y *error no excusable*, que se resuelven en el *error fortuito* y *error culposo*. Fortuito, verdaderamente, no es el caso, sino el error, y la culpa no se contrapone al error, sino que es una subespecie de él: si el hombre supiese prever bien, no existiría el caso fortuito, por lo que éste no expresa



sino nuestra ignorancia; lo que por nosotros se llama fortuna, es el orden del universo en cuanto escapa a la previsión humana. La mención del caso *fortuito* en el art. 45 del Cód. pen. junto a la *fuerza mayor*, y la distinción del caso *fortuito* del *error no culposo*, tal como resulta de la comparación entre el art. 45 y el art. 47, se deben, pues, a un error de perspectiva: el *error no culposo* y el *error fortuito* son una misma cosa.

Precisamente al excluir la punibilidad del daño debido al caso *fortuito* (art. 45) o al error no culposo (art. 47), reconoce la ley que, *cuando el daño irrogado no ha sido previsto por error fortuito, no existe el delito*: “error sobre el hecho constitutivo del delito” es la imprevisión del daño prohibido.

Así se ha logrado un punto de vista sumamente útil, aclarando que el caso *fortuito* no es más que el *error fortuito*, o sea, la *imprevisión fortuita del daño*; y que, por otra parte, el *error fortuito* es el *error excusable*; pero queda por saber en qué consiste la excusabilidad.

Para desatar este segundo nudo del problema hay que recurrir al concepto de la *culpa*, el cual, aunque, como se verá, no se agota en el campo de la previsión, pero tiene en él sus más frecuentes y conocidas manifestaciones: si puede haber culpa también sin error en la previsión, una especie de culpa la constituye la inexcusabilidad de ese error; son, por tanto, las normas en materia de culpa las que dan el criterio de la *excusabilidad o inexcusabilidad*. Ahora bien, tiene que meditarse el art. 43 del Cód. pen., según el cual el delito “es culposo... cuando el evento... se verifica a causa de negligencia, imprudencia o impericia, o por inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplina”; quiere decir que el error es inexcusable cuando consiste en *negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes o disciplina*; pero ésta es una fórmula empírica, donde hay que poner orden para descubrir su principio. El método no puede ser otro que el de tomar en consideración el análisis del juicio poco antes indicado.

Todo juicio supone, en primer lugar, una *regla o ley* y, por tanto, el conocimiento de ella; pero, comprendiendo este conocimiento el saber entero, se trata de encontrar el límite más allá del cual el defecto de conocimiento es digno de excusa. Puede ocurrir ante todo que una *ley de la naturaleza* o una *regla de experiencia*, como quiera decirse, se traduzca en un precepto jurídico, general o particular; entonces la ignorancia no puede excusarse (*ignorantia iuris non excusa* [la ignorancia del derecho no excusa]), lo que es muy natural, pues si la ley hace suya una regla de experiencia, ello ocurre en cuanto se considera necesario que todos la observen; la forma del precepto es indiferente, siempre que tenga valor jurídico. Esta indiferencia la expresa el art. 43 con las palabras “leyes, reglamentos, órdenes o disciplina”; las dos últimas (*órdenes o disciplina*) aluden a las reglas de conducta dictadas por quien esté provisto de potestad ordenadora o disciplinaria. Fuera de la hipótesis así prevista no es excusable la ignorancia de las

reglas que constituyen la cultura normal; el defecto de ésta, precisamente, se llama *impericia*; con ello se refiere la ley necesariamente a un tipo de hombre culto, construído sobre la media de los hombres que pertenecen a determinada categoría. Esa tipificación, expresada en el concepto de la *pericia*, es un instrumento indispensable para la diagnóstico del error en el aspecto de la excusabilidad y, por tanto, del caso fortuito; por lo cual la espléndida creación de la jurisprudencia romana, que fué el *diligens pater familias*, está implícitamente contenida en el art. 43; sólo ha de advertirse que no se trata de un tipo único, sino de una pluralidad de tipos, para cuya construcción se debe tomar en cuenta la división del trabajo y, por tanto, del saber, tal como se presenta en la realidad. Si la regla cuya ignorancia ha ocasionado el daño no entra en la normal cultura del agente, no por ello el error es excusable si le fué posible, antes de actuar, tomar consejo de un perito; esta otra razón de *inexcusabilidad* está expresada por el art. 43 con la voz *imprudencia*: la prudencia exige de quien no sabe que no obre sin tratar de saber por lo menos.

En segundo lugar, el juicio exige conocimiento de los hechos a que debe aplicarse la ley, y a tal fin observación paciente; aquí aflora el concepto de la *diligencia*, palabra estupenda, la cual, con la idea del amor (*diligere*, amar), expresa la razón de la fatiga soportada para que no se desvíe el pensamiento; negligencia, constituye, por tanto, defecto de la paciencia necesaria para la exacta aplicación de la ley al caso.

Resumiendo estas observaciones, cabe concluir que *es inexcusable el error concerniente a una regla que el agente podía conocer, o a un hecho que el agente podía observar*.

118. *Culpa sin previsión*. — Cuando la imprevisión del daño se debe a error inexcusable, se habla de culpa.

Aquí, ante todo, para evitar los acostumbrados inconvenientes debidos al significado promiscuo de las palabras, debe advertirse al alumno que también el vocablo *culpa* lo emplean los juristas en dos sentidos: en un sentido más restringido significa *una especie de intención ilícita* y se contrapone a *dolo*; en un sentido más amplio comprende también el dolo, equivaliendo a *intención del delito* y contraponiéndose, en cambio, a *buena fe*; en este significado más amplio se usaba, por ejemplo, en el art. 1151 del viejo Código civil; en cambio, en el nuevo, art. 2043, el significado de culpa es el más restringido. En el lenguaje del Código penal, *culpa* se dice siempre con este último significado, que es el suyo propio; pero *culpable* se emplea para indicar al que, teniendo la intención del delito, debe ser castigado (cfr., por ejemplo, el art. 56) también cuando su intención responde no a la figura de la culpa, sino a la que se delineará a continuación, del dolo. Ha de advertirse también, que aun en el significado más restringido, en antítesis a dolo, *culpa* no se resuelve sólo en la *imprevisión por error*

*inexcusable*, pues resulta claramente del art. 43 que el delito puede ser culposo también cuando se prevea el acontecimiento, por lo cual de la culpa, en sentido estricto, se dan dos especies: *con previsión y sin previsión* (cfr. art. 61, n. 3, Cód. pen.).

La que suele llamarse *culpa sin previsión* es, más exactamente, *culpa*, o sea, error inexcusable, *en la previsión*: imprevisión del daño o, en otras palabras, previsión de un evento no dañoso debida a error inexcusable.

## § 2

### DE LA DELIBERACIÓN DEL DELITO

119. *Deliberación del fin.*— Con la verificación del fin, cuando el juicio termina en su existencia y, por tanto, en su realidad, el *iter actus* no queda, o no debiera quedar por lo menos, terminado; el último tramo es incluso el más difícil de recorrer y de saber; comprobado que el fin constituye el desarrollo de un interés suyo, el agente tiene algo más que comprobar: si me coloco hambriento en presencia del pan ajeno, sé que, aunque estuviese seguro de poderme dominar, quedarían en mí otras razones de incertidumbre que habré de superar para apoderarme de él; si no para apoderarme del pan, continuamente se desarrolla en mi conciencia este drama, a propósito de mis más variados intereses. A menudo, la incertidumbre es verdadera perplejidad, por lo que “el sí y el no compiten en mi cabeza”; y cuando la resuelvo es como si me liberara de un peso, así que comprendo por qué se dice que *he deliberado*. Esta es la fase del juicio crítico o juicio de valor, cuya función, en sus términos más simples, es la de valorar mi interés en comparación con el interés ajeno y, en los términos más elevados, la de asignar al fin su valor moral.

Con frecuencia, por desgracia, la presión de su interés es tal, que los hombres obran sin proceder a este último juicio, o a pesar de su resultado negativo: puede ocurrir, en verdad, que el hambre me impulse a apoderarme del pan aunque sepa que no debería tomarlo. Esta simple observación, en una fase histórica de falta de vigor del pensamiento, ha conducido a más de uno a negar la libertad; ese modo de pensar que se llama *determinismo*, se resuelve, en fin de cuentas, en creer que los hombres no pueden reaccionar contra el impulso de sus intereses. Ha de reconocerse que el error ha sido facilitado por el modo como se suele concebir la libertad en el mecanismo de la acción: cuando se considera el libre albedrío como una indiferencia entre el hacer y el no hacer, en forma que ser libre quiera decir no estar predeterminado, se abre el camino a la negación de la libertad. Pero, en verdad, no es esa indiferencia la libertad, sino la fuerza de resistir a

aquella presión, fuerza que la experiencia propia y ajena nos demuestra todos los días ser real, y la razón enseña que no deriva de otra cosa sino del orden, que ejerce su benéfica atracción sobre el hombre. Éste es el momento de recordar que el estudio del espíritu, como lo advertí al principio, no debe hacerse únicamente sobre los locos o los idiotas, sino también sobre los héroes y los santos: ahora bien, si la observación de aquéllos oculta la libertad, la observación de éstos, la pone en plena luz. Si después de haber juzgado que puede apoderarse del pan, no pudiese el hombre resistir al deseo, ninguna diferencia habría entre él y el animal, de manera que el determinismo se resuelve en el más brutal materialismo.

Sólo se puede admitir que haya hombres que, como una enfermedad corporal, puedan presentar una enfermedad del espíritu por la cual quede anulada o grandemente disminuída su libertad. Si tal enfermedad puede limitarse al espíritu en la fase de la voluntad, dejando intacto el pensamiento, es un problema que mi experiencia y mis conocimientos no me permiten resolver; sólo hago notar que la ley lo ha resuelto en sentido afirmativo, *poniendo alternativamente la incapacidad de entender o de querer como requisito de la no imputabilidad*, y así supone que puede haber enfermos mentales en que la incapacidad no afecte al entender y se limite a querer. En cuanto tal enfermedad exista, es justo negar respecto de los afectados de ella el libre albedrío y con él la responsabilidad moral y penal; pero precisamente esa negación implica su afirmación respecto de los hombres normales.

Por lo demás, sobre esa afirmación se funda el derecho penal, toda vez que delito y pena son, como dijimos desde el principio, fenómenos esencialmente morales: afirmar la pena y negar la libertad es una *contradictio in adiecto*; por lo cual la consecuencia de la negación debiera ser lógicamente la abolición del derecho penal. Que la misma escuela positiva no haya ido tan lejos, sino que haya gustado de llamarse escuela penal, a través del ilógico término medio de la responsabilidad social, es el signo exterior de la contradicción. El determinismo es la sombra que vela su luz; tal es el destino de los hombres, no llegar nunca a purgar enteramente la verdad de las escorias del error.

Es mérito del legislador italiano el haber entresacado, del programa de dicha escuela, lo eterno de lo caduco y, por tanto, no haberla seguido en lo que era su falso camino, no tanto manteniendo cuanto acentuando la directiva liberal del Código ZANARDELLI; sobre la fórmula del art. 45 de éste ("nadie puede ser castigado por un delito si no ha querido el hecho que lo constituye") la fórmula del art. 42 del Código Rocco tiene la ventaja, con la distinción entre "conciencia" y "voluntad", de haber intuído el desarrollo del espíritu, colocando la voluntad en el vértice de él, por encima del pensamiento; así se dice

claramente, aunque las palabras no sean precisas, que a la previsión deben seguir alguna otra cosa para que se cumpla el momento psicológico del acto.

Esa alguna otra cosa se llama, en el art. 42, "voluntad"; en este sentido se pronuncia la tradición del lenguaje jurídico y del lenguaje común. Pero, para los fines científicos, esta tradición debe ser sometida a nuevo examen. Ya la palabra "conciencia", en el art. 42, es de precisión dudosa: *conciencia*, en su significado propio, es *scientia sui* [conocimiento de sí], por lo que debiera decirse *ciencia* solamente; pero, como este sustantivo tiene en la práctica un significado más restringido, hubiera sido fácil invertir la frase, diciendo: "nadie puede ser castigado por una acción u omisión... *si no ha sabido que la cometía*"; técnicamente, de todos modos, lo que la ley llama "conciencia" es la previsión. Por otra parte, ya hemos hecho notar que la palabra "voluntad", en el art. 42, no puede tener el mismo significado que en el art. 85: cierto, según este último, capacidad de *querer* es capacidad de *resistir* a la presión del interés, o sea, no de *elegir solamente*, sino de *elegir el bien*; en cambio, en los arts. 42 y 43, si lo que se quiere es el hecho prohibido, querer es *no resistir*, y, por tanto, *elegir el mal*; por consiguiente, si en el lenguaje común *querer* se dice en dos sentidos, uno genérico, que denota solamente la *elección*, y el otro específico, que denota, en cambio, una *elección*, o sea, la *elección del bien*, es evidente que, por su trabajo de precisión, la ciencia debe salir de esa ambigüedad. No sólo la teoría del delito, sino también la teoría de todo acto jurídico en su momento psicológico, ha sufrido más de lo creíble, como ocurre a menudo, por los equívocos que de ello se siguen; y como, en el análisis del espíritu, la palabra *voluntad* sirve precisamente para denotar el tercer grado o grado supremo, que está sobre el pensamiento y atañe, no sólo al descubrimiento, sino también a la aplicación del orden, está bien que sea ése el significado en que solamente la usa la ciencia. La verdad es que después de la previsión, como veremos dentro de poco que puede ocurrir, el momento psicológico del delito no se agota, el espíritu no obra en su continuación sino como pensamiento; si, cuando el fin previsto es un daño prohibido, se elevase el espíritu al grado de la voluntad, no se cometería el delito; no tanto se comete, pues, el delito porque se dirige a él la voluntad cuanto porque queda inerte. Lo que se nota en el momento psicológico, cuando continúa éste después de la previsión, es un *elegir*, no un *querer*; el cual *elegir* se llama propiamente *deliberar*: de este modo, la fórmula del art. 42 se explica diciendo: "nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito *si no ha sabido y deliberado que lo cometía*".

120. *Delitos sin deliberación; culpa con previsión.* — Puede ocurrir que después de la previsión del fin se detenga, como hace poco hemos indicado, el momento psicológico del acto, sin proseguir en el juicio crítico que termina en la elección: el conductor del automóvil, aunque

prevea que va a atropellar al peatón, se deja arrastrar por el vértigo de la carrera; hay ahí, en el campo psicológico, algo más que cuando no se ha previsto el daño, pero algo menos que cuando se ha deliberado el daño; un grado intermedio de intención que el Código Rocco, siguiendo las mejores directivas científicas, tiene el mérito de haber individualizado, distinguiendo así la *culpa sin previsión* de la *culpa con previsión*; efectivamente, en el art. 43, la fórmula de la culpa está construída de modo que la previsión del evento dañoso no la excluye; por lo demás, la mayor gravedad del delito culposo con previsión está reconocida por el art. 61, n. 2.

Ahora bien, la omisión del juicio crítico es, como el error no excusable en el juicio histórico o, mejor, como una de las especies de ese error, fruto de la falta de *amor al orden*, que con intuición admirable llamaron los hombres *diligencia* y, por tanto, una *negligencia*; por lo que la *negligencia* es la figura más grave de la culpa, de la cual viene a ser sinónimo: se ve, a propósito de la culpa sin previsión, que la negligencia corresponde a la no aplicación de la regla al hecho, en lo que consiste lógicamente el último grado de este tipo de culpa. Sin duda, el error de quien, conociendo la regla, la aplica mal es menos excusable que el de quien no la conoce; por tanto, también de la culpa sin previsión se pasa a la culpa con previsión a través de una especie de la primera, que es la más próxima a la segunda, y la negligencia comprende a la vez esta especie más grave de la culpa sin previsión; y la inmoralidad consiste no ya en haber formado mal el juicio histórico, sino en no haber procurado el juicio crítico antes de obrar; inmoralidad verdadera, que se resuelve, decíamos, como demuestra la palabra, en un defecto de amor: si el conductor del automóvil, aun no tanto debiendo prever cuanto habiendo previsto que su máquina va a arrollar al peatón, no frena su marcha, aunque su interés no sea el de matarlo o herirlo, sino sólo el de ir de prisa, es verdaderamente el *amor al prójimo* lo que le falta; y ese defecto, justamente porque el amor es el grado más bajo del espíritu en comparación con el defecto de pensamiento, constituye una inmoralidad más grave.

121. *Delito con deliberación; dolo*. — El ejemplo del conductor de un automóvil que, por cálculo errado, no ha previsto que atropellaba a un peatón o que, por el placer de la carrera, aun habiendo previsto que lo atropellaría, no se pregunta si le es lícito, sin embargo, no frenar, como debe servir desde luego al alumno para que perciba el paso de la culpa sin previsión a la culpa con previsión, así lo ha llevado también sobre el límite del concepto del dolo: un defecto de moralidad más grave aún es el de aquel que, en lugar de omitir el juicio crítico, proceda a él y no obstante ello delibere que se cumpla lo previsto, no tanto porque no lo detiene el *amor* cuanto porque lo lanza a ello el *odio* hacia quien será atropellado. Esto es el dolo: *no sólo previsión, sino deliberación del daño prohibido*, lo que quiere decir *elección del daño en*

*comparación con el no daño.* Cuando el art. 43 resuelve el dolo no ya sólo en prever, sino en *querer* el daño, siendo en esta fórmula, como vimos, usado *querer* por *deliberar*, dice precisamente lo mismo.

*El dolo, a diferencia de la culpa, implica, por tanto, la previsión del daño;* si no se prevé el daño, se excluye el dolo; si el error no es excusable, podrá existir la culpa, pero no el dolo; por tanto, el error, excusable o no, excluye el dolo (art. 47, Cód. pen.). No tanto debe preverse un daño para que haya dolo cuanto un daño *prohibido*; o sea, el daño en la forma en que constituye objeto de la obligación penal. Si, por efecto de error, la previsión fuese de un daño no prohibido, faltaría el presupuesto de la deliberación de él; por tanto, si mato a uno creyendo por error encontrarme en estado de *necesidad* (art. 54, Cód. pen.) o de *legítima defensa* (art. 52), no se trata de homicidio doloso, sino solamente, en cuanto el error no sea excusable, de homicidio culposo. Este principio está reconocido por el art. 59<sup>3</sup> respecto de cualquiera *circunstancia impositiva*, y aplicado particularmente, aunque no había necesidad, por el art. 55 a la hipótesis del daño irrogado en el cumplimiento de una obligación o en el ejercicio de una facultad. Cuando el art. 59<sup>3</sup> dice que, “si el agente considera por error que existan circunstancias que excluyen la pena, se las valora siempre a favor de él”; pero que, “sin embargo, si se trata de error determinado por culpa, no se excluye la punibilidad cuando el hecho está previsto por la ley como delito culposo”, resuelve con fórmula pleonástica la simple verdad de que cuantas veces considere por error el agente que el daño no está penalmente prohibido, o sea, que no es objeto de una obligación penal, se excluye el dolo; salvo la existencia del delito culposo cuando no sea excusable el error. Por otra parte, cuando el art. 55 aplica “las disposiciones relativas a los delitos culposos si el hecho está previsto por la ley como delito culposo” al caso en que “al cometer alguno de los hechos previstos por los arts. 51, 52, 53 y 54 se pasan culposamente los límites establecidos por la ley o por la orden de la autoridad o impuestos por la necesidad”, porque el exceso culposo implica el error en la previsión del daño ocasionado, no hace a su vez sino aplicar el mismo principio. Por lo demás, el no haber sido consciente, como ya lo hemos hecho notar, de la unidad fundamental de la norma contenida en el art. 51 con la expresada en el art. 50, ha hecho que el legislador haya omitido en el art. 55 la mención del art. 50, que debiera haberse incluido en él. Sin embargo, el olvido no es perjudicial; porque, en todo caso, la hipótesis entra en el último apartado del art. 59 (si creo, por error, que se incluye en la venta un objeto, que queda, en cambio, excluido de ella, y me apodero de él, la inexistencia del delito de hurto no depende de otra norma que de la del art. 59<sup>3</sup> en relación con el art. 50 del Cód. pen.). *Pero si para el dolo es necesaria la previsión del daño prohibido, no hace falta que en la previsión entren las circunstancias agravantes;* por ello, según el art. 59<sup>1</sup>, “las circunstancias que agravan... la pena, se valoran... a cargo... del agente, aunque

no fueran conocidas por él o por error las creyera él inexistentes". Así, es doloso el homicidio aunque el agente no supiera que la víctima era un ascendiente o descendiente suyo (art. 577<sup>1</sup>, n. 1). En conclusión, el dolo implica la *previsión de la existencia de los requisitos constitutivos y de la inexistencia de las circunstancias impeditivas del delito*.

Si esta previsión es necesaria, no basta, sin embargo, para constituir el dolo; en efecto, si esa previsión es elemento diferencial entre el dolo y la culpa sin previsión, en cambio es elemento común al dolo y a la culpa con previsión: el *elemento diferencial entre ésta y aquélla es la deliberación*. Éste es el verdadero elemento específico del dolo, el cual es, por tanto, el índice máximo de la inmoralidad del acto; y la inmoralidad consiste en la perversión del espíritu en lo que es su grado inferior y fundamental, o sea, en la perversión del amor. La esencia inmoral del dolo es el *odio*, mientras que la de la culpa es el *no amor*; perversión, y acaso mejor inversión, del amor por la cual el hombre pone en sí mismo y no en el universo su goce; por donde la raíz del delito, como la del pecado, está en el *egoísmo*, y mejor sería decir en la *soberbia*, por la que el hombre se contrapone e incluso se sobrepone al universo.

122. *Error en la deliberación; buena fe*. — Si también la deliberación como la previsión es un juicio (si bien, no de existencia, sino de valor), también en ella puede infiltrarse el error; error no ya acerca del hecho previsto, sino acerca de su licitud; error que puede ser, como suele decirse, *de derecho* o *de hecho*: el agente puede suponer la inexistencia de la ley que establece su ilicitud o la existencia de una circunstancia que según la ley la impide.

El error de derecho es en todo caso ineficaz para excluir no sólo la culpa, sino ni siquiera el dolo; es un principio fundamental que *ignorantia legis non excusat* [la ignorancia de la ley no excusa], lo que no debe entenderse en el sentido de la inexcusabilidad de ese error (por lo que implicaría en todo caso su culpa, pero no también el dolo), sino en el de su *absoluta intrascendencia* (por lo cual ningún beneficio puede seguirse de él para el agente, ni siquiera el de constituir a su favor un grado menor de desobediencia). Ese principio lo formula, en términos justamente severos, el art. 5 del Cód. pen.: "nadie puede invocar en su excusa la ignorancia de la ley penal". La razón de este principio se suele fundar en una necesidad del orden jurídico, que de lo contrario no podría lograr sus fines; pero, así propuesta, no puede persuadir de ningún modo: si el error acerca de la ley fuese excusable, esto es, si no obstante toda diligencia no la hubiese conocido el agente, no podría haber en ello ninguna necesidad de su castigo; y toca al Estado predisponer los medios aptos para procurar el conocimiento de sus leyes, en forma que se elimine la posibilidad o por lo menos la excusabilidad del error. El principio se funda, por el contrario, en la sustancia ética de la ley penal, la cual no dice al *subditus* nada que no deba estar ya



escrito en su conciencia; cuando es imputable, en la capacidad de entender y de querer se incluye ya la ciencia de las prohibiciones que la ley penal sanciona; en otras palabras, la capacidad de entender y de querer implica el conocimiento de los principios éticos a que se remite el derecho penal. Pero cualquiera comprende que, planteado sobre esta base el principio de la intrascendencia del error de derecho, postula la adhesión de la ley penal a la moral, la cual se resuelve en su extrema simplicidad; y que, en consecuencia, la absurda complicación de la ley penal quita al art. 5 todo fundamento de justicia: si en lugar de la sustancia ética tiene solamente la ley penal una sustancia política separada de aquélla, es necesario, por lo menos, su conocimiento real para que pueda hablarse de dolo, por lo cual el exorbitante número de las leyes penales y el modo, más que imperfecto, con que se procura su conocimiento a los ciudadanos, asigna al art. 5 un alcance abiertamente incivil.

Sin embargo, el principio de la intrascendencia del error de derecho no es absolutamente ilimitado; ya de una atenta lectura del art. 5 aparece el límite si el lector se fija en que no se habla en él de ignorancia *de la ley* en general, sino *de la ley penal*; el argumento lo toma de nuevo el art. 47<sup>3</sup>, según el cual “el error sobre una ley diversa de una ley penal” puede excluir la punibilidad: se trata, en consecuencia, de distinguir entre ley penal y ley no penal. Ley penal es ciertamente la que estatuye la obligación penal, o sea, la prohibición penalmente sancionada; se resuelve, por tanto, en una *norma material*, sobre cuyo concepto y cuya distinción de la *norma instrumental* reitero al alumno el consejo de procurarse una exacta información mediante la teoría general del derecho. Por lo demás, en la aplicación de la norma material penal interfieren a menudo normas instrumentales; que yo sustraiga una cosa mueble a su tenedor es un hurto o no es un hurto según que la cosa sea *mía* o *de otro*; pero que sea mía o de otro depende, entre otras cosas, de la validez de la venta que se me ha hecho, y de esta validez se juzga mediante las normas instrumentales acerca del contrato. Asimismo, esa sustracción es un hurto, o no, según que el *dominus* de la cosa me haya dado el consentimiento (art. 50, Cód. pen.); pero también aquí hay un negocio jurídico cuya validez depende de normas instrumentales; ejemplos de este género se pueden multiplicar fácilmente: reflexione además el lector acerca de la aplicación del art. 51 a la hipótesis del daño irrogado en el cumplimiento de una obligación constituida por una orden y, por tanto, en virtud de una norma instrumental. Evidentemente, el juicio de licitud del acto incluye la aplicación también de esas normas instrumentales y, por tanto, se complica en forma que puede ser más grave: es necesario, por ejemplo, un conocimiento a menudo refinado del derecho administrativo para saber si una orden, tal como está prevista por el art. 51 del Cód. pen., es legítima o no. Resulta fácil darse cuenta, en este punto, de que el fundamento de la intrascendencia del error de derecho, tal como

está estatuida por el art. 5 del Cód. pen., desaparece: si los elementales deberes éticos a que debiera ajustarse la ley penal están escritos en la conciencia y, por tanto, no pueden ser ignorados por nadie, no ocurre lo mismo con las normas instrumentales, que constituyen el mecanismo técnico del derecho, inevitablemente complicado y difícil de conocer. Estas normas son realmente no penales; no pueden serlo porque no constituyen obligaciones ni facultades, sino poderes y sujeciones; a propósito de lo cual volverá a ser una vez más útil y hasta necesaria al alumno una exacta clasificación de las situaciones jurídicas y el recuerdo de que las situaciones penales no son ni pueden ser más que materiales, esto es, obligaciones o facultades. A esas normas precisamente alude el art. 47<sup>3</sup>, el cual admite la trascendencia del error acerca de ellas "cuando ha ocasionado un error sobre el hecho constitutivo del delito". La última parte de la fórmula, en cuanto supone una ilógica *contaminatio* entre error de derecho y error de hecho, es manifiestamente empírica; el error de derecho no tanto ocasiona un error de hecho cuanto un error acerca de la *juridicidad del hecho*; o sea, de su conformidad con el tipo construido por la norma penal. Así ocurre siempre que el precepto considere no tanto un hecho simple cuanto un hecho jurídico, que tiene su ejemplar más conocido en la hipótesis del hurto; ya que la *res furtiva* no es una cosa cualquiera, sino una cosa *ajena* (art. 624, Cód. pen.), y ser ajena es un ser jurídico, esto es, según el derecho. Pero cien otras hipótesis están así construidas, comenzando por el adulterio, que no es el hecho de un cualquiera, sino el de una *persona casada* o con una *persona casada* (art. 559, Cód. pen.), para terminar por la calumnia, pues en el precepto del art. 367 del Cód. pen. entran los conceptos jurídicos de la *denuncia*, de la *querrela*, del *requerimiento*, de la *instancia*, de la *autoridad judicial* o de la *autoridad que tenga obligación de dar cuenta a aquélla*.

Por otra parte, el error de hecho puede parecer que no tenga nada de común con el juicio de licitud, siendo así que se refiere al juicio de existencia: si uno me hace beber un veneno creyéndolo una medicina, el error de la deliberación es evidentemente consecuencia de la previsión errónea. Pero, mirándolo bien, se advierte aquí que, aun siendo la previsión exacta, un error sobre el hecho puede viciar la deliberación: puedo prever bien que con un tiro de revólver mataré a un hombre, y no obstante creer lícita su muerte si juzgo que no puedo escapar en otra forma a su ofensa mortal. Pero ese juicio puede estar viciado por el error acerca de la inminencia o de la gravedad del peligro, que es típicamente error de hecho. A esta hipótesis de buena fe se refiere el art. 59<sup>3</sup>, el cual, disponiendo que "si el agente considera por error que existen circunstancias de exclusión de la pena, se las valora siempre a su favor", admite que el error de hecho sobre las circunstancias impeditivas excluye el delito.

Pero el art. 59<sup>3</sup> agrega que, "si se trata de error determinado por culpa, no se excluye la punibilidad cuando el hecho está previsto

por la ley como delito culposo"; lo cual se resuelve en limitar la buena fe a la hipótesis de error excusable sobre la circunstancia impeditiva. Por tanto, también del error de hecho en la deliberación se exige, como del error en la previsión, la excusabilidad para que exista la buena fe.

Se plantea ahora la duda de si, ante el silencio del art. 47<sup>3</sup>, deba considerarse ese límite también respecto del error de derecho. La respuesta no puede menos que ser afirmativa: también sobre la juridicidad del hecho se puede deber el error a negligencia y, si fuere tal, no se vería razón para reconocerle una eficacia que se negaría al error de hecho. Un error fortuito sobre ciertas normas jurídicas instrumentales, por ejemplo, se podrá admitir menos fácilmente si el agente es experto en el derecho, a cargo del cual sabrá considerar la impericia o la negligencia, según los casos. Por ello, la culpa se puede constituir también por el error de derecho en la deliberación; salvo, ya se comprende, su trascendencia para constituir el delito sólo en cuanto sea tal, que por solo título de culpa admita la ley su punibilidad.

La hipótesis de delito culposo por error inexcusable, de derecho o de hecho, en la deliberación, resolviéndose en un delito sin deliberación, toda vez que deliberado es un daño lícito, no un daño prohibido, pertenece a la figura de la culpa con previsión.

123. *Intención.* — Al final de nuestras observaciones acerca del momento psicológico del delito se pueden hacer las últimas sobre el concepto de intención y sobre el modo de constituirlo la ley.

*Intención* se llama el momento psicológico del delito o del acto en general. Se trata, en primer lugar, de comprender si es éste un vocablo apropiado. La respuesta es claramente afirmativa. Reflexionando que *intención* es el sustantivo de *intentar* y significa, por tanto, *tentar algo* (tender hacia algo), que no puede ser sino el *fin*, el momento psicológico del acto se denota así como *traducción del fin en finalidad*. Cuando el fin, que (no se olvide) no tanto consiste en un evento futuro como *en tal evento futuro que pueda constituir un interés*, se verifica, se prevé, no es necesario más para hacer de él una finalidad. *La previsión es, por tanto, el contenido mínimo de la intención.*

Sin previsión puede el hombre moverse, pero no obrar; sólo a través de la finalidad está dirigido por el pensamiento el movimiento; por eso, obrar es la traducción del intentar en realidad. No puede darse una intención del delito no tanto sin una previsión cuanto sin una cierta previsión (previsión que debe ser o previsión de un evento diverso del daño prohibido viciada por error no excusable o previsión del daño mismo prohibido).

Esta previsión, como es necesaria, también puede ser suficiente para constituir la intención. Quien reflexione que intención no es sino *intentar*, y que intentar en la ley misma es distinto de *querer* (art.

85<sup>2</sup>), intuye inmediatamente esta verdad: que la intención, como parece requerir el art. 42<sup>1</sup>, comprenda, no sólo el intentar, sino también el querer, según el modo de decir de la ley, es contrario al sentido de las palabras y a la clarísima fórmula del art. 85<sup>2</sup>. Sobre esta verdad, que aparece ya de cuanto en esta sección hemos venido diciendo, conviene insistir pacientemente. Invito una vez más a mis alumnos a que mediten acerca de las relaciones entre *prever* y *deliberar*, en las que está la clave del concepto de la *intención* no sólo del delito, sino también de cualquier acto. Entra en la previsión el cálculo de todas las consecuencias del obrar, por lo que se verifica si el fin es, o no, un interés del agente; y, por tanto, como suele decirse, la comparación entre el rendimiento y el costo del acto; mientras, ante el pan que se ofrece a mi hambre, hago yo la cuenta, no sólo de la posibilidad de apoderarme de él, sino también del riesgo de ser sorprendido por su dueño mientras lo hago; y así, no sólo de tenerlo que restituir habiendo trabajado inútilmente, sino también de ser apaleado y avergonzado, estoy siempre en el campo de la previsión, la cual comprende toda la situación futura en su integridad; ni es necesario más, si en esa situación se concreta un interés mío para que la previsión se resuelva en la acción. Este resolverse se puede parangonar al ceder de una resistencia cuando la presión contra ella llega a cierta intensidad: el peso del fin previsto rompe un equilibrio del cuerpo humano. Si, como ocurre tan a menudo, a ese momento resolutorio de la previsión se le da el nombre de voluntad, la voluntad, en lugar de ser propia del hombre, es común a todo animal, en el cual el mecanismo de la tendencia al fin se desarrolla del mismo modo. La verdad reside en que una cosa es *resolver* y otra *deliberar*, y el uso indistinto de las dos palabras constituye una de las tantas inexactitudes de nuestro lenguaje: *resolver* no significa verdaderamente más que desatar, y una *resolución*, al final de la previsión; o sea, un *desatarse*, por el sí o por el no, no puede menos de ser ni representar otra cosa, en fin de cuentas, que el resultado del cálculo.

Lo propio del hombre en comparación con el animal viene después de la previsión, y se llama *deliberar*; que quiere decir, como la palabra misma lo indica, cimentar la solución en el juego de la libertad: humano es, no el ceder de la resistencia a la presión del interés, sino reforzarla hasta no ceder pese a la presión: ésta es la voluntad. Ahora bien, la voluntad constituye el fundamento de la responsabilidad penal, no porque se la ejercite en el delito, *sino porque no se la ejercita*. Por tanto, para componer la intención del delito, si hemos de pensar y hablar rectamente, no entra nunca la voluntad, sino a lo más la deliberación, o sea, la elección entre el bien y el mal. De esta elección pide al hombre cuentas Dios, y por él la ley, por no haberla hecho o por haberla hecho mal.

Separar con todo cuidado el bien del mal es el deber del hombre. Para hacer esa distinción, la primera condición es la de verificar con

todo cuidado todo fin suyo. Por ello, cualquier error no fortuito en la previsión se pone a su cargo, y basta para constituir la intención del delito; con mayor razón, si se prevé un daño, la omisión del juicio que sirve para la elección. Esta es la culpa; la cual es, por consiguiente, una *intención sin deliberación del delito*. Hay que abandonar el prejuicio de que el momento psicológico de cualquier delito y, por tanto, también del delito culposo, como dice el primer apartado del art. 42 del Cód. pen., esté compuesto de *conciencia* (*rectius*, previsión) y *voluntad* (*rectius*, deliberación); o, en otras palabras, que cualquier delito se revuelva en una conducta *consciente y voluntaria*. En eso está uno de los equívocos engendrados por la inexactitud secular de nuestro pensamiento acerca del concepto de voluntad; y cuáles sean los daños de este equívoco en la formación de la ciencia, lo demuestra la desesperante y desesperada complicación de las teorías sobre la intención del delito. Una de estas complicaciones consiste en la distinción entre *voluntad de la acción* y *voluntad del evento*, según la cual se admite que también en el delito culposo entra, según el acostumbrado modo de hablar, no sólo la conciencia, sino también la voluntad; y se ha construido, respecto de todos los delitos, la fórmula del primer apartado del art. 42 (en el delito culposo entraría solamente la voluntad de la acción, no la voluntad del evento): si, en lugar de este concepto vago y desenfocado de la voluntad, se hubiese operado con el de la deliberación, hubiera sido fácil hacerse cargo de que lo deliberado es lo previsto, y lo previsto es el evento; e incluso, más propiamente, el fin, no la acción, a la cual, aislándola del evento, no se puede referir la intención: en la culpa, a diferencia del dolo, si no se delibera el evento, ninguna otra cosa se puede deliberar; por lo cual consiste verdaderamente en una intención sin deliberación.

Más grave es la violación del deber cuando el hombre no ya omite por negligencia la elección entre el bien y el mal, sino que deliberadamente prefiere el mal. Entonces la intención va más allá de la previsión y se convierte en dolo. Entonces el fin se actúa, *no aunque sea un mal, sino porque es un mal*. Entonces el delito es fruto no tanto de un *no tender al orden*, cuanto de un *tender al desorden*. Entonces el hombre no tanto no se ajusta cuanto se contrapone al universo.

Si obrar según el orden se llama *obedecer*, la intención del delito es lo contrario de la obediencia, y la distinción de la culpa respecto del dolo es paralela a la diferencia entre el *no obedecer* y el *desobedecer*. Ahora bien, puesto que obrar según el orden tiene su raíz en el gozar el orden, que es amar, la diferencia es también la misma que entre *odio* y *no amor*. He aquí cómo se aclaran las relaciones entre *obediencia* y *diligencia* (*diligere*, amar), y la resolución de la culpa en la negligencia aparece como una intuición maravillosa. Por otra parte, la suficiencia de la culpa para constituir la intención del delito explica por qué con esa palabra no sólo se denota la menos intensa intención

del delito, sino también toda especie de intención; de manera que, en el segundo y más amplio significado, culpa, en lugar de contraponerse al dolo, lo incluye.

124. *Delito sin intención.*—Dice el tercer apartado del art. 42 del Cód. pen., que “la ley determina los casos en que el evento se pone en otra forma a cargo del agente, como consecuencia de su acción u omisión”, en otra forma quiere decir, pues, *sin intención*, o sea, sin dolo o culpa alguna. En estos casos se acostumbra a hablar de *responsabilidad penal sin culpa o responsabilidad penal objetiva*.

Si verdaderamente una responsabilidad penal sin culpa estuviese estatuida, ello sería una de las más graves oposiciones entre el derecho y la moral y, por tanto, una de las más intolerables imperfecciones del derecho penal: basta reflexionar que el castigo del daño sin culpa es castigo del inocente para hacerse cargo de esta verdad; por lo cual, si el delito sin culpa existiese verdaderamente según nuestra ley, se hubiera invertido la marcha de la civilización; la indignación de nuestra conciencia por la muerte de los rehenes, que integra una de las mayores vergüenzas de la última contienda bélica, constituye un signo infalible de ello.

Por fortuna, también el tercer apartado del art. 42 contiene una enunciación tan pesimista como inexacta, aunque se deba a los resultados, no definitivos, hasta ahora logrados por la ciencia acerca del problema de la intención. La verdad y la suerte es que no existen en el derecho penal italiano delitos sin intención.

De la responsabilidad penal objetiva, el ejemplo más conocido y común es el relativo a los llamados *delitos de imprenta*, regulados por los arts. 57 y 58 del Cód. pen. Es probable que la colocación de estas normas en el libro primero del Código penal se deba a la impresión de sus redactores de que verdaderamente contengan una derogación al principio del art. 43; pero es una impresión falaz. Bastará que el lector las lea para convencerse de que esas normas no hacen más que instituir, en cambio, a cargo del *director o redactor responsable*, del *editor* o del *impresor*, según los casos, un *delito omisivo (calificado)*, que consiste en *no haber impedido el daño ocasionado por la publicación*. El momento psicológico de ese delito debe valorarse según las normas comunes; por tanto, entre otras cosas, se aplican a él los arts. 45, 46, 47, etc., del Cód. pen.; los cuales, por el contrario, si se tratase verdaderamente de responsabilidad sin culpa, no tendrían aplicación. Naturalmente, el director, redactor, editor o impresor no puede eximirse de la pena sosteniendo que no creía él que el escrito constituyera delito; pero la ineficacia de esta defensa no depende más que del art. 47 en relación con el art. 5 del Cód. pen., o sea, a lo más, de la inexcusabilidad del error de derecho; pues, si se alegase, en cambio, un excusable error de hecho por el que el imputado no hubiera podido conocer la ilicitud del escrito, debería excluirse el delito.

Si no existen, pues, en la ley penal italiana delitos sin intención, hay, en cambio, normas que ponen a cargo de quien haya cometido un delito eventos que se siguen de él, independientemente de su intención; por ejemplo, cuando quien me puso con su amenaza en el estado de necesidad previsto por el art. 54 del Cód. pen., responde penalmente del daño ocasionado por mí para salvarme de la amenaza (art. 54<sup>3</sup>), no es castigado él sin culpa, sino que la culpa se refiere al evento consistente en la amenaza, no al evento ocasionado por quien la ha sufrido. Por eso, si fué inducido él a la amenaza por una fuerza mayor (art. 45, Cód. pen.) o por error fortuito (art. 47, Cód. pen.), no debe ser castigado; pero si, en cambio, no hubiera podido prever siquiera el daño ocasionado por mí, no le serviría para eximirse de la pena. Un razonamiento análogo puede hacerse respecto de todas las hipótesis comprendidas en el concepto de la *sustitución en la relación jurídica penal*. Puesto que, como ahora vemos, también en estos casos el castigo depende de la intención del agente en orden al hecho llevado a cabo por él, hablar respecto de ellos de *responsabilidad penal sin culpa* constituye error manifiesto; el concepto justo es, en cambio, el de la *responsabilidad penal indirecta*, que no tanto es *responsabilidad por el hecho ajeno* cuanto *responsabilidad por el hecho ajeno derivado del hecho propio*. Esta puntualización del dato no excluye, sin embargo, que se pueda dudar de la exactitud de las normas aquí consideradas: en materia de responsabilidad indirecta la diferencia entre responsabilidad civil y responsabilidad penal debe meditarse atentamente; y es por lo menos discutible la paridad de trato entre ellas en que terminan esas normas, por lo menos muy audaces, del Código penal italiano.

### SECCIÓN TERCERA

#### De la actuación del delito

125. *Actuación del fin*. — Para que exista el delito, no basta que se ponga, prevea y delibere el fin, se requiere además que sea *actuado*; ahora es el caso de repetir el *cogitationis poenam nemo patitur* [nadie sufre la pena del pensamiento], que marca la diferencia formal entre el *delito* y el *pecado*. Así se cumple el *iter criminis* que, iniciado en la *tentación*, pasando por la *intención*, termina en la *actuación*.

Actuar el fin quiere decir, simplemente, que se convierte en un *acto*: ahora sirven aquí, o más bien son necesarias al alumno, otras nociones prejurídicas acerca del *acto* y, en particular, acerca de su distinción del *juicio*, distinción paralela a la diferencia entre el *espíritu* y la *materia* o, como suele decirse, entre lo *interior* y lo *exterior*; el juicio madura en el acto cuando *según ese juicio se transforma la*

*realidad*: habiendo previsto y deliberado matar, empuño el revólver y disparo; así se traduce la intención en la realidad. Obrar no es otra cosa, efectivamente, que esa traducción.

Piense ahora el alumno en que obrar es devenir y, por tanto, *transformarse: devenir el pensamiento realidad o transformarse el pensamiento en realidad*. Una vez más, el estudio del derecho exige ideas claras: lo que quiere decir fundamentos robustos fuera o, mejor, debajo de él; principalmente la distinción entre pensamiento y realidad, punto de partida de todo saber.

126. *Análisis del acto*. — Ahora necesitamos y nos es muy provechoso el concepto, prejurídico también, del *hecho*, que he tratado asimismo de construir para mis discípulos del mejor modo que me ha sido posible. El hecho es un segmento del devenir, encerrado entre dos situaciones: situación *inicial* y situación *final*; la primera se llama *principio* y la segunda *evento*.

El hecho se llama *acto* cuando se debe a una acción del hombre; entonces *principio* es la situación del hombre que habíamos aprendido a conocer con el nombre de *resolución*, y *evento* es la otra en que se concreta la modificación de los dos intereses en conflicto, esto es, la *ventaja* y el *daño* de una o de otra parte del delito: si mi intención de apoderarme del pan que no es mío pasa a ser un acto, éste comienza en el imperceptible instante en que, superado el momento psicológico, comienza mi cuerpo a ejecutar el movimiento necesario para apoderarme de él y termina con el pan en mis manos, en lo cual está mi ventaja y el daño del *dominus*.

Entre el principio y el evento se desenvuelve el ciclo del hecho, que es una serie de situaciones intermedias donde están vinculados el uno al otro; si se tomase cinematográficamente mi apoderamiento del pan, cada una de las fotografías que constituyen la *película* daría la idea de cada una de esas situaciones: en cada una de ellas habría algo de mí y algo ajeno a mí, mi mano que se alarga y el pan que se aproxima; *la parte del hombre en el hecho durante todo su ciclo*, es lo que llamamos la *acción*.

La distinción entre los conceptos del *hecho*, del *acto*, del *evento*, de la *acción* (aunque, a mi modo de ver, no esté aún exactamente formulada) es una destacada aportación de la ciencia del derecho penal a la teoría general del derecho. El acto es *una especie del hecho, cuyo carácter está en que deriva del juicio*; por tanto, *un hecho personal*. El evento es *la situación final en que se resuelve el hecho y, en particular, el acto*. La acción es *la participación del agente en el hecho*; en otras palabras, *el devenir del agente en el hecho*.

Sólo la distinción ahora aclarada permite desenredar la madeja de los conceptos que se enmarañan en el tercer momento o momento físico del delito; a fin de llevar a cabo, o acaso solamente de intentar



ese delicado análisis, debe proceder el estudio, como lo hemos hecho respecto de la intención, en dos párrafos, dedicados respectivamente al *evento* y a la *acción*.

## § 1

### DEL EVENTO DEL DELITO

127. *Evento del delito.*—El evento del delito es, pues, la situación final del hecho en que se modifican respectivamente los intereses de las dos partes y se concreta así la ventaja del reo y el daño del ofendido. Puesto que la ventaja del uno y el daño del otro son dos términos correlativos, y la razón de la prohibición penal está en el segundo, el evento se puede definir más simplemente como el *daño prohibido*. Un acto es un delito en cuanto su evento sea un daño; en efecto, el evento lo denota la ley como *dañoso* (art. 40, Cód. pen.).

Cuando se habla de daño producido por el delito, he advertido ya que se emplea una fórmula inexacta; toda vez que el delito comprende el daño, no puede producir el daño, que sería un producirse a sí mismo. Es exacto, en cambio, que el daño *es producido por la acción del reo*, según se lee en el art. 40 del Cód. pen., donde se quiere decir que es la situación final de un ciclo en el cual ha participado el reo. Cómo se resuelva esa participación en la causalidad, lo veremos en el párrafo siguiente.

Desde ahora debe hacerse hincapié en la verdad de que no pueden darse delitos sin evento; si no terminase en el evento, el delito no sería un hecho, por lo que esta extravagante opinión se debe a la falta de los fundamentos prejurídicos de que ha sufrido tanto la ciencia del derecho penal. Si antes de hablar de hecho jurídico, o de hecho ilícito, se preocupasen los juristas por comprender lo que es el hecho, se hubiesen economizado muchas vanas disputas. No hay necesidad, para reconocer la persistencia del evento en el delito, de distinguir entre evento en sentido jurídico y evento en sentido material, de los cuales el segundo podría faltar, pero no el primero. Evento en sentido jurídico no puede significar más que evento jurídicamente trascendente; y la trascendencia jurídica supone la existencia física, por lo que también ese medio término se resuelve en una mortificación de la ciencia. Los datos acerca de los cuales ha ido densificándose, con la dificultad de entrever el evento, esa zona de sombra en la teoría del delito, pertenecen a la categoría de los delitos de peligro a que hemos hecho alusión ya y de los que volveremos a hablar en el punto siguiente; y el equívoco se descubre observando que la existencia del peligro basta para realizar el evento: por ejemplo, cuando se considera la *injuria* (art. 594, Cód. pen.) como delito sin evento, no se advierte que es precisamente un delito de peligro, y que en él está

el evento: por suerte, hay hombres a quienes una injuria no les irroga ningún daño y hasta ningún dolor, pero ello no quiere decir que no pueda irrogarlo, y precisamente esa posibilidad es el peligro, que se ha observado ya y se repetirá pronto que es una *species damni* y, de todos modos, un evento, como claramente lo reconoce la ley (art. 40, Cód. pen.).

128. *Delito de daño y delito de peligro.*—Ya hemos dicho que también el peligro es un daño, en cuanto la probabilidad de lesión de un interés lesiona ya ese mismo interés; precisamente *peligro y daño son dos grados diversos de lesión del mismo interés*; el peligro de daño es una *menor lesión del interés al que el daño se refiere*.

De la distinción así planteada entre peligro y daño se desprende que a veces, para el castigo del acto, puede la ley exigir la lesión mayor y a veces sólo la lesión menor del interés; a la primera hipótesis corresponde la figura del *delito de daño*; a la segunda, la del *delito de peligro*: hay delito de daño cuando el evento previsto por la ley está constituido por la *lesión efectiva*; y en cambio, hay delito de peligro cuando está constituido por la *lesión probable de un interés*. Se comprende que el castigo del evento peligroso y, por tanto, la constitución de un delito de peligro, supone un empeño del Estado (en la protección de un interés) mayor que el que se manifiesta en el castigo del acto dañoso y, por tanto, en la constitución del delito de daño.

La distinción, o mejor la antítesis, entre las dos especies de delito es ejemplarmente visible en la comparación entre el *homicidio* y el *regicidio*; vuelva el alumno a leer la fórmula de los arts. 575 y 276 del Cód. pen., y medite acerca de las mismas palabras de sus respectivas rúbricas; la noción del *atentado* es típica del delito de peligro. Otra pareja de delitos en que puede ensayarse la distinción la ofrecen la *lesión personal* (art. 582, Cód. pen.) y la *injuria* (art. 594, Cód. pen.): de la comparación entre la fórmula “quienquiera que ocasione a alguien una lesión personal” y la fórmula “quienquiera que ofenda el honor o el decoro de una persona” se desprende, si bien con menos claridad, que, según esta última, basta el peligro de la lesión, aun sin lesión efectiva, para constituir el delito. Igualmente útil puede ser el parangón entre los *daños* (art. 635, Cód. pen.) y el *incendio* (arts. 423 y sigtes.); el evento de este último, si ha sido aplicado a la cosa ajena, no es la destrucción o el deterioro de la cosa incendiada, sino el peligro, mediante la propagación del fuego, de un daño mayor; por eso, si la cosa de otro a la que he prendido fuego, a fin de destruirla o de deteriorarla, se destruye o deteriora realmente, concurren, como se verá más adelante, los dos delitos.

La distinción entre *delitos de daño* y *delitos de peligro*, aunque esta fórmula sea reciente, ha sido intuída desde las primeras geniales elaboraciones científicas de la escuela clásica italiana, cuya contraposición entre *delito material* y *delito formal*, con diversas y no tan

claras palabras, quería decir lo mismo; aunque no tenga yo aquí la posibilidad de aludir siquiera a la historia de las doctrinas, hago esta observación porque la antigua terminología corre todavía en la práctica y pudiera ocasionar cierta sorpresa al alumno, si no se la tuviera en cuenta.

129. *Trascendencia jurídica del evento.* — El valor del concepto de evento es máximo para la teoría del delito, y en general, para la del acto jurídico; no hay acto jurídico, ni con mayor razón delito, cuyo evento no deba ser regulado (o, como suele decirse, “previsto”) por la ley; en otras palabras, el *minimum* de la reglamentación jurídica del delito lo constituye la determinación de su evento. Hemos visto que hay delitos respecto de los cuales es indiferente el fin; hay otros, aunque sea ésta una excepción (cfr. art. 42<sup>3</sup>), respecto de los cuales puede ser indiferente la intención; finalmente, dentro de poco veremos que hay también otros respecto de los cuales es indiferente la acción; pero no existe un delito cuyo evento no regule la ley; debe verificarse un daño o un peligro, en conformidad con una norma penal, para que se pueda hablar de delito. La primera investigación que ha de realizarse para saber si existe delito, es siempre la de si se ha verificado un daño o un peligro tal como está previsto por la ley.

Rectifico, con esta indicación, un error en que yo mismo he incurrido, en un primer intento de construcción de la teoría del delito, admitiendo una distinción entre *delitos de acción* y *delitos de evento*, el primero de cuyos términos se resolvería en la hipótesis de un *delito de evento intrascendente*, que no pertenece ni puede pertenecer a la realidad. Se trata de una concesión que me sentí inducido a hacer, pero que no debe hacerse, a la opinión que admite delitos sin evento; pero la verdad es que, como no se pueden dar hechos sin evento, tampoco pueden darse hechos jurídicos sin que por lo menos su evento esté regulado por el derecho. La distinción entre *delitos de evento* y *delitos de acción* no es más que un disfraz de la de *delitos de daño* y *delitos de peligro*: el *ofender* el honor, el decoro, la reputación, de la injuria o de la difamación (arts. 594, 595, Cód. pen.), el *jurar en falso*, del falso juramento (art. 371, Cód. pen.), el *afirmar la falsedad* o *negar la verdad*, del falso testimonio (art. 372, Cód. pen.), como el *atentar contra la vida del rey*, del *regicidio* (art. 276), son también eventos que la ley describe mediante esas palabras; con esto sólo de particular, que son eventos castigados en previsión de un daño mayor que de ellos puede seguirse: el efectivo menoscabo del honor, del decoro o de la reputación, la injusticia de la sentencia, la herida o la muerte del rey.

130. *Relaciones entre el fin y el evento.* — No sólo en sí mismo, o sea por su comparación con el evento determinado en el precepto penal, es trascendente el evento para la existencia del delito, sino que

lo es también en *relación al fin*; o sea, por su comparación con éste. Respecto de lo cual recuérdese que el fin no es sino la anticipación imaginativa del evento, por lo que la comparación se plantea entre lo que el agente ha imaginado y lo que ha ocurrido; naturalmente, se trata del fin verificado y deliberado por el agente y convertido así en objeto de la intención; por tanto, mejor que *fin* se diría, como alguna vez se lee en el código, *finalidad* (ejemplo, arts. 424, 429); pero, toda vez que el uso común no distingue entre esas palabras, unas veces se dice en el código *fin* (ejemplo, arts. 392, 393) y otras también, como ya lo hemos hecho notar, *causa* (ejemplo, art. 587) o *motivo* (ejemplo, arts. 61, n. 1 y 62, n. 1). Menos exacto es, en cambio, hacer la comparación, como lo hace la ley en las fórmulas, que pronto consideraremos, del delito *según la intención, más allá de la intención y contra la intención* (art. 43, Cód. pen.), entre el evento y la intención; pues uno de los datos del parangón no es el *prever* o el *deliberar*, en lo cual está la intención, sino lo *previsto* o lo *deliberado*, que no es sino el fin.

De esta comparación puede surgir la *coincidencia* o la *divergencia* entre el *fin* y el *evento*, a propósito de lo cual se presenta al estudioso del derecho penal la oposición entre *causalidad* y *finalidad*, otro de los aspectos de la imperfección humana. En el plano de la inteligencia creadora, que es la sabiduría divina, no hay discrepancia entre los dos términos, por lo que la sabiduría se resuelve en potencia y la finalidad en causalidad; si un modo de ser de la naturaleza nos parece ponerlos en contraste, no es más que una apariencia determinada por nuestro reducido saber, que a medida que se acrecienta disipa una a una tales apariencias. Pero, en el plano de la inteligencia humana, que no es más que *inventiva*, se plantea desgraciadamente la oposición, por lo que no todo fin se resuelve en causa, y la finalidad, lejos de dominar la causalidad, está dominada por ella. Así, para nosotros, el evento no se ajusta con frecuencia al fin; y esa divergencia no sólo puede deberse a la *falibilidad del juicio*, como ya hemos visto, sino también a la *falibilidad de la acción*, como dentro de poco veremos al contraponer a la figura del *error* la de la *aberratio*.

Ahora bien, la coincidencia o la divergencia puede ser *cualitativa* o *cuantitativa*; esto es, referirse a la *calidad del interés lesionado* (cuya lesión constituye el daño) o a la *gravedad de la lesión*.

131. *Delito doloso*.— Cuando hay coincidencia *cualitativa* entre el fin y el evento, el delito se llama *doloso*: en efecto, hemos visto que el dolo es la *deliberación del fin que se resuelve en el daño prohibido*; cuando a la intención sigue la actuación, y el fin se convierte en evento, surge de ello la *identidad entre el evento y el fin*; por eso dice la ley que el delito “es doloso... cuando el evento... es *previsto y querido* (*rectius*, deliberado) por el agente”.

Por lo demás, no es necesaria una larga meditación para darse cuenta de que en estos términos genéricos o aproximativos la noción

no podría ser exacta: por ejemplo, si un ladrón se propone robar un collar de brillantes y en la oscuridad se equivoca y roba un collar de perlas, el evento es diverso del fin; pero, ¿quién osaría negar el dolo? Por el contrario, el delito doloso está explícitamente admitido en un caso análogo por el art. 82 del Cód. pen., que presenta la hipótesis de la *aberratio ictus*, por la cual quien quería matar a Ticio ha matado a Cayo y, por tanto, es castigado por homicidio doloso. Que ésa sea una hipótesis de evento diverso del evento querido, según la fórmula de la ley, lo reconoce explícitamente el art. 83 del Cód. pen., donde la norma del artículo precedente se considera como excepción a la regla según la cual se excluye el dolo de la divergencia entre el evento y el fin; y, sin embargo, no obstante la diversidad, persiste el dolo. La razón de esto, si bien se mira, está en la intrascendencia de la calidad de la *res furtiva*, o de la identidad de la víctima, para los fines de la existencia del robo o del homicidio. Fácilmente se concluye de ello que, para que un delito sea doloso, no se necesita la coincidencia de cualquier carácter entre el fin y el evento, mientras resulta suficiente *que coincidan los caracteres por los cuales un evento es castigado por la ley*. Pero también ésta es una fórmula aproximativa, que debe ser aún elaborada.

Ahora tenemos que remitir al alumno a la clasificación de los requisitos, una de las claves de la teoría dinámica del delito; recordando la distinción entre *requisitos*, *circunstancias* y *condiciones*, póngase ahora a leer y meditar las normas, sumamente importantes, contenidas en los arts. 44 y 59 del Cód. penal.

Según el art. 44, “cuando para la punibilidad del delito (*rectius*, del hecho) exige la ley que se verifique una condición, el culpable responde del delito aunque el evento de que depende la verificación de la condición no sea querido por él”. Tomemos el ejemplo de los *actos abortivos sobre una mujer considerada encinta* (art. 550, Cód. pen.), que nos sirvió para dar la idea del tipo de requisito llamado *condición*: el art. 44 quiere decir que aunque el agente, habiendo deliberado la realización de los actos “dirigidos a procurar el aborto”, no haya previsto ni deliberado por tanto la lesión personal o la muerte que de ellos se siga, no se excluye, sin embargo, el dolo; en otras palabras, no se necesita deliberar y ni siquiera prever además la condición para que exista el dolo; de ello se sigue que *la coincidencia de requisitos entre el fin y el evento, necesaria para la existencia del dolo, no se refiere a las condiciones del delito*.

Del art. 59 del Cód. pen., se desprende, en segundo lugar, una diferencia fundamental entre las circunstancias, según sean *impeditivas* o *agravantes* o *atenuantes*; en efecto, respecto de las *agravantes* o *atenuantes* se dice, en el segundo apartado, que “si el agente considera por error que existen..., no se valoran en contra o a favor de él”; y en el primer apartado, en cambio, que, aunque considere que no existen, se ponen a cargo o a beneficio de él. Por el contrario,

respecto de las circunstancias impeditivas, mientras el primer apartado establece, como respecto de las atenuantes y agravantes, que si el agente no las ha previsto excluyen, sin embargo, el delito; en el caso contrario, o sea si el agente la ha supuesto erróneamente, valen a su favor, a diferencia de las agravantes o de las atenuantes. Pongamos un ejemplo, a fin de que en esta especie de maraña no pierda el lector el hilo: es una atenuante del delito de aborto la *causa de honor* prevista por el art. 551; si existe esa causa, aunque no la conozca el agente (supongamos que un médico dé a una partera eficaces consejos para procurar el aborto de una desconocida ilegítimamente encinta, que luego resulte ser su hija), se pone a su favor en la cuenta; pero, si no existe, aunque la suponga él erróneamente (al médico se le ha hecho creer que se trata de una hija suya, siendo así que la embarazada es una extraña), no se la toma en cuenta. Por otra parte, es circunstancia impeditiva el hecho de que se haya procurado el aborto para salvar la vida a la grávida (art. 54, Cód. pen.): si quien lo ha procurado no conocía la necesidad, pero existía ésta, no hay delito (luego veremos que ésta sería una hipótesis de *delito putativo*); pero también en el caso inverso, o sea que se creyera que existía sin existir, se debe excluir el delito.

La conclusión que debe sacarse de este régimen del error sobre las circunstancias es que son indiferentes para la existencia del delito las divergencias entre el fin y el evento relativas a las circunstancias impeditivas; precisamente se excluye el dolo si en el fin se comprende una circunstancia impeditiva que no se verifica en el evento.

Ahora bien, todos los elementos para construir la fórmula del delito doloso están en nuestras manos: *el delito doloso cuando en el fin se comprenden los requisitos que constituyen la punibilidad del evento y no se comprenden circunstancias excluyentes de esa punibilidad, aunque entre el fin y el evento haya diferencia de circunstancias según las cuales se agrave o se atenúe la punibilidad.*

Así precisada la noción del dolo, absorbe y, por tanto, elimina la conocida y atormentada figura del dolo *indeterminado* y del dolo *alternativo*, fruto de intuiciones confusas de la verdad que en ella se enuncia: se suele hablar de dolo indeterminado cuando el fin se refiere a un género en el que se comprende la especie del evento (fin de matar a un hombre cualquiera); y de dolo alternativo, cuando el fin se refiere a dos o más eventos, de los que se verifica uno (fin de matar a Ticio o a Cayo); pero, evidentemente, tales figuras son ociosas, pues la divergencia que en ellas se advierte entre el fin y el evento no resulta trascendente para la existencia del dolo.

Hay delitos de los que el dolo es un *requisito constitutivo*; ésa es la regla respecto de la categoría de *delitos* propiamente tales (a diferencia de las contravenciones); en efecto, dice el art. 43 que "nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito si no lo ha cometido con dolo...". Por consiguiente, cuando se prevé

el daño como delito, lo que quiere decir que se le castiga con las penas de la categoría más grave, *a menos que la ley disponga en otra forma, si el evento no coincide con el fin, se excluye la punibilidad.*

132. *Delito culposo.*—Que no haya entre el fin y el evento la coincidencia por la cual el delito es doloso, no quiere decir que se excluya por ello la ilicitud civil o hasta la ilicitud penal del daño: que se excluya, o no, la una o la otra depende del diverso modo de ser de la intención, que vimos consistía en la culpa.

En cuanto a la ilicitud civil del daño, este principio lo enuncia el art. 2043 del Cód. civ., el cual atribuye tanto al hecho doloso como al hecho culposo el efecto de obligar a quien lo ha cometido al resarcimiento del daño.

En cuanto a la ilicitud penal, el principio según el cual la falta de dolo no siempre excluye la punibilidad del hecho, se enuncia en el segundo apartado del art. 42, el cual admite excepción a la regla de la no punibilidad del hecho no doloso, respecto de los casos “de delito... culposo expresamente previstos por la ley”; el art. 43 precisa que el delito “es culposo cuando el evento, aunque haya sido previsto, no ha sido querido”, de donde surge la punibilidad del hecho pese a la falta de la deliberación del fin, en lo cual consiste el dolo.

El carácter necesario del delito culposo es, pues, *la divergencia entre el fin y el evento en cuanto a los requisitos constitutivos o a las circunstancias impeditivas*, porque alguno de los requisitos que constituyen la punibilidad del evento no se encuentre en el fin o se encuentre en él una circunstancia impositiva que no se verifique en el evento. Este carácter, si es necesario, no basta, en cambio; pues, para que se dé un delito culposo, se requiere que *esa divergencia se deba a la culpa*, o sea, a un *error no fortuito* del agente.

Precisamente porque la divergencia entre fin y evento, que excluye el carácter doloso del delito, atenúa el peligro social derivado de dicho evento, no todos los hechos cuya punibilidad se establece, si son dolosos, son punibles también si se producen por culpa, lo que se dice claramente tanto en el art. 42<sup>2</sup> como en el art. 83.

A este tema se reduce la trascendencia práctica de la distinción entre *delitos y contravenciones*: resulta de la comparación entre los apartados segundo y cuarto del art. 42 del Cód. pen. que, mientras para el delito es necesario de ordinario el dolo, a falta del cual se excluye el delito, a menos que su punibilidad esté expresamente prevista a título de culpa (compare el alumno a este propósito el homicidio con el hurto, y compruebe cómo a la figura del homicidio culposo, instituida por el art. 589, no corresponde otra análoga respecto del hurto, lo cual se explica por la diversa gravedad social del daño en uno y otro caso), en cambio, *respecto de las contravenciones, es indiferente que la intención asuma el carácter de dolo o de culpa*; por lo cual no se da la distinción entre contravención dolosa o culposa (sino para los

finés de la pena; cfr. art. 133<sup>1</sup>, n. 3) y, por tanto, es siempre suficiente la culpa para que exista la contravención. Si la razón de la punibilidad a título de culpa consistiese solamente en la mayor gravedad del daño en que se resuelve el delito, puesto que las contravenciones se distinguen de los delitos por ser infracciones menos graves, de esta norma, debería decirse que era no sólo improcedente, sino contradictoria con los principios. Sin embargo, la verdad es que, por lo referente a las contravenciones, la no exigencia del dolo se explica por un intento de simplificar la investigación acerca de la existencia del delito, en razón precisamente de la menor gravedad de la infracción y de la pena; si esta explicación es, además, una plausible justificación de la norma, constituye materia por lo menos de serias dudas.

133. *Delito putativo*. — La hipótesis del delito culposo, tal como fué recientemente expuesta, presenta la inexistencia en el fin de un requisito constitutivo del delito existente en el evento, o la inexistencia en éste de una circunstancia impositiva existente en aquél. Ahora conviene considerar el caso inverso: existencia en el fin de los requisitos constitutivos del delito que faltan en el evento, o existencia en éste de circunstancias impositivas que faltan en aquél.

Cualquiera ve que, faltando en tal caso el evento punible, no puede existir el delito; si se castigara al agente, se castigaría la *moera cogitatio*. En tal caso se dice que el delito es *putativo*, fórmula que expresa la *coincidencia del fin, pero no del evento, con el daño penalmente prohibido*. No hay que confundir, por tanto, con el *delito putativo* la *opinión de la ilicitud de un hecho penalmente lícito* (aquí la ley habla de “delito erróneamente supuesto”; cfr. art. 49<sup>1</sup>). La diferencia entre las dos figuras está en que, en el segundo caso, los caracteres constitutivos del delito no existen siquiera en el fin, y la *opinio criminis* se funda en un error de derecho; que en ese segundo caso no exista el delito se decía ya implícitamente en el art. 1 del Cód. pen., por lo que es superflua la norma contenida en el primer apartado del art. 49.

La hipótesis de la existencia en el fin de elementos constitutivos inexistentes en el evento está representada por la ley, bajo la rúbrica del “delito imposible”, con la fórmula siguiente: “la punibilidad... se excluye cuando, por la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto, es imposible el evento dañoso o peligroso” (art. 49<sup>2</sup>). Esta fórmula reúne dos figuras diversas, de las cuales no es difícil comprender que sólo la segunda pertenezca al tipo del *delito putativo*, mientras la primera debe considerarse *sub specie* del *delito intentado*. Ya de la comparación entre las dos fórmulas del segundo apartado del art. 49 y del primero del art. 56, donde se habla precisamente de la *tentativa*, poniendo la *idoneidad del acto* (o mejor, del medio) como requisito suyo, surge que la “inidoneidad de la acción” no se resuelve en un evento *cualitativamente diverso del fin*, sino



*cuantitativamente inferior a él*, por lo que aquí se debiera hablar propiamente no tanto de *delito imposible* cuanto de *delito malogrado*. Precisamente el delito, en vez de ser intentado, es malogrado cuando, por la inidoneidad del medio (disparo contra un hombre con un fusil de juguete), no se ha verificado ni siquiera un lejano peligro de la traducción del fin en evento. En cambio, la “inexistencia del objeto de la acción”, quiere significar verdaderamente la divergencia en los caracteres constitutivos entre el evento y el fin, por lo que el evento representado en el fin (que la ley considera como “objeto de la acción”) no llega a existir, lo cual es precisamente uno de los tipos del delito *putativo*. Mejor es decir *delito putativo* que *delito imposible*, denominación que puede engendrar más de un equívoco: si el que quiere matar a alguien dispara al sitio de donde aquél se ha apartado un momento antes, *no se ha podido realizar* el homicidio, como tampoco si, tomando por su víctima a un fantoche, apuntó e hirió a éste en lugar de aquél, por lo cual en la noción del delito imposible entran el uno y el otro caso. Pero, a poco que se reflexione, se advierte que en el primer caso existe el delito, si bien, como veremos, en su fase de tentativa; mientras en el segundo falta totalmente, porque el evento es cualitativa y no sólo cuantitativamente diverso del fin: representado el evento en el fin como el hombre muerto en aquel sitio, lo que se verifica en el primer caso es *un menos* (en efecto, falta la víctima), mientras en el segundo es *un diverso* (en lugar del hombre está un fantoche), por lo cual en éste el fin no se convierte verdaderamente en realidad, mientras en aquél se actúa parcialmente. Por eso, en el segundo caso, el delito es verdaderamente sólo *in cogitatione*, lo que se quiere expresar con la fórmula del delito putativo.

La segunda hipótesis de delito putativo, debida a la existencia en el evento de circunstancias impeditivas inexistentes en el fin, se comprende en la disposición del art. 59<sup>1</sup>, según el cual “las circunstancias que... excluyen la pena se valoran... a favor del agente, aunque no fueran conocidas por él o por error las creyera él inexistentes”; una comadrona procura un aborto sin saber que las condiciones de la embarazada son tales que el aborto resulta necesario; tampoco en este caso existe el delito más que *in cogitatione*.

134. *Circunstancias agravantes o atenuantes desconocidas*. — Queda por considerar la divergencia entre fin y evento relativa, no a los requisitos constitutivos o a las circunstancias impeditivas, sino a las circunstancias agravantes o atenuantes.

Para orientarse acerca del régimen de esta divergencia conviene distinguir *según que se encuentren en el evento circunstancias inexistentes en el fin o viceversa*.

Las circunstancias existentes en el evento e inexistentes en el fin, sean agravantes o atenuantes, se valoran como cargo o en descargo del agente (art. 59<sup>1</sup>), a menos que se trate de circunstancias agra-

vantes relativas a "las condiciones o cualidades de la persona ofendida o a las relaciones entre el ofendido y el culpable" (art. 60<sup>1</sup>); pero de la excepción se excluyen las agravantes "relativas a la edad o a otras condiciones, físicas o psíquicas, de la persona ofendida" (art. 60<sup>3</sup>): por ejemplo, si uno ha creído que robaba un objeto de pequeño valor y, en cambio, la *res furtiva* tiene valor importante, se le aplica el art. 61, n. 7, e igualmente, en la hipótesis inversa, el art. 62, n. 4; pero si el agente ignoraba que el ofendido fuera funcionario público, no concurre contra él la agravante del art. 61, n. 10. Por lo demás, el error acerca de la edad de la persona ofendida no excluye la agravante prevista por el art. 522<sup>2</sup> en cuanto al rapto con fines de matrimonio.

Las circunstancias agravantes o atenuantes existentes en el fin e inexistentes en el evento, no se ponen ni como cargo ni en descargo del agente (art. 59<sup>2</sup>, Cód. pen.), a menos que las circunstancias atenuantes se refieran a las condiciones o cualidades de la persona ofendida o a las relaciones entre ella y el culpable, exclusión hecha de la edad y de las condiciones físicas o psíquicas del ofendido (arts. 60<sup>2</sup> y 60<sup>3</sup>, Cód. pen.).

135. *Delito aberrante*. — Lo que hemos dicho hasta ahora acerca de la divergencia entre el fin y el evento se refiere a la divergencia ocasionada por error; hemos aclarado a su tiempo que la culpa no es sino una especie de error; por otra parte, en cada uno de los arts. 49, 59 y 60, se habla de error como causa de la divergencia; y también el no conocer, o sea el ignorar, entra en el error; ahora bien, aquí el error se entiende en su sentido común de *vicio o defecto en el juzgar*. Pero la divergencia puede producirse por una causa diversa del error, la cual no podrá ser nunca, claro está, el caso fortuito, pues ya vimos que se resuelve tan sólo en una especie de error, sino la *fuerza mayor* o la *inhabilidad*; esta última, en particular, no es precisamente error, esto es, *defecto del juicio*, sino *defecto de coordinación de la acción con el juicio*, o sea, de *obediencia del cuerpo al espíritu*: queriendo matar a una persona, hiero a otra que está junto a ella, no porque haya confundido yo la una con la otra, sino porque no he conseguido apuntar bien o alguien me ha movido mientras hacía el disparo. En cambio, el caso en que el herido descendiera con un paracaídas sobre la trayectoria del proyectil, precisamente porque es fortuito, presenta una divergencia ocasionada por el error, aunque no sea culposo.

La divergencia entre el fin y el evento debida a inhabilidad o a fuerza mayor es conocida para los penalistas con el antiguo nombre de *aberratio*: se suele distinguir el caso en que la divergencia se refiera a la *materia del delito* (queriendo matar a Ticio hiero a Cayo, que pasa al lado de él) o a su *instrumento* (queriendo precipitar a Ticio al río para que se ahogue, le ocasiono la muerte porque se rompe la cabeza en las pilastras del puente), de aquel en que atañe, en cambio, al *interés lesionado* (el ladrón, que no consigue abrir el

bargueño para llevarse de allí las joyas, lo rompe; el agresor, midiendo mal la fuerza de la bofetada, tira por tierra a su paciente y le ocasiona una lesión personal); en el primer caso se habla de *aberratio ictus*, en el segundo de *aberratio delicti*; a veces la *aberratio* relativa al instrumento se configura como *aberratio causae*. Todas estas hipótesis se comprenden en la figura del *delito aberrante*.

De esta figura se ocupa el legislador en los arts. 82 y 83 del Cód. pen.; pero, justamente por un defecto de habilidad, no ha conseguido diseñarla con fórmula adecuada: la idea de la inhabilidad se expresa con una inoportuna remisión al error, hablando de "error en los medios de ejecución del delito", y la de la fuerza mayor, con la frase genérica de "otra causa", la cual engaña por lo menos a los intérpretes, induciéndoles a creer que también el caso fortuito se comprende en ella.

La divergencia entre fin y evento aquí considerada puede ser *intrascendente* o *trascendente para los fines del dolo*: por ejemplo, si, tratando de herir a un hombre, hiero a otro que está próximo a él, esto no excluye el dolo, porque la confusión no se refiere a los requisitos constitutivos del delito ni a ninguna circunstancia impositiva; pero si, en cambio, errando el tiro, hiero al caballo en lugar de herir al hombre, la divergencia es trascendente, porque la diferencia entre hombre y animal recae sobre un requisito constitutivo del homicidio. Las dos diversas hipótesis, aun sin que el legislador haya llegado a distinguirlas con claridad, se tratan en los dos arts. 82 y 83 del Cód. penal.

Según la primera de esas normas "cuando por error en los medios de ejecución del delito, o por otra causa, se ocasiona ofensa a persona distinta de aquella a quien se dirigía la ofensa, responde el culpable como si hubiese cometido el delito en daño de la persona a quien quería ofender; salvo, en lo que respecta a las circunstancias agravantes o atenuantes, las disposiciones del art. 60". Que, en el caso aquí considerado, la divergencia sea intrascendente para excluir el dolo se expresa con las palabras "se ocasiona ofensa a persona distinta...", lo que supone la existencia, a pesar de la divergencia, de la ofensa, o sea, del delito: por ejemplo, cuando uno, tratando de herir por venganza a mi perro (art. 635, Cód. pen.), yerra el tiro y hiere, en cambio, al perro de su padre o de su hijo, no habría una persona ofendida distinta de mí, porque la ofensa está excluida por el art. 649<sup>1</sup>, n. 2. La eficacia de la divergencia, en esa hipótesis, se reduce al juego de las circunstancias agravantes y atenuantes; y, por tanto, la diferencia entre el régimen de la divergencia ocasionada por error (art. 59) y la de la diferencia ocasionada por inhabilidad o por fuerza mayor (art. 82) se traduce en la inaplicabilidad a esta última del primer apartado del art. 59, o sea, en no tener que poner como cargo o en descargo del agente las agravantes o atenuantes existentes en el evento y no existentes en el fin; en cambio, respecto de las

agravantes o atenuantes inexistentes en el evento y existentes en el fin, el régimen de las dos hipótesis de divergencia es idéntico, toda vez que el art. 82 remite al art. 60.

El art. 83, al disponer que “fuera de los casos previstos por el artículo anterior, si, por error en el uso de los medios de ejecución del delito o por otra causa, se ocasiona un evento distinto del querido, el culpable responde a título de culpa del evento no querido cuando el hecho está previsto por la ley como delito culposo”, supone, en cambio, necesariamente que la divergencia del evento respecto del fin excluye el dolo; pues, de lo contrario, no podría estatuir la punibilidad a solo título de culpa. Por tanto, su fórmula confirma la interpretación recién dada al artículo anterior, cuya hipótesis está expresamente excluida en él (“fuera de los casos previstos en el artículo anterior”). En ese caso, si el daño es tal que la ley lo prevé como delito culposo, el agente, dice la ley, “responde a título de culpa”, o sea, que la equivocación es considerada por la ley como *error culposo*. Rectificando una inexactitud, en que en otra parte he caído, reconozco que en este caso la culpa concurre independientemente de los requisitos del art. 43 del Cód. pen.; y, por tanto, la ley castiga con las menores penas del delito culposo una equivocación que, si bien no se debe a negligencia, tiene su raíz en la intención ilícita del agente.

136. *Divergencia cuantitativa entre el fin y el evento del delito.* — Con la distinción entre daño y peligro, tal como nosotros la formulamos, se explica la posibilidad de una divergencia cuantitativa entre el fin y el evento: *no hay entre ellos diversidad de interés lesionado, sino de gravedad de la lesión*, en el sentido de que uno de los dos términos se resuelve en un peligro y el otro en un daño; o sea, en una lesión más o menos grave del mismo interés: el fin es más grave que el evento si éste consiste solamente en un peligro del daño en que se resuelve el fin; el evento es más grave que el fin si se verifica, en cambio, el daño cuyo peligro se pone como fin. En el primer caso se habla de *tentativa de delito* o *delito intentado*; en el segundo, con una fórmula que trae su origen del equívoco entre el fin y la intención, de delito *preterintencional* (mejor se diría *exceso en el delito* o *delito excesivo*).

Ahora conviene reflexionar que cuando la ley se contenta con el peligro de un daño para la existencia del delito, se comprende en él cualquier evento más grave, mientras que, cuando exige el daño, cualquier evento menos grave está excluido: para hacerse cargo de esta verdad compare el alumno una vez más el *homicidio*, delito típico de daño (art. 575, Cód. pen.), con el *atentado contra el rey*, delito típico de peligro (art. 276): de la forma del homicidio se excluye cualquier evento que no consista en la muerte, mientras en la forma del regicidio se incluye también la muerte; diríase que la forma del delito de peligro presenta una elasticidad de que carece el delito de daño. Aquí espero que el alumno esté en grado de comprender por

qué pueda darse divergencia cuantitativa entre fin y evento respecto del delito de daño, y no respecto del delito de peligro: si el fin considera el peligro y el evento realiza el daño, estando en el peligro comprendido el daño, no se puede dar exceso en el delito; en la hipótesis inversa, por la misma razón, no se puede dar la tentativa.

Es superfluo agregar que tampoco pueden darse ni la tentativa ni el exceso fuera del campo del delito doloso: la divergencia cuantitativa supone, en efecto, la coincidencia cualitativa entre el fin y el evento del delito; por consiguiente, tanto el delito intentado como el delito preterintencional son incompatibles con el delito culposo.

137. *Delito intentado*. — La fórmula de la tentativa de delito, contenida en el art. 56 del Cód. pen., se resiente de la deficiente elaboración científica del concepto: “quien lleva a cabo actos idóneos, dirigidos en forma inequívoca a cometer un delito, responde de delito intentado si la acción no se cumple o no se verifica el evento”; esta fórmula debe ser integrada con la del tercer apartado: “si el culpable desiste voluntariamente de la acción, sólo está sujeto a la pena por los actos realizados cuando ellos constituyan por sí un delito diferente”. Con palabras aproximativas expresa esta fórmula la idea que hace poco he tratado de encerrar en un concepto más preciso.

Para que se dé tentativa es necesario, en primer lugar, *que el fin del acto coincida con un daño que la ley prevea como delito*: no puede haber homicidio intentado si el fin del agente no es la muerte; esta coincidencia la requiere la ley con particular rigor cuando exige que los actos realizados (*rectius*, la acción) vayan “dirigidos en forma inequívoca a cometer un delito”, esto es, que respondan a ese fin.

Es necesario, en segundo lugar, *que el evento del acto constituya, no el daño que la ley considera como delito, sino un peligro de ese daño*; esta segunda exigencia la expresa la ley, en forma sumamente imperfecta, con las palabras “actos idóneos”, que no quieren o no pueden querer decir sino que el evento ocasionado debe constituir un *peligro de daño* considerado tanto en el fin del acto como en la norma de la ley; si los actos son tales que no pueda seguirse de ellos un peligro apreciable (por ejemplo, si, queriendo matar a uno, no hago más que ponerme en el bolsillo el revólver; pero luego, por razones ajenas a mi voluntad, me he apartado del propósito), se habla de *actos inidóneos*, que antiguamente se llamaban *actos preparatorios* y se contraponían a los *actos de ejecución*.

En tercer lugar, se necesita que la divergencia entre el evento y el fin del acto *no sea ocasionada por una inversión en la intención del agente*, inversión que se llama *desistimiento*; más simplemente, se requiere que la *divergencia no sea intencional*.

Cuando se dan estos requisitos, el acto se llama *delito intentado*, que quiere decir *delito iniciado pero no terminado, o en otra forma, no logrado*, y se inflige la misma pena que prevé la ley por el delito

*consumado* (o sea, por el delito terminado mediante la coincidencia entre el fin y el evento), con las disminuciones previstas por el art. 56<sup>2</sup>: así, si el agente ha tenido el fin de matar, aunque sólo haya ocasionado una lesión personal, puede ser castigado más gravemente que si hubiese, en cambio, tenido solamente el fin de herir; e incluso, si ha tenido el fin de matar, aunque el tiro disparado haya dado en el vacío, puede ser castigado; mientras que, si hubiese, en cambio, disparado para matar a un animal salvaje, pudiera no estar sujeto a pena ninguna. Culmina así en la tentativa la trascendencia jurídica del fin del delito, en cuanto el fin atribuye al evento un efecto jurídico que sin él no hubiera tenido.

En cambio, cuando la divergencia del evento respecto del fin se deba al desistimiento, se excluye la tentativa; y sólo en cuanto el peligro ocasionado esté previsto por la ley como delito se admite su castigo.

138. *Delito preterintencional*. — El delito “es preterintencional... cuando de la acción u omisión se sigue un evento dañoso o peligroso más grave que el querido por el agente” (art. 43). Esta figura es exactamente recíproca de la del delito intentado.

Es necesario, por tanto, en primer lugar, que el *evento coincida con un daño que la ley prevé como delito*; y, en segundo lugar, que *al fin corresponda, no ya ese daño, sino un peligro del mismo daño*; quien quería herir y ha matado, se castiga sin duda por homicidio, pero ese homicidio se llama preterintencional (art. 584, Cód. pen.). Quien se fije en la definición del art. 43 puede creer que, contra el principio recién indicado, el delito de peligro no excluya la preterintencionalidad; pero la verdad es que, en la parte en que habla de “evento peligroso”, la definición va más allá de los límites de la sola figura de delito preterintencional prevista por la ley (art. 584, Cód. pen.), ya que el homicidio es un puro delito de daño. La mención del evento peligroso en el art. 43 se debe considerar, por tanto, deslizada por descuido; y en virtud de la interpretación sistemática, esto es, de la combinación del art. 43 con el art. 583, pierde todo valor.

También el delito preterintencional, como el delito intentado, muestra la trascendencia del fin para la juridicidad del delito; pues, a pesar de la identidad del evento, la disminución de la pena conminada por el art. 584 para el homicidio preterintencional, en comparación con la prevista por el art. 575, sólo se debe a la diferencia del fin.

## § 2

## DE LA ACCIÓN DEL DELITO

139. *Acción del delito.* — En el preámbulo de esta sección definimos la acción como *la participación de una persona en el ciclo del hecho*, participación que trataremos de establecer ahora en qué consiste.

El punto de partida de la investigación lo da el art. 40 del Cód. pen., según el cual “nadie puede ser castigado por un hecho previsto por la ley como delito si el evento dañoso o peligroso... no es consecuencia de su acción u omisión”; así, *la acción se denota como un modo de ser de una persona del que sea consecuencia el evento dañoso*; por consiguiente, una persona participa en el ciclo del hecho previsto por la ley como delito en cuanto su modo de ser sea causa del evento en que el hecho se resuelve. El problema de la acción es, por tanto, el problema de la causalidad humana en el delito.

A fin de resolver este problema, que es uno de los nudos de la teoría del delito, se necesitan una vez más nociones prejurídicas claras y seguras; precisamente acerca de ellas los cultivadores de la ciencia penal se han visto casi siempre obligados a digresiones extrajurídicas, que creo poder evitar, porque he procurado establecer en otra parte, de una vez para siempre, esas nociones indispensables; de una vez para siempre, digo, porque no son menos necesarias para el estudio del derecho civil que para el del derecho penal; incluso constituyen un fundamento de todo saber, ya que no se puede pronunciar juicio histórico alguno ni configurar ningún hecho sin intuir por lo menos la causalidad. Por tanto, si el alumno no trata de hacer suyas esas nociones en forma que comprenda bien qué se quiere decir cuando se habla de *causa, concausa, causa eficiente, condición, ocasión*, serán vanos su trabajo y el mío en este punto.

Una primera observación es que un hombre no puede nunca ser *toda la causa de un evento*; si causa es, como se suele decir comúnmente, el *conjunto de todos los elementos de donde deriva un evento*, de ese conjunto no constituye nunca el hombre más que una parte; si, exactamente, por causa se entiende una *situación en cuanto es idónea para devenir otra*, por lo que causa y efecto se contraponen como la *situación inicial* respecto de la *situación final* del hecho, la situación inicial no está nunca exclusivamente compuesta de un hombre: supuesta la muerte de alguien con arma de fuego, en la causa entra no sólo el brazo que empuña el arma y pone en movimiento su mecanismo, sino el arma misma, el proyectil y la pólvora del disparo, y hasta el encontrarse la víctima en tal lugar que pueda ser herida. Si el lector reflexiona en particular sobre esea última observación,

por la que no puede menos de resultar el delito de la combinación de una concausa eficiente, de una condición y de una ocasión, fácilmente concluirá de ello que el hombre no puede participar en todas y cada una de esas funciones, por lo cual no podrá ocurrir nunca que sea él toda la causa del delito. Técnicamente se enuncia esta verdad diciendo que la acción no tanto no debe cuanto no puede ser la *única causa*, sino sólo *una concausa* del evento, lo cual responde a la fórmula del art. 40, del Cód. pen., pues el evento es consecuencia de todas las concausas, y esto está de todos modos expresamente reconocido por el art. 41 con una norma tan obvia como en rigor superflua: si las ideas de los cultivadores del derecho penal no hubiesen sido durante largo tiempo sumamente confusas en torno al problema de la acción, no hubiera habido necesidad de esa declaración expresa de una verdad elemental. Agrego que menos hubiera habido necesidad aún de decir, en el segundo apartado, que “las causas sobrevenidas excluyen la relación de causalidad cuando han sido por sí solas suficientes para determinar el evento”; ya que esa suficiencia excluye, naturalmente, la intervención de otras concausas del mismo evento: si uno, herido por arma de fuego, muere de tifus y el médico juzga que el tifus ha sido suficiente para determinar la muerte, quiere ello decir que no hay concurso alguno de la enfermedad con la herida en el hecho de ocasionar el evento; o sea, que éste no encuentra en el disparo del arma de fuego concausa alguna. Basta esto para excluir que la acción deba ser *causa suficiente* del evento; la concausa es, en efecto, por definición, una *causa insuficiente*.

Pero la teoría de la causalidad distingue varias especies de concausas, que se llaman *causa eficiente*, *condición*, *ocasión*: causa eficiente es la concausa *activa*; condición, la concausa *pasiva*; ocasión, la concausa *combinatoria*: causa eficiente del hundimiento de la nave es el proyectil que la toca; condición, la falta de resistencia de la pared tocada; finalmente, el hallarse la nave en la trayectoria del proyectil es la ocasión. ¿Puede encontrarse la acción en cada una de esas relaciones causales con el evento? También la respuesta a esta pregunta debe buscarse, naturalmente, en el Código penal.

Una de las claves para la respuesta está en el párrafo del art. 40, según el cual “no impedir un evento que se tiene la obligación jurídica de impedir, equivale a ocasionarlo”. A diferencia del art. 41, no es ésta una proposición superflua y debe ser atentamente meditada. Un primer resultado de la meditación es que, si uno no impide, pudiéndolo hacer, un evento, su acción se coloca exactamente en la categoría de las condiciones, no de las causas eficientes de ese evento, no en cuanto despliegue una potencia, pero sí en cuanto no oponga una resistencia a la potencia, por lo cual se produce el evento. El ejemplo recién adoptado para distinguir de la concausa eficiente la concausa condicional, induce fácilmente a concluir que, resolviéndose el no impedimento en un defecto de resistencia a la potencia de la



causa eficiente, no puede relacionarse en otra forma con el evento sino como una condición. Ahora bien, si, en el segundo apartado del art. 40, del no impedir un evento se dice que "*equivale a ocasionarlo*", ello significa que en el apartado anterior no se prevé una concausa cualquiera, sino una concausa distinta de la condición, *la cual no podría equipararse en otra forma*. No hace falta más para concluir que, según el primer apartado del art. 40, es suficiente, sin duda, que el evento encuentre en la acción una concausa; pero del género de concausas que se llaman *concausas eficientes*. Esta verdad es oscurecida casi siempre por el prejuicio de que no podría reconocerse carácter eficiente a una concausa; por lo cual, la justa intuición de que la conducta del hombre no pueda ser sino la concausa del evento dañoso, induce a concluir que la causalidad prevista en el art. 40 no puede ser causalidad eficiente; pero la verdad es, en cambio, no tanto que también la concausa *cuanto que sólo la concausa puede ser eficiente*. Cuando se considera la causa entera, esto es, en el conjunto entero de los factores causales, ninguna distinción puede hacerse entre causa eficiente y no eficiente; después de todo, el modo común de ver sobre este punto está viciado por la confusión entre *causa eficiente* y *causa suficiente*. Precisamente porque no se dan cuenta de la distinción entre estos dos términos, recurren a menudo los penalistas, para definir la relación dinámica entre acción y evento, a la fórmula de la *causalidad adecuada*, de la cual no se puede decir que sea errónea, sino sólo que, en cuanto no lo es, no significa ni puede significar otra cosa sino *causalidad eficiente*. Se dice causalidad adecuada por temor a decir causa eficiente; y se teme decir esto porque se confunde causalidad eficiente con causalidad suficiente; o sea, en fin de cuentas, la causa con la concausa. La concausa eficiente, si no es suficiente para ocasionar el evento es, sin embargo, necesaria; por lo cual, siempre que la diagnosis del hecho excluya la necesidad del concurso de la acción en la producción del evento, en el sentido de que el quitar la acción del cuadro del hecho no alteraría ese evento, se debe excluir su eficiencia. En este otro aspecto se ha intuído la verdad con la fórmula de condición "*sine qua non*"; pero de este modo se denota la concausa como *condición*, vocablo que, según el correcto lenguaje, alude al tipo de concausa pasiva, que es propiamente lo contrario de la concausa eficiente, y que, normalmente, según resulta del párrafo del art. 40, no basta para hacer de la conducta la acción del delito.

Esta, formulada en el primer apartado del art. 40, es una regla a la que el segundo apartado establece una excepción en cuanto admite que "no impedir un evento... equivale a ocasionarlo", siempre que haya *obligación jurídica de impedirlo*; lo cual quiere decir, habida cuenta del art. 1 del Cód. pen., siempre que *la ley establezca esa obligación*. Combinando el primer apartado del art. 40 con el segundo, se deduce que la acción debe ser de ordinario concausa eficiente del

evento, y puede ser también una condición de él si la excepción está expresamente reconocida por la ley. Se comprende que, según el art. 40<sup>2</sup>, el estar estatuida la obligación jurídica de impedir el evento es condición necesaria para que el no haberlo impedido equivalga a haberlo ocasionado, no también suficiente a ese fin. En efecto, aunque exista esa obligación, la existencia del nexo causal tiene que verificarse en cada caso, en orden sobre todo a la posibilidad del impedimento, la cual, si fuese excluida, excluiría a su vez el nexo causal; por ejemplo, si se demostrase que quien ha encontrado a un herido en las condiciones previstas por el art. 593, no ha podido ni socorrerlo ni dar de ello aviso a la autoridad, faltaría el nexo causal exigido por el art. 40<sup>2</sup>, Cód. pen.; cuya fórmula, por tanto, debe ser rectificada así: “no impedir un evento que se puede impedir, equivale a ocasionarlo en los casos expresamente previstos por la ley”, o también “cuando la obligación está expresamente reconocida por la ley”.

Toda vez que de la comparación entre el primero y el segundo apartado del art. 40 se infiere la regla de que la acción debe ser concausa eficiente del evento dañoso, se excluye también implícitamente que pueda ser sólo causa (concausa) ocasional de él. No se encuentra respecto de este último tipo de concausa una norma general semejante a la que dicta el párrafo del art. 40 respecto de la condición; hay, no obstante, algunas normas singulares que admiten la punibilidad de un evento relacionado con la acción por un nexo puramente ocasional; por ejemplo, cuando el art. 86 del Cód. pen. dispone que “si alguien pone a otro en estado de incapacidad de entender o de querer, a fin de hacerle cometer un delito, del delito cometido por la persona hecha incapaz responde quien haya ocasionado el estado de incapacidad”, la diagnosis de la causalidad no puede reconocer otro valor respecto de ese daño que el de ocasión para la acción consistente en poner al autor del daño en estado de incapacidad. El mismo razonamiento sirve respecto de las normas análogas contenidas en los arts. 48, 54<sup>3</sup>, 87, del Cód. pen.; las cuales, por consiguiente, como la del art. 40<sup>2</sup>, ponen al principio establecido en el art. 40<sup>1</sup> otras tantas excepciones, admitiendo entre la acción y el evento la suficiencia del nexo ocasional. Una excepción similar veremos más adelante que debe reconocerse también, y por las mismas razones, en materia de delito concursal.

Por tanto, del análisis de las normas que estatuyen acerca de la causalidad del evento se define la acción del delito como una *conducta de la persona en la que el evento encuentra una concausa eficiente o, en los casos determinados por la ley, una condición o una ocasión*.

Si la conducta de una persona constituye, o no, concausa eficiente del daño, es cosa que no puede juzgarse sino *por medio de la experiencia*, formulando un juicio histórico, que es el reverso de la previsión. No se trata aquí de *ver antes*, sino de *ver después*; o sea, no de proyectar la visión del presente hacia el futuro, sino del presente

hacia el pasado. El juez debe, por tanto, recorrer hacia atrás el camino recorrido por el agente al *realizar el fin*, que es en lo que consiste precisamente el *verificar la causa*: un elevarse del efecto a la causa, en lugar de ir de la causa al efecto. Este juicio se hace, decíamos, como todo juicio histórico, con la ayuda de la experiencia, la cual suministra al juez sus reglas, a saber, las *leyes dinámicas*, que son precisamente las *leyes de causalidad*. Observando un gran número de hechos, advierte el hombre la constancia de las relaciones entre las situaciones; esto es, que siempre ciertas situaciones se convierten en ciertas otras, por lo que se establece una ley; y aprende él que las primeras son causas eficientes de las segundas, y éstas consecuencia de aquéllas. Pero este esquema del juicio causal no se traduce en la práctica sino a través de grandes dificultades, toda vez que exige una exacta formulación de la ley, una objetiva observación del hecho y una cuidadosa aplicación de la ley al hecho; basta una mínima imperfección en una de esas operaciones para desviar del recto camino. Tales dificultades no pueden indicarse más que genéricamente aquí, pues no corresponde al penalista, ni al jurista en general, adiestrar a los hombres en el juicio causal. Reflexiónese, de todos modos, que la diagnosis de la causa en el delito no es lógicamente diferente de la diagnosis de la causa de una enfermedad; y el cometido del juez en este terreno puede útilmente parangonarse con el del médico. La comparación resulta útil aunque no fuese más que para comprender cómo y por qué el juicio de *causalidad*, casi siempre, sino siempre, se resuelve en rigor en un juicio de *probabilidad*, debido al imperfecto conocimiento que del orden del universo pueden adquirir los hombres, traduciéndolo en leyes: las leyes por nosotros formuladas, por más cuidadosamente fundadas que estén en la experiencia y toda vez que consisten en una reducción del infinito a lo finito, contienen inevitablemente algunas dosis de error, por lo cual no resulta nunca posible excluir que la causa sea distinta de la que aparece: esto no quiere decir que la probabilidad deba ocupar el puesto de la causalidad, sino sólo que la probabilidad es la medida en que puede la causalidad ser comprendida por el humano entendimiento.

Cuando esta diagnosis es positiva, en el sentido de inducir a contemplar en la conducta del agente una concausa eficiente del daño, esa conducta constituye la acción del delito; y no vale en contrario que sin el concurso de otras concausas no se hubiera producido el daño, fueran esas concausas preexistentes a dicha conducta o hubieran sobrevenido a ella: si consiguientemente a una herida se desarrolla el tétano, porque preexistían allí los bacilos sobre la epidermis del herido y muere éste, el heridor es, sin embargo, homicida; ni la diagnosis puede cambiar porque los bacilos, en lugar de preexistir en la epidermis, hubieran sido llevados allí después, ni si ello hubiera ocurrido por impericia del operador (art. 41, Cód. pen.). Pero la dificultad de la diagnosis está, en estos casos, en determinar el valor

eficiente u ocasional de la conducta en el mecanismo del hecho; por ejemplo, cuando la muerte del herido se deba también a la impericia del cirujano que lo ha operado, se tratará precisamente de determinar si el valor concausal de la acción del heridor haya de clasificarse, según los casos, en el esquema de la causa eficiente o en el de la ocasión. Esta última solución es cierta en cuanto al conocido ejemplo del herido que, al transportarlo al hospital, muere por un choque sufrido por la ambulancia.

La existencia, entre la conducta de una persona y el evento de un hecho, del nexo causal previsto por el art. 40 del Cód. pen. se suele llamar, en el lenguaje penal, *imputabilidad* (del evento a la persona); y puesto que imputabilidad se llama también, como ya dijimos, la capacidad de entender y de querer (art. 85<sup>2</sup>, Cód. pen.), se distingue entre la una y la otra designándolas, respectivamente, como imputabilidad *física* e imputabilidad *moral*. Quien observe que esta última es un *modo de ser de la persona* y aquélla un *modo de ser del hecho* o, a lo más, *de la conducta*, no tarda en darse cuenta de la diversidad de los dos conceptos, el primero de los cuales pertenece a la estática y el segundo a la dinámica penal; por lo que no pueden entrar las dos especies en un mismo género, ni es oportuno el uso de la misma palabra para significar dos conceptos heterogéneos. Para indicar la existencia del nexo causal entre la conducta y el evento no podría servir la fórmula de ser imputable el evento a la persona, sino la de *ser la persona factor del evento*; digo *factor* y no *actor* porque a esta segunda palabra se le debe reservar, tanto en la teoría general del derecho como en la teoría general de la realidad, un significado diferente y preciso; la lengua alemana posee un sustantivo que expresa el *ser factor* o *haber hecho* (*Täterschaft*), pero no la tiene la lengua italiana; por lo cual no podremos decir sino que, cuando existe el nexo causal, la persona *ha ocasionado el daño* o *ha cometido el delito*.

140. *Delito por comisión o por omisión*. — Ahora podemos volver sobre el problema, insinuado pero no resuelto cuando, a propósito del instrumento del delito, se perfiló por primera vez la distinción entre delitos *por comisión* y *por omisión*, y definiendo burdamente estos últimos como aquellos en los cuales el hombre no hace nada para irrogar el daño, remitimos para más adelante la aclaración acerca de cómo, a pesar de ello, el hombre que no hace nada puede ser, sin embargo, causa del daño.

A esta distinción se refiere la ley en la fórmula misma del art. 40<sup>1</sup> del Cód. pen., donde, no tanto se habla de *acción* en contraposición a *evento*, cuanto de “acción u omisión”, con lo que a la palabra “acción” se le atribuye un significado más restringido que aquel en el cual la hemos empleado nosotros hasta ahora, y exclusivo, por tanto, en vez de comprensivo, de la omisión. Así se ha hecho por razones de claridad, pero no se ha hecho bien; porque lo contrario de *omitir*

es *cometer*, no precisamente *obrar*; la diferencia entre *omitir*, que quiere decir *dejar ir*, es *cometer*, que quiere decir *construir* (literalmente, *poner juntos*), se refiere a la no intervención o intervención del hombre para modificar un desenvolvimiento natural; pero si *obrar* significa propiamente la exteriorización del juicio en la conducta, también omitir es obrar. Se encuentra cierta dificultad en concebir la inercia del hombre como acción, sólo porque la acción se concibe mal como transformación de la realidad por obra del hombre cuando no es más que *participación del hombre en un proceso causal* y ésta puede darse también *sub specie* de la condición o concausa pasiva en lugar de la concausa activa. Por lo demás, que también el estarse quieto implique un obrar en el sentido común de la palabra, lo enseña la experiencia del esfuerzo que a menudo hay que hacer para permanecer quieto; por tanto, el principio enunciado en el art. 40 se expresa correctamente hablando del *evento como consecuencia de la acción* o de la *acción como causa del evento*, donde *acción* comprende la *comisión* y la *omisión* a la vez.

Ahora bien, cuando se dice que el cometer es un *hacer* y el omitir es un *no hacer*, aunque este modo de expresarse lo adopte también la ley (arts. 1222, Cód. civ., y 612, Cód. de proc. civ.), la distinción se expresa muy aproximativamente. Es una antigua observación la de que el delito por omisión no consiste en un *nihil facere*, sino en un *aliud facere* (por ejemplo, el funcionario público que omite un acto de su función, como dice el art. 328 del Cód. pen., si no hace lo que debería hacer, hace, sin embargo, y no podría menos de hacer, alguna otra cosa), y si se la hubiera tenido presente, no hubiera hablado el Código civil de *obligaciones negativas* en lugar de *obligaciones omisivas* (art. 1222). Tampoco la diferencia podría establecerse, no simplemente entre un *hacer* y un *no hacer*, sino entre un *hacer lo que no se debe* y un *no hacer lo que se debe*; pues cualquiera comprende que, por ejemplo, se puede matar a un enfermo tanto haciéndole ingerir una medicina perjudicial como no suministrándole una medicina necesaria, y a nadie se le ocurrirá aplicar a este segundo caso el art. 593 del Cód. pen. en lugar del art. 575. La doctrina del derecho penal ha llegado ya a establecer con seguridad que en este caso no se da el verdadero delito por omisión, sino una especie espuria o aparente de él, que se llama exactamente *delito de omisión impropio* o *delito de comisión por omisión*. En fin de cuentas, pues, la distinción entre delito por comisión y delito por omisión se funda exactamente en el nexo causal entre la acción y el evento, en el sentido de que hay comisión cuando hay que reconocer en la acción una *causa (stricto sensu)* del evento; y omisión, cuando hay que reconocer, por el contrario, una condición: quien “encontrando... una persona herida..., omite prestar la asistencia necesaria o dar inmediato aviso de ello a la autoridad” (art. 593, Cód. pen.), deja que las cosas sigan su curso, sin ponerse a modificar su marcha natural, por lo cual, si el herido

muere, su conducta no es más que una condición de la muerte; pero si el médico ha ordenado que se suministre al enfermo una medicina, sin la que no podría vivir, la conducta del enfermero que no lo hace, en vez de dejar que sigan su curso natural las cosas, interviene para alterarlo y asume, por tanto, el valor de la concausa eficiente.

Hay, ahora, intereses cuya protección es de tal valor para la *res publica*, como para constituir a ese fin una obligación penal, no sólo de no adoptar una actitud que sea causa de su lesión, sino que sea incluso una condición de ella o, en otras palabras, no sólo de no ocasionar (*stricto sensu*) la lesión de ellos, sino hasta de impedirla. En la segunda hipótesis, puede darse un delito por omisión, el cual denota, por tanto, como el delito culposos, un grado más intenso de la tutela penal de los intereses. Encaja aquí, una vez más, el ejemplo sacado de la comparación entre las manifestaciones penales del *derecho de propiedad* y las del *derecho sobre la persona*, como no existe el hurto culposos, tampoco constituye delito el no dar aviso a la autoridad de haber encontrado una joya perdida, mientras que sólo se castiga la apropiación de ella (art. 647, n. 1, Cód. pen.). En cambio, por la misma razón que determina el castigo del homicidio o de la lesión personal culposa (arts. 589 y sigtes., Cód. pen.), castiga la ley a quien no da aviso a la autoridad de haber encontrado una persona herida o en otra forma en peligro (art. 593<sup>2</sup>, Cód. pen.).

141. *Delito instantáneo o permanente.* — Todo proceso causal o, en otras palabras, todo desarrollo de un hecho, tiene una *duración*; no puede haber un hecho que no se produzca en el tiempo. Otra noción que, en este punto, presuponemos aquí, es la del *tiempo* y de la *duración*, indispensables a los juristas, más aún, a cualquier razonador; y, por desgracia, casi siempre sólo empíricamente intuida.

Ahora bien, desde hace tiempo se ha destacado, aunque sin aclararla enteramente aún, una diferencia precisamente sobre el tema de la *duración de la acción*: hay actos en los cuales, para que se produzca ese efecto, debe durar la acción a todo lo largo del desarrollo del hecho, y hay otros cuyo evento se produce aunque no dure la acción a todo lo largo del desarrollo del hecho. Comparando, en este aspecto, el homicidio (art. 575, Cód. pen.) con el secuestro de una persona (art. 605, Cód. pen.) se advierte que mientras la acción del homicida puede ser sumamente breve, al punto de decirse que es instantánea, y el proceso causal que culmina en la muerte puede ser incomparablemente más largo, en cambio, cuando cesa la acción del secuestrador, cesa también el evento dañoso; por lo que el desarrollo en el tiempo de la acción y del hecho debe ser igual en este segundo caso.

Desde hace tiempo, decía, se ha expresado esta diferencia con la distinción del delito en *instantáneo* y *permanente*; la cual, precisamente porque responde a una intuición más o menos aproximativa,

no tanto es difícil de entender cuanto ha sido fácil de entender equivocadamente. La verdad es que, por ejemplo, si el homicidio se coloca, como hay que colocarlo, entre los delitos instantáneos, se comprende con dificultad cómo pueda ser instantáneo un envenenamiento por pequeñas dosis; y por otra parte, cómo pueda ser permanente la ocultación de un acto público o de una escritura privada (art. 490, Cód. pen.), que puede, en cambio, realizarse en un instante. Pero, como la fórmula tiene a su favor toda una tradición, no sería conveniente variarla; por lo cual también yo sigo usándola, aunque con la advertencia de que los dos adjetivos de *instantáneo* y *permanente* se refieren a la duración de la acción en comparación con la duración del hecho, queriendo significar el primero que la acción puede agotarse antes que el hecho, y el segundo, por el contrario, que debe durar mientras dure el hecho; o sea, en pocas palabras, la posible divergencia o la necesaria coincidencia, por lo que hace a la duración del hecho y de la acción.

También esta diferencia, en el fondo, se refiere a la relación causal entre acción y evento, en el sentido de que unas veces la eficacia causal de la primera se concentra en un tiempo más breve que la duración del hecho, y otras veces se difunde por toda la duración de él, en forma que, si cesa la acción, desaparece el evento. Esto no quiere decir que para la existencia del delito sea necesaria cierta duración de la acción, lo que, según los casos se puede establecer o no. Compárense, entre otros, los arts. 593, 709, 716 del Cód. pen., según los cuales se consuma el delito en una omisión instantánea; toda vez que la pena se conmina a quien deja de dar "inmediato aviso", con el art. 694, según el cual la omisión debe durar, en cambio, tres días para que se la castigue. Cuando la ley, sin estatuir ningún plazo, habla genéricamente de omisión, como en los arts. 677, 679, 717 del Cód. pen., o de retardo, como en los arts 328 y 329, la determinación de una conveniente duración se remite al juicio prudente del juez; cuando haya estatuida una duración, el delito permanente puede llamarse *delito de duración*.

Puesto que si, la acción sólo es una condición del evento, su eficacia no puede menos de desplegarse a todo lo largo del ciclo del hecho, el delito por omisión es siempre permanente, pero no es verdad lo contrario, por lo que no siempre es, en cambio, instantáneo el delito por comisión; dos ejemplos de delito por comisión permanente se adujeron ya en el *secuestro de persona* (art. 605, Cód. pen.) y en la *ocultación de un documento público o de una escritura privada* (art. 490, Cód. pen.).

## CAPÍTULO SEGUNDO

## DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL DELITO

142. *Circunstancias estáticas y dinámicas.* — A las circunstancias puede y debe aplicarse la misma distinción, fundada en la diferencia entre la estática y la dinámica del delito, que vimos a propósito de los requisitos constitutivos, lo que fácilmente comprende quien se haya dado cuenta de dicha diferencia y reflexione, por otra parte, que también las circunstancias son requisitos y, además, requisitos intrínsecos del delito. Quiero decir con esto que hay circunstancias que consisten en un modo de ser de un *elemento* del delito o de la *relación penal* y otras, en cambio, que se refieren a un modo de ser de un *momento* del delito; por qué las primeras deban llamarse *estáticas* y las segundas *dinámicas*, no tengo ya necesidad de aclararlo: por ejemplo, la enfermedad mental o la legítima defensa se colocan en la primera categoría, mientras que el constreñimiento físico o el error se colocan en la segunda.

Naturalmente, como la situación inicial se desenvuelve en el acto, así todos los caracteres de ella, necesarios para que esa situación pase a ser delito, son requisitos del delito; esto se verifica respecto de todos los requisitos, entre los cuales están las circunstancias, ni hay o puede haber en este aspecto diferencia alguna dependiente de la eficacia constitutiva, impeditiva o modificativa del requisito; por tanto, como la imputabilidad, en los casos en que la ley exige la capacidad de entender o de querer para que exista el delito, es un requisito (constitutivo) del delito, así la no imputabilidad, en los otros casos en que se requiere, en cambio, la incapacidad de entender y de querer para que se excluya el delito, constituye una circunstancia de él.

143. *Circunstancias generales y especiales.* — También a las circunstancias se refiere la distinción entre requisitos del *esquema* y requisitos del *tipo de delito*, a que hemos aludido en la introducción de este subtítulo; por ello también las circunstancias se distinguen en circunstancias *generales* y circunstancias *especiales*. Esta distinción se ha tomado en cuenta con exactitud en la estructura misma del código, el cual se ocupa de las circunstancias, con normas generales aplicables a todos los delitos, en el capítulo segundo del título tercero del libro primero, y luego en el libro segundo, con normas relativas a los delitos de un determinado tipo (cfr. art. 311) o subtipo (cfr. arts. 293, 339, 375, 384, 425, 510, 525, 555, 561, 576, 577, 583, 585, 587, 625, 649).

Se comprende que en este capítulo, toda vez que sólo se trata



del esquema del delito, no podrán encontrar lugar más que nociones relativas a las circunstancias generales, mientras la exposición de las circunstancias especiales se reserva para el capítulo siguiente.

144. *Circunstancias subjetivas y objetivas.* — Otra clasificación de las circunstancias establece la ley, cuya importancia se verá en el capítulo cuarto dedicado a las combinaciones de los delitos; la ley se ocupa de ella en el art. 70 del Cód. pen., bajo la rúbrica de “circunstancias objetivas y subjetivas”, estatuyendo que “a los efectos de la ley penal: 1) son circunstancias objetivas las que conciernen a la naturaleza, especie, medios, objeto, tiempo, lugar y toda otra modalidad de la acción, a la gravedad del daño o del peligro o a las condiciones o cualidades personales del ofendido; 2) son circunstancias subjetivas las que conciernen a la intensidad del dolo o al grado de la culpa o a las condiciones o cualidades personales del culpable, o a las relaciones entre el culpable y el ofendido, o que son inherentes a la persona del culpable”.

La síntesis de esta fórmula es que son subjetivas las circunstancias concernientes a la persona del agente y, por tanto, a su participación espiritual en el delito. Descomponiéndola ordenadamente, resulta de ella que el concepto se extiende, en primer lugar, a la capacidad penal activa en su más amplio alcance, comprensiva de la imputabilidad y de la capacidad para delinquir; en segundo lugar, a la relación jurídica penal, que no compromete propiamente, sino a la persona del agente; por último, a los dos primeros momentos del delito, esto es, al fin y a la intención, como que se refieren a su formación en el espíritu del reo. Si a la luz de este criterio quiere el alumno volver a leer la segunda parte del art. 70, advertirá que las circunstancias relativas a la capacidad están propiamente indicadas en el último apartado, donde, en lugar de capacidad penal, se habla de imputabilidad; porque las razones de incapacidad distintas de la incapacidad de entender y de querer se comprenden entre las “condiciones y... cualidades personales del culpable”; y, por otra parte, los tipos de capacidad para delinquir distintos de la reincidencia (habitualidad, profesionalidad, tendencia) no poseen importancia en cuanto a la medida legal de la pena. Las circunstancias relativas a la relación penal se indican mediante la referencia a las “relaciones entre el culpable y la persona ofendida”; y finalmente, las circunstancias relativas al fin o a la intención son las que atañen a la “intensidad del dolo o al grado de la culpa”, donde, en el concepto, aproximativo, de la “intensidad del dolo”, se comprende ciertamente la naturaleza del fin (cfr., entre otros, los arts. 61, n. 1, y 62, n. 1, Código penal).

Todas las demás circunstancias que no entran en estas tres hipótesis, no son subjetivas, sin que haya necesidad de dar más que esta noción negativa; por lo que la definición o, mejor, la descripción po-

sitiva y aproximativa que el legislador ha tratado de hacer de ella en la primera parte del art. 70, ha sido un trabajo inútil.

Entre las circunstancias subjetivas la ley distingue algunas de ellas, llamándolas "*inherentes a la persona del culpable*"; tales son las que se refieren a la imputabilidad y a la reincidencia (art. 70<sup>2</sup>); la razón de ello se verá en el capítulo siguiente, a propósito del delito concursal.

145. *Clasificación de las circunstancias generales.* — Las circunstancias generales sólo han recibido del legislador un principio de clasificación, consistente en distinguir las circunstancias *impeditivas* o *excluyentes* de las circunstancias *modificativas*; y, en el ámbito de estas últimas, las circunstancias *agravantes* de las *atenuantes* (cfr. arts. 50 y sigtes. Cód. pen.).

Cómo se distingan las circunstancias modificativas en las dos categorías de las *agravantes* y de las *atenuantes*, lo ha aprendido ya el discípulo; pero hay ahora, tanto respecto de la una como de la otra especie, otra distinción que trazar.

En el esfuerzo por conciliar las dos opuestas exigencias de la certeza y de la justicia en cuanto a la medida de la pena, el legislador ha seguido un camino intermedio entre el principio de la *legalidad* y el de la *discrecionalidad* de la pena; el juez no puede elegir libremente ni la calidad ni la cantidad de la pena, pero, de ordinario, tampoco está ella completamente determinada por la ley, la cual consiente, en cambio, al juez respecto de la cantidad y a veces también de la calidad, una limitada potestad de determinación: por ejemplo, según el art. 594 del Cód. pen., "quienquiera que ofenda el honor o el decoro de una persona presente es castigado con reclusión hasta de seis meses o con multa hasta de cinco mil liras". Habida cuenta de los límites mínimos establecidos para la multa por el art. 24<sup>1</sup> y para la reclusión por el art. 23<sup>1</sup> del Cód. pen., ello quiere decir que puede infligir el juez, según los casos; o la multa de cincuenta a cinco mil liras o la reclusión de quince a ciento ochenta días. Por lo demás, el poder discrecional del juez está orientado por el art. 133 del Cód. pen., del cual hemos hablado ya en materia de capacidad para delinquir; ahora debe volver a leerlo y meditarlo el alumno a fin de convencerse de que *también en los límites de su potestad discrecional debe regularse el juez según el diverso modo de ser de los elementos o de los momentos del delito*; los cuales, en cuanto ejercen así una diversa y menor eficacia modificativa en comparación con la que ya conocemos, obran, si bien de otro modo, como circunstancias modificativas. En otros términos, las circunstancias modificativas del delito tienen una doble eficacia: en primer lugar, una eficacia *modificativa de la pena legal*, en segundo lugar, una *eficacia determinativa de la pena judicial*; o sea, que no sólo sirven para llevar la pena fuera

de los máximos o mínimos establecidos por la ley, sino también para determinar la pena dentro de esos máximos y mínimos. Compárese, para tener una idea exacta de la distinción, particularmente, el art. 61, ns. 1 y 3, con el n. 1 del segundo apartado del art. 133 y con el n. 3 del primer apartado, y se verá que *al grado de la culpa o al motivo para delinquir* atribuye la ley tanto el uno como el otro tipo de eficacia.

No contradice a esta distinción la observación de que, como a su tiempo veremos, en el cómputo de la pena por efecto de las agravantes o atenuantes "el aumento o la disminución (de la pena) obra sobre la cantidad de ella que aplicaría el juez al culpable si no concurriese la circunstancia que hace que se la aumente o disminuya" (art. 63<sup>1</sup>, Cód. pen.); y así, por ejemplo, el motivo para delinquir se toma en cuenta primero para determinar, según el art. 133<sup>2</sup>, n. 1, la pena judicial, y luego, según los arts. 61, n. 1, o 62, n. 1, para aumentarla o disminuirla. Esta solución del problema del concurso entre las circunstancias de uno u otro tipo no quita que las unas y no las otras puedan modificar los límites de la pena legal; así, por ejemplo, si, habida cuenta de los criterios indicados en el art. 133, hubiese determinado el juez castigar al culpable de injuria con seis meses de reclusión, sólo en cuanto concorra el motivo abyecto previsto por el art. 61, n. 1, podría pasar de ese límite. La eficacia de las circunstancias previstas, entre las otras, por los arts. 61 y 62 es, pues, verdaderamente agravante o atenuante (de la pena legal), mientras la asignada a las circunstancias por el art. 133 consiente al juez espaciar dentro de los límites de la pena legal sin rebasarlos.

Por tanto, las circunstancias modificativas, tanto agravantes como atenuantes, deben distinguirse según que tengan eficacia *para la determinación legal o judicial de la pena*. A fin de no complicar excesivamente la clasificación y la terminología, llamaremos simplemente *agravantes* o *atenuantes* las circunstancias a las que se les atribuye el primer tipo de eficacia, y *determinativas* a las otras, a las cuales pertenece la eficacia del segundo tipo. Según ese criterio, este capítulo se desarrollará, pues, en cuatro secciones, dedicadas respectivamente a las circunstancias *impeditivas*, *agravantes*, *atenuantes* y *determinativas*: seguirá una quinta sección, donde se expondrán los principios relativos al *concurso de las circunstancias*.

Cada uno de los cuatro grupos de circunstancias contiene numerosos ejemplares, y no se podría construir la teoría de las circunstancias sin proceder a una clasificación ulterior; es ésta necesaria ante todo para recoger esos ejemplares, pues si la ley ha tenido cuidado de agrupar en dos artículos la mayor parte de las agravantes y de las atenuantes generales o comunes (arts. 61 y 62, Cód. pen.), no ha hecho lo mismo respecto de las circunstancias impeditivas; y ni siquiera, según veremos, la enumeración de las agravantes y de las

atenuantes contenida en los arts. 61 y 62 es completa (cfr. arts. 56<sup>4</sup>, 92<sup>2</sup>, 94, 99, 112, Cód. pen.).

Ahora bien, puesto que, a diferencia de las condiciones, las circunstancias del delito, que no son requisitos *intrínsecos*, se resuelven en forma que son *elementos o momentos* del delito (circunstancias *estáticas o dinámicas*), es natural que deban clasificarse según esos elementos o momentos, por lo que las distinguiremos en circunstancias *inherentes a la persona del reo* (a la imputabilidad o a la capacidad para delinquir) o del ofendido, a la relación penal, al fin, a la intención o a la actuación del delito.

#### SECCIÓN PRIMERA

##### De las circunstancias impositivas

146. *Circunstancias impositivas inherentes a la imputabilidad.* — Ya hemos indicado que al requisito de la imputabilidad ha atribuido la ley una eficacia diversa según los casos, ya constitutiva, ya impositiva, si bien no de todas sus fórmulas aparezca que se ha tomado en cuenta este aspecto delicado de la construcción esquemática del delito.

El carácter constitutivo del requisito aparece en el texto del art. 98 del Cód. pen., donde se dice que es imputable el adolescente “si tenía capacidad de entender y de querer”. Si se compara esta fórmula con la del art. 88, donde se exige, en cambio, para excluir la imputabilidad que el enfermo no sea capaz de entender y de querer, el contraste entre eficacia constitutiva y eficacia impositiva del delito se presenta a plena luz. Es verdad que, en cambio, respecto de los niños, la fórmula del art. 97 está construida en sentido inverso, diferencia que muestra cómo en la formación del código se escapó este aspecto del problema; pero, no habiendo razón alguna para un tratamiento diferente, en el aspecto mismo de las dos categorías de menores, el intérprete tiene que volver, según la indudable intención del legislador, en sentido positivo esa fórmula negativa.

Sólo así la imputabilidad por enfermedad, no también la imputabilidad por edad, está regulada por la ley *sub specie* de una circunstancia impositiva, diferencia entre las dos razones de la imputabilidad que es muy natural; ya que la *infirmitas* del espíritu de los menores es una regla, mientras respecto de los adultos constituye una excepción.

147. *Circunstancias impositivas inherentes a la relación penal.* — En este segundo grupo de circunstancias impositivas se comprende todos los caracteres del hecho por los que desaparece la relación penal, de manera que entran en él no sólo las figuras que la ley de-

signa con las fórmulas del *consentimiento del derechohabiente* (art. 50, Cód. pen.), del *ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber* (art. 51), de la *legítima defensa* (art. 52), del *uso legítimo de las armas* (art. 53), del *estado de necesidad* (art. 54) y que fueron estudiadas por nosotros en los capítulos tercero y cuarto del título anterior, sino también las que el alumno ha aprendido a conocer *sub specie* de la *calificación de la relación penal*, a las que vimos atribuida a veces eficacia impeditiva: la calidad, en el ladrón, de cónyuge, de ascendiente o descendiente del robado es, por tanto, una circunstancia impeditiva del hurto, como la legítima defensa es una circunstancia impeditiva del homicidio; y la una y la otra entran en el grupo aquí indicado, como entran también en la categoría de las circunstancias subjetivas.

148. *Circunstancias impeditivas inherentes al fin.*—Puesto que he demostrado que el constreñimiento físico o la *vis major*, en virtud de los cuales se ha irrogado un daño, aunque sea daño prohibido por una norma penal, excluyen la punibilidad (arts. 45 y 46, Cód. pen.) por el defecto, no tanto del momento psicológico, como, antes aún, del momento económico del acto, y como las normas relativas están claramente formuladas en el sentido del requisito negativo del delito, hay en cada una de las dos hipótesis un ejemplo de circunstancia impeditiva inherente al fin del delito.

149. *Circunstancias impeditivas inherentes a la intención.*—Por otra parte, entre las circunstancias impeditivas inherentes a la intención deben colocarse las diversas hipótesis de error a que los arts. 45, 47 y 48 del Cód. pen., atribuyen la eficacia de excluir la punibilidad, ya sea error *fortuito* (art. 45), ya sea error *determinado por el engaño* (art. 48), siempre que, naturalmente, tenga los caracteres relevantes según el art. 47; también aquí la naturaleza impeditiva del requisito está claramente señalada por la ley.

150. *Circunstancias impeditivas inherentes a la actuación.*—Puede constituir respecto de ciertos delitos una circunstancia impeditiva *el lugar en que se actúa el delito*, en el sentido de que su actuación fuera del territorio del Estado excluye la punibilidad. Esta circunstancia no es verdaderamente general, esto es, común a todos los delitos; pero, por el modo de regularla en la ley, conviene tratar de ella en el título dedicado al esquema del delito.

Según el art. 42, Cód. pen., “es *territorio del Estado* el territorio del Reino, el de las colonias y todo otro lugar sujeto a la soberanía del Estado”; esta última frase contiene el principio general; por lo cual, para los fines científicos, se puede decir simplemente que un *delito se comete en el territorio del Estado cuando haya sido actuado en lugar sujeto a la soberanía del Estado*. Pero, de este modo, el problema se transfiere simplemente del terreno del derecho penal al del

derecho constitucional, a cuya ciencia hay que pedir cuáles sean los hechos en que se manifiesta la soberanía del Estado.

Pero el problema es más arduo aún, ya que atañe al concepto del *lugar del hecho*, acerca del cual los juristas se contentan por lo común con intuiciones completamente aproximativas. Tratando de construir una noción un poco menos empírica de él que lo acostumbrado, diré que se entiende por lugar una *circunscripción del espacio*; en este punto es el concepto de espacio el que, como antes vimos respecto del concepto de tiempo, debiera ser claro, pero que, habida cuenta del grado de cultura de los discípulos, no es cosa fácil. A fin de no comprometerlos en un estudio muy complicado, diré que una *circunscripción del espacio* no es otra cosa que una *situación* o, como más vulgarmente se suele decir, un *conjunto de cosas* (o sea, de objetos estáticamente considerados); un lugar son, por tanto, respectivamente, Italia, Milán, mi casa; ya con estos ejemplos se muestra que el concepto de lugar es esencialmente arbitrario o relativo. Ahora bien, siendo el lugar un concepto estático, para poder referir a él el hecho, que es, en cambio, un concepto dinámico, conviene reducir el hecho a la situación, o sea a las situaciones en que se resuelve el hecho (*situación inicial* o *principio*, *situaciones intermedias*, *situación final* o *evento*); por lo cual lugar del hecho es una *situación en que se comprende alguna de las situaciones que constituyen el ciclo del hecho*. En este aspecto es fácil observar que hay *hechos de lugar único* y *hechos de lugar múltiple*, en el sentido de que el *lugar del principio* y el *lugar del evento* sea el mismo o sea distinto (compárese, por ejemplo, el hecho de quien mata a un hombre de una herida de puñal, que debe clavarse desde cerca, con el de quien lo mata disparando un tiro de fusil, que se puede disparar desde lejos, o la injuria proferida en la cara del ofendido con la injuria por teléfono o por carta). Cuando los lugares en que se desarrolla el hecho sean distintos, por lugar del hecho se entiende *cualquiera situación en que se comprenda la situación inicial, una situación intermedia o la situación final de ese mismo hecho*; por consiguiente, si la carta injuriosa se envió de Milán a Roma, el hecho ha ocurrido tanto en Milán como en Roma; por eso el art. 6<sup>2</sup> del Cód. pen. dice correctamente que “el delito se considera cometido en el territorio del Estado cuando la acción o la omisión que lo constituye ha ocurrido total o parcialmente en él o se ha verificado en él el evento que es la consecuencia de la acción o de la omisión”.

Ahora bien, que el delito se cometa en un lugar sujeto a la soberanía del Estado quiere decir que una situación, en la cual se comprende una de las situaciones constitutivas del ciclo del hecho, sea tal, que se preste a la realización de aquellos actos en que, según el derecho constitucional, se manifiesta la soberanía; y esto puede decirse no sólo en cuanto se trate de una *cosa inmueble*, como es el territorio propiamente dicho, sino también de una *cosa mueble*, como una

nave o un avión. Qué cosas muebles pueden estar sujetas a la soberanía del Estado independientemente de que se encuentren en el territorio del Estado mismo, decide el derecho internacional, en virtud de cuyos principios prosigue, por tanto, el art. 4<sup>o</sup> del Cód. pen., diciendo que “las naves y los aeroplanos se consideran territorio del Estado, dondequiera que se encuentren, a menos que estén sujetos según el derecho internacional a la ley territorial extranjera (*rectius*, a la soberanía del Estado a que pertenece el territorio donde se hallan)”. Así, según el lenguaje del código, se distingue el territorio *stricto sensu* del territorio *lato sensu*; o sea, la porción del globo terráqueo sujeta a la soberanía del Estado, que es una cosa inmueble, de las cosas muebles que a ella están sujetas independientemente de la relación con dicha cosa inmueble.

Tratando ahora de formular mejor, a fines científicos, todos estos conceptos, podremos decir que un delito se comete en territorio del Estado cuando *una de las situaciones en que se resuelve su ciclo, desde el principio hasta el evento, se comprenda en el territorio (stricto sensu) o en una nave o aeronave sujeta a la soberanía del Estado según el derecho constitucional y el derecho internacional.*

Hay delitos cuya punibilidad es independiente y los hay cuya punibilidad es dependiente del lugar donde son cometidos: los primeros pueden denominarse delitos *de lugar libre*; los segundos, delitos *de lugar vinculado*.

Son delitos de lugar libre, según el art. 7 del Cód. pen., los delitos *contra la personalidad del Estado, los delitos de falsificación del sello del Estado y de uso de ese sello falsificado, los delitos de falsedad de moneda con curso legal en el territorio del Estado o en valores de timbre o en papel de la deuda pública italiana, los delitos cometidos por funcionarios públicos al servicio del Estado con abuso de los poderes o violación de los deberes inherentes a sus funciones y todo otro delito por el que especiales disposiciones de ley o convenciones internacionales establezcan la aplicabilidad de la ley penal italiana (scilicet, independientemente del lugar donde se los cometa).*

Entre los delitos de lugar vinculado se distinguen *aquellos cuya punibilidad está excluida si no son cometidos en el territorio del Estado, de aquellos cuya punibilidad, en cambio, está subordinada a una o más condiciones si no son cometidos en el territorio del Estado.* Del atento examen de los arts. 8, 9 y 10 del Cód. pen. aprenderá el alumno que la punibilidad de delitos no cometidos en el territorio del Estado se excluye en medida diversa según que el agente *sea, o no, ciudadano italiano* (cfr. art. 4<sup>o</sup>, Cód. pen.): concretamente, si es un ciudadano italiano, el delito no es punible si no constituye delito por el que esté conminada “una pena restrictiva de la libertad personal”; en cambio, si el delito lo comete un extranjero, no es punible si no constituye delito por el que esté conminada una pena no inferior en el mínimo a un año de reclusión.

Cuando la punibilidad de un delito está excluída en cuanto no sea cometido en el territorio del Estado, se da, por tanto, una circunstancia impeditiva inherente a su actuación; el carácter impeditivo del requisito surge claramente, si bien de modo implícito, de los arts. 7 y 8: habiéndose dispuesto que el ciudadano o el extranjero que comete un delito en el extranjero se castiga “si se trata de delito por el que está establecida” una pena determinada, *a contrario se sigue de ello que no se le castiga si se trata, en cambio, de una contravención o de un delito castigado con pena menos grave.*

## SECCIÓN SEGUNDA

### De las circunstancias agravantes

151. *Circunstancias agravantes inherentes al instrumento del delito.* — Considerado ya el concurso en el delito *sub specie* de la colaboración y, por tanto, del instrumento del delito, no en el sentido de que toda hipótesis de concurso sea una hipótesis de colaboración, sino en el sentido de que la trascendencia penal del concurso se aclare mediante el concepto de la colaboración, debe referirse al instrumento del delito la agravante prevista por el art. 112<sup>1</sup>, n. 1, según el cual “la pena... se aumenta si el número de las personas que han concurrido al delito es de cinco o más”; la multiplicidad de los colaboradores es un índice de gravedad del delito, por la mayor facilidad de conseguir, mediante la colaboración, el fin prohibido.

Precisamente porque la agravante se refiere aquí al hombre como instrumento del delito y no como persona, el art. 112<sup>2</sup> agrega que “aunque uno de los partícipes en el hecho no sea imputable o no sea punible”, tiene lugar, sin embargo, la agravación.

152. *Circunstancias agravantes inherentes a la imputabilidad.* — Según los arts. 92<sup>2</sup>, 93 y 94, del Cód. pen., la embriaguez o el narcotismo agrava el delito en dos casos: cuando sea *habitual* (cfr. art. 94) o bien cuando sea *preordenado* “a fin de cometer el delito o de prepararse una excusa” (arts. 92<sup>2</sup>, 93, Cód. pen.). Nótese que, en esta segunda hipótesis, la previa disposición no debe ser *genérica* sino *específica*; esto es, no dirigida a cometer *un delito cualquiera*, sino *el delito que se ha cometido*.

153. *Circunstancias agravantes inherentes a la capacidad para delinquir.* — Ya el art. 70<sup>2</sup> recuerda, entre las circunstancias “inherentes a la persona del culpable”, la *reincidencia* (art. 99, Cód. pen.): puesto que la reincidencia se coloca en el cuadro de la capacidad para delinquir, la agravante es inherente a ésta.



Hemos hablado ya de la reincidencia en el título anterior; en él ha aprendido el alumno a distinguir la *reincidencia* de la *repetición* del delito, así como la *reincidencia simple* de la *reincidencia agravada*; ahora agregamos que de la *reincidencia agravada* se dan diversas especies: *reincidencia específica*, la cual se da cuando el nuevo delito es *de la misma índole*, o sea, no tanto del mismo tipo o familia del delito precedente cuanto análogo a él en los medios o en el fin (arts. 99<sup>2</sup>, n. 1, y 101, Cód. pen.); *reincidencia en expiación* o *después de la expiación* (art. 92<sup>2</sup>, n. 3); *reincidencia próxima* (art. 99<sup>2</sup>, n. 2); *reincidencia reiterada* (art. 99<sup>4</sup>); esta última especie es, naturalmente, una agravante mayor que las otras (Ivi); más intensa eficacia agravante tiene la reincidencia aun si *concurren juntamente varias razones de agravación* (art. 99<sup>3</sup>).

Si el concepto de las circunstancias agravantes se refiere exclusivamente a la pena, no deben comprenderse en él ni la *tendencia a delinquir* ni la *habitualidad* o *profesionalidad del delito*, cuyo efecto sólo se refiere a la aplicación de *medidas de seguridad*; pero, en cambio, si ese concepto se extiende a todas las consecuencias del delito, también esas diferentes figuras de la capacidad para delinquir quedan incluidas en él.

154. *Circunstancias agravantes inherentes a la persona ofendida.*—El art. 61, n. 10, considera como circunstancia agravante “el haber cometido el hecho contra un funcionario público (cfr. art. 357, Cód. pen.) o contra una persona encargada de un servicio público (cfr. art. 358, Cód. pen.) o revestida de la calidad de ministro del culto católico o de un culto admitido en el Estado, o contra un agente diplomático o consular de un Estado extranjero, en el acto o a causa del cumplimiento de sus funciones o de su servicio”. Aquí, la agravación de la pena tiende a una tutela más intensa de las personas revestidas de autoridad en el acto de su ejercicio. En este aspecto habrá que considerar, a su debido tiempo, el segundo apartado del art. 301 del Cód. penal.

155. *Circunstancias agravantes inherentes a la relación penal.*—Pertenecen a este tipo las agravantes previstas por el art. 61 ns. 9 y 11; cada una de ellas se refiere más precisamente a la *calificación de la relación penal*.

Esta naturaleza de la agravante se manifiesta tanto en la una como en la otra hipótesis: en la primera, calificadora es la relación existente entre el Estado y el funcionario público, el encargado del servicio público o el ministro del culto; en la segunda, lo es una relación social o jurídica entre el reo y el ofendido, que la ley designa *por su contenido* (“relaciones domésticas”; “relaciones de función, de prestación de obra, de cohabitación o de hospitalidad”) o *por sus efectos* (relación en virtud de la cual compete una autoridad al ofen-

sor respecto del ofendido, autoridad que no debe entenderse en el sentido exclusivo de *poder jurídico*, sino también en el de poder según la moral o según la costumbre).

156. *Circunstancias agravantes inherentes al fin.* — De los ns. 1 y 2 del art. 61, donde se prevén las agravantes generales inherentes al fin, hemos hablado ya cuando tratábamos de construir el concepto de ese primer momento del delito.

Agreguemos, a propósito del n. 2, que la agravante allí prevista se refiere a una particular ilicitud del fin, la cual pudiera expresarse con la fórmula del *delito a la segunda potencia*, o también del *delito en cadena*; el fin no es sólo por sí mismo ilícito, sino también en cuanto sirve de medio de actuación de otro fin plenamente ilícito, lo que puede ocurrir en cuanto el delito constituya el medio *para cometer otro delito distinto* (el ladrón mata al guardián de la casa que aquél trata de saquear, cuando trata éste de defenderla), o *para realizar el provecho de él* (el guardián es muerto cuando trata de arrebatar al ladrón la *res furtiva* de que logró éste apoderarse) o *para sustraerse a la pena* (en lugar del guardián, es matado por el ladrón un carabinero que trata de detenerlo).

157. *Circunstancias agravantes inherentes a la intención.* — Según el art. 61, n. 3, del Cód. pen., la agravante la constituye el “haber obrado, en los delitos culposos, no obstante la previsión del evento”; esto quiere decir que constituye una agravante la *culpa con previsión*, en el sentido de que la pena prevista por los delitos culposos puede infligirse en su máximo aunque la culpa sea sin previsión; y, en cambio, cuando la culpa sea con previsión, se puede superar el máximo dentro de los límites establecidos por los arts. 64 y sigtes. Llamo la atención sobre la comparación entre la fórmula del art. 61, n. 3, y la del art. 133<sup>1</sup>, n. 3, donde se habla, no tanto de culpa con previsión, cuanto de “intensidad del dolo” y de “grado de la culpa”; esto quiere decir que sólo la culpa con previsión se considera como circunstancia agravante. Fuera de esta hipótesis, el modo de ser de la intención, culposa o dolosa, constituye solamente una circunstancia determinativa del delito; o sea que se consiente al juez espaciar dentro de los límites de la pena legal, pero no rebasarlos.

Según el art. 61, n. 4, la agravante consiste en “haber empleado sevicias o... haber obrado con crueldad contra las personas”; aunque en los léxicos *sevicia* y *crueldad* aparecen como sinónimos, se puede acaso descubrir una diferencia entre la una y la otra en el sentido de que sevicia signifique insensibilidad al sufrimiento ajeno, y crueldad, peor aún, complacencia en él; dos especies particularmente graves del odio, entendido en general como contrario del amor; sevicia o crueldad que, en cuanto se la use contra las personas, esto es, respecto de su sufrimiento, es precisamente un contrario del amor

al prójimo tan reproachable, que reclama justamente un aumento de la pena.

158. *Circunstancias agravantes inherentes a la acción.* — En este aspecto hay que meditar las normas contenidas en los ns. 5 y 6 del art. 61.

La fórmula del n. 5, que agrava la pena a quien se haya “aprovechado de circunstancias de tiempo, de lugar y (*rectius*, o) de persona que impidan la defensa pública o privada”, presenta singular interés en cuanto alude al valor puramente concausal de la acción en comparación con el evento. Las circunstancias de lugar, de tiempo o de persona en él previstas no son, efectivamente, sino otros tantos factores concausales de dicho evento y, concretamente, condiciones de *menor resistencia de la materia al instrumento del delito* (por lo cual sería más correcta la fórmula si, en lugar de “circunstancias”, dijese “condiciones”); la mayor gravedad del delito cometido en tales condiciones depende verdaderamente del menor trabajo realizado y, por tanto, del menor riesgo corrido por el agente; por eso, la agresión del débil, en comparación con la del fuerte, manifiesta, en igualdad de odio contra el prójimo, mayor dosis de amor propio y, por tanto, más bajo valor moral.

Muy delicada es la hipótesis prevista por el n. 6, según el cual el delito se agrava cuando el culpable lo ha “cometido... durante el tiempo en que se ha sustraído voluntariamente a la ejecución de un mandato o de una orden de arresto, de captura o de prisión, dictado por un delito anterior”. Remitiendo al segundo libro la aclaración de algunos términos técnicos empleados en esta fórmula, hago notar que la razón de la agravación se refiere a la *ocasión del delito* que consiste en la sustracción voluntaria del reo a la detención y, por tanto, toda vez que el mandato u orden de arresto, captura o encarcelación constituye, para quien es objeto de él o de ella, una situación jurídica pasiva (sujeción), en una acción de él contraria al derecho, la cual, sumándose al delito, aumenta su inmoralidad. En este aspecto, la agravante aquí considerada es análoga a la de la embriaguez o narcotismo habitual; o, en otro sentido, a la estatuida por el art. 61, n. 2, que presenta también una conexión (final, en vez de causal) entre dos ilícitos.

A la acción deben referirse también las circunstancias que agravan los delitos concurrentes según el art. 112<sup>1</sup>, ns. 2, 3 y 4, de las cuales es oportuno que hablemos más adelante, a propósito del concurso en el delito.

159. *Circunstancias agravantes inherentes al evento.* — Según el art. 61, n. 7, la pena se aumenta por “haber ocasionado a la persona ofendida por el delito un daño patrimonial de mucha gravedad en los

delitos contra el patrimonio o que en cualquiera forma ofendan el patrimonio, o en los delitos determinados por motivos de lucro”.

El concepto central de esta fórmula es el del *daño patrimonial*, al cual se contraponen, en el uso corriente, el *daño moral*; con estos dos adjetivos, no totalmente propios, se quiere distinguir el *daño estimable* o, en otra forma, *resarcible*, del *daño no estimable* o *no resarcible en dinero*; quien quiera ahondar en esta diferencia, termina por encontrar que se debe a la naturaleza del bien que constituye el objeto del interés lesionado; cuando ese bien es el cuerpo humano en vez de otra cosa, no sirve el dinero, por lo menos totalmente, para resarcir el daño (*liberum corpus aestimationem non recipit* [el cuerpo del hombre libre no admite estimación]). No quiere esto decir que, por ejemplo, el daño de la lesión personal *no sea también patrimonial* (es ciertamente un daño patrimonial el llamado menoscabo de la *capacidad de ganancia*), sino únicamente que *no es sólo patrimonial* (además del menoscabo de la capacidad de ganancia hay siempre un daño de la lesión personal, que no cabe resarcir mediante una suma de dinero, en el sentido de que éste no se presta a constituir un equivalente del bien menoscabado). Ahora bien, sólo la entidad del daño patrimonial, que constituye el evento del delito, entra en juego como circunstancia agravante, según el art. 61, n. 7.

Por lo demás, la considerable entidad del daño patrimonial ocasionado por el reo no agrava cualquier delito, sino solamente, según la fórmula del n. 7, los “delitos *contra el patrimonio* o que, en cualquiera forma, *ofendan el patrimonio*”, o los “delitos *determinados por motivos de lucro*”. El lector ya sabe que por “delitos contra el patrimonio” se entienden los delitos sobre las cosas (que tienen *por materia una cosa “stricto sensu”*); con la frase “en cualquiera forma, ofendan el patrimonio”, se extiende la agravante también a los delitos que, aun sin tener por materia una cosa, se resuelvan en la destrucción o deterioro de una cosa (por ejemplo, el *incendio*, previsto por el art. 423, Cód. pen., donde la cosa incendiada es más bien *instrumento* que *materia* del delito). Al extender la agravante de estos delitos a todos los que tengan, en general, “motivos de lucro”, la ley ha querido que en todo caso, cuando el fin del daño prohibido sea el *lucro*, que quiere decir una *ventaja estimable en dinero*, la considerable entidad de ese daño, en cuanto sea estimable en dinero, agrava el delito (pues, si se hiere a una persona por motivos de lucro, también la entidad del daño patrimonial así ocasionado debe valorarse en orden al art. 61, n. 7).

Pero la agravante no se refiere al valor de la cosa destruida, deteriorada o sustraída, sino a la “mucho gravedad” del daño “ocasionado a la persona ofendida por el delito”, la cual sólo puede valorarse en razón del interés lesionado y, por tanto, del menoscabo que de ello se sigue a la satisfacción de las necesidades del ofendido; o sea, de la mayor o menor indispensabilidad de la cosa para esa satisfacción.

Puesto que la ley habla no solamente de “daño”, sino de “daño patrimonial” ocasionado a la persona ofendida, se entiende también que su gravedad se debe referir a un interés valorable en dinero; por tanto, no entra en el daño patrimonial la lesión de un interés puramente moral (por ejemplo, el llamado *valor de afección* de una cosa que constituye recuerdo de una persona querida).

### SECCIÓN TERCERA

#### De las circunstancias atenuantes

##### 160. *Circunstancias atenuantes inherentes a la imputabilidad.* —

El alumno querrá recordar, a este punto, cuanto se le dijo acerca de la *capacidad* y de la especie de ella que denominamos *hipocapacidad*; más concretamente, de la *semiimputabilidad* o *imputabilidad atenuada* de los adolescentes o de los que estén afectados de *vicio parcial de mente*, de *embriaguez no plena*, o de *sordomudez* por la que esté grandemente disminuída la capacidad de entender o de querer. En todos esos casos, es evidente que un modo de ser del delito inherente a la imputabilidad atenúa el delito.

A este grupo de circunstancias atenuantes debe remitirse también, por lo menos en parte, el caso previsto por el art. 62, n. 2, donde se contempla la *provocación*: uno de los requisitos de la provocación es el “estado de ira”, el cual ya vimos que debe colocarse entre los “estados emotivos o pasionales”, a que, en general, el art. 90 del Cód. pen. desconoce cualquier eficacia impeditiva o aun solamente atenuante del delito. Constituye excepción a esta regla el estado de ira siempre que esté “determinado por un hecho injusto de otro”; por eso, la atenuante prevista por el art. 62, n. 2, se refiere también a la relación penal.

##### 161. *Circunstancias atenuantes inherentes a la relación penal.* —

Por la razón indicada en el punto anterior, la provocación (art. 62, n. 2, Cód. pen.) no sólo atañe a la imputabilidad, sino también a la relación penal, en cuanto deriva del “hecho injusto” del ofendido, a propósito de lo cual vuelva a ver el alumno lo que dijimos en el título precedente.

No se puede considerar, en cambio, como circunstancia atenuante, en el llamado *exceso culposo* previsto por el art. 55 del Cód. pen., en particular el *exceso en la legítima defensa*: como ya vimos, si el error acerca de los límites de la licitud jurídica del acto es fortuito, se excluye el delito, por lo cual obra también en tal caso la circunstancia impeditiva. En cambio, si es culposo, se da plenamente, sin atenuante

alguna, la responsabilidad penal por culpa, en cuanto se trate de un daño que la ley castiga *sub specie* del delito culposo.

162. *Circunstancias atenuantes inherentes a la intención.*— Según el art. 62, n. 3, del Cód. pen., constituye una atenuante común “el haber obrado por sugestión de una muchedumbre tumultuaria...”. La sugestión consiste en una influencia del juicio ajeno sobre el juicio del agente; cuando el juicio influyente proviene de una muchedumbre tumultuaria se sigue de ello una turbación del entendimiento y de la voluntad de quien obra, que justamente atenúa la gravedad del delito. Quien habla, más literaria que científicamente, de *delito de la muchedumbre*, alude a la excitación recíproca en que se resuelve el tumulto y por la que queda realmente debilitada la voluntad de cada uno.

Pero la atenuante se excluye cuando “se trata de reuniones o grupos prohibidos por la ley o por la autoridad (*rectius*, en virtud de una norma jurídica material o instrumental)”, por ser ya ilícito en tal caso el acto de haber participado en tales reuniones o grupos. La exclusión de la atenuante respecto de esta hipótesis se remite al principio de las *actiones liberae in causa*; o sea, de la responsabilidad por las consecuencias no deliberadas o no previstas de las acciones deliberadas, de lo que hemos visto ya otros ejemplos (cfr., en particular, el art. 87 del Cód. pen.).

Se excluye también la atenuante si el agente presenta una de las figuras particularmente graves de capacidad para delinquir que son la *delincuencia por tendencia, habitual o profesional*; pues, en tal caso, se considera menor la influencia del ambiente sobre la deliberación. Es ésta una de las normas respecto de las cuales, aun atendiendo exclusivamente a la pena, es justo hablar de hipercapacidad penal a propósito de esas personas.

163. *Circunstancias atenuantes inherentes a la acción.*— Según el art. 62, n. 5, el delito se atenúa cuando ha “concurrido a determinar el evento, conjuntamente con la acción o la omisión del culpable, el hecho doloso de la persona ofendida”. En este punto debe el alumno retornar a la teoría de la acción, la cual, como ya vimos, nunca es la causa suficiente del evento del delito, sino solamente una concausa (por lo común, eficiente); si entre las otras concausas se encuentra una acción del ofendido determinada por la intención de concurrir a la producción del daño, considera la ley menos grave el delito. La fórmula no es correcta, pero la norma es oportuna. La inexactitud formal se refiere al adjetivo “doloso”, manifiestamente fuera de lugar, ya que dolo es la intención de lo ilícito; y la acción del ofendido que concurre a determinar el evento puede no ser en modo alguno ilícita: el herido que agrava la lesión personal que se le ha inferido, por negarse a sufrir una operación quirúrgica no peligrosa y de éxito seguro, *iure suo utitur* [usa de su derecho] y, sin embargo, concurre

a determinar el evento; y aunque el que por lucro o aun por pura generosidad consiente en que el cirujano tome de él tejido glandular para procurar un trasplante, en rigor, no haga uso de un derecho suyo, por lo que la lesión que le ocasiona el cirujano no entra en la norma del art. 50, sin embargo, es igualmente cierto que no comete un hecho doloso, toda vez que no lesiona ningún derecho ajeno. Pero también ésta es una típica hipótesis que debe entrar en el n. 5 del art. 62; debe entrar, digo, porque aun del examen de los trabajos preparatorios del Código no resulta en modo alguno que, al llamar "dolosa" a la acción, no se haya querido decir sino que el concurso en la producción del daño sea *deliberado*; un propósito de exigir la ilicitud de la acción del ofendido, además de la deliberación de ella, no se ha expresado en forma alguna, ni hubiera sido razonable. Se destaca, sin duda, la insuficiencia de la acción culposa para atenuar el delito, pero también esta frase está evidentemente usada para excluir la eficacia de la acción no deliberada, no para incluir la exigencia de la acción ilícita. Es justo, pues, que atenúe el delito no tanto la acción *dolosa* cuanto la acción *deliberada* de la persona ofendida, en la cual se verifica una concausa del daño (eficiente, condicional u ocasional). La razón de la atenuación es la misma que se expresa en el aforismo *volenti non fit iniuria* [al que consiente no se le hace injuria] y en el art. 50 del Cód. pen. En la hipótesis prevista por el art. 62, n. 5, no se excluye la *injuria* o porque el ofendido no ha consentido en la acción del ofensor o porque no ha podido eficazmente consentir en ella, sino porque, no obstante, el daño, tal como se ha producido, se debe también a su deliberada intención, no puede menos de considerarse menos grave, o sea, menos grave la injusticia del daño. Nótese, en este aspecto, la diferencia entre lo ilícito penal y lo ilícito civil: la responsabilidad civil se atenúa, según la jurisprudencia, aun cuando en la producción del daño haya concurrido la acción culposa del ofendido, mientras para atenuar la responsabilidad penal es necesario que la acción del ofendido se haya dirigido a producirlo.

A este mismo grupo de atenuantes adscribo también la acción *impeditiva del evento* prevista por el art. 56<sup>4</sup> con la fórmula: "si (el culpable) impide voluntariamente el evento, queda sujeto a la pena establecida para el delito intentado disminuída de un tercio a la mitad". Esta hipótesis debe distinguirse tanto de la *tentativa* como del *desistimiento*: de la tentativa, porque el no haberse producido el evento deliberado se debe a la intención del agente; del desistimiento, porque se debe, no tanto a la *interrupción de la acción* (el envenenador desiste de propinar a la víctima otras dosis de veneno), cuanto, *agotada la acción, a una acción contraria dirigida a impedir los efectos de la acción anterior* (el envenenador, habiendo propinado el veneno suficiente para matar, suministra a la víctima un antídoto). No habiéndose producido el evento, es justo configurar el delito a

modo de tentativa; debiéndose la no producción de él a una acción del reo, y no a una causa independiente de ella, es justo que se disminuya la pena de la tentativa.

164. *Circunstancias atenuantes inherentes al evento.* — Finalmente, según el art. 62, n. 4, constituye atenuante “el haber ocasionado a la persona ofendida por el delito un daño de especial levedad en los delitos contra el patrimonio”. El comentario a esta norma está implícito en lo que dijimos a propósito de la agravante correlativa. La omisión, en el art. 62, n. 4, de la hipótesis relativa a los “delitos determinados por motivos de lucro” se explica reflexionando que, si el fin de lucro puede ser una buena razón para que la importancia del daño patrimonial agrave el delito, no lo sería, en cambio, para que lo atenuara la insignificancia de él. La fórmula “de especial levedad” constituye el término correlativo de la que habla de “mucha gravedad”; el adjetivo *especial*, ciertamente impropio, no puede significar más que *notable* o *grande*, y alude a la relación entre el interés lesionado y el conjunto de los bienes que constituyen el patrimonio de la persona ofendida.

#### SECCIÓN CUARTA

##### De las circunstancias determinativas

165. *Valor de las circunstancias determinativas.* — No de todos los delitos consiente la ley que determine el juez la gravedad; los hay cuya gravedad es tal, según la ley, que acerca de ella se excluye toda discrecionalidad del juez; tales son los delitos *con pena fija* (ejemplo, arts. 241, 242, 276<sup>1</sup>, Cód. pen.); es claro que respecto de ellos las circunstancias determinativas no tienen aplicación alguna.

En cambio, cuando se trate de *delito de pena variable*, el art. 132<sup>1</sup> del Cód. pen. dispone que “en los límites fijados por la ley aplica el juez la pena discrecionalmente”. Esto quiere decir que, para la determinación de la pena en concreto, el juez no está maniatado por la ley, a condición de que no se salga del máximo o del mínimo legal, lo que sólo se consiente en cuanto existan circunstancias agravantes o atenuantes (art. 132<sup>2</sup>). Sin embargo, puesto que el art. 133 impone al juez, “en el ejercicio de su poder discrecional”, que “tenga en cuenta la gravedad del delito” inferida por las *circunstancias determinativas*, puede parecer que su poder discrecional esté abolido o por lo menos limitado; en efecto, no pueden coexistir la sujeción y el poder discrecional. La solución de la contradicción aparente está en la segunda parte del art. 132<sup>1</sup>, donde, después de haber estatuido la discrecionalidad del juez en la fijación de la pena



variable, agrega la ley que el juez, sin embargo, “debe indicar los motivos que justifican el uso de dicho poder discrecional”; el vínculo, o sea la obligación, no se refiere, pues, a la aplicación de la pena dentro de los límites fijados por la ley, sino a la motivación de la condena, de lo que más adelante hablaremos. Por consiguiente, las circunstancias determinativas no son, en rigor, *requisitos del delito*, en el sentido de que no son caracteres importantes para su existencia o para su gravedad según la ley; sólo son caracteres del delito que el juez debe tomar en cuenta.

Este valor asumen las circunstancias determinativas dondequiera que la pena sea variable; y, por tanto, no sólo en cuanto a la pena establecida por el *delito simple*, sino que también la cantidad de la pena mayor o menor que conmina la ley por el delito *agravado* o *atenuado*, cuando sea variable, depende de las circunstancias determinativas: considere, por ejemplo, el alumno la norma del art. 64, donde se establece un aumento *máximo*, no un aumento *fijo*, para la hipótesis en que se dé una circunstancia agravante: es claro que las circunstancias determinativas no sólo obran en orden a la fijación de la pena no agravada, sino también en orden a la fijación de la agravación.

166. *Circunstancias determinativas inherentes a los cuerpos del delito.* — Según el art. 133<sup>1</sup>, n. 1, la gravedad del delito depende, entre otras cosas, de los “medios” y del “objeto” de la acción; aquí “medios” no puede significar otra cosa que *instrumentos*, y con la voz genérica de “objeto” no se indica verdaderamente, sino lo que llamamos la *materia* del delito.

En el primer aspecto, la importancia del instrumento para la gravedad del delito es francamente obvia: que un hurto se cometa burdamente o con destreza, que se arranque una puerta cualquiera o se fuerce con el tubo oxhídrico una caja de caudales, que se mate a un hombre de un puñetazo o con una inyección hipodérmica, tiene manifiesto reflejo sobre el peligro social que en todo caso concreta el delito.

Igualmente clara es la relevancia de la materia: que el matado sea un hombre cualquiera o un bienhechor de la humanidad, que sea materia del daño un campo inculto o un viñado feraz, que se falsifique un documento de mínima o de máxima importancia no puede ser indiferente para la gravedad del delito.

167. *Circunstancias determinativas inherentes a la capacidad para delinquir.* — Ya dijimos, al hablar en general de la capacidad para delinquir, qué valor tiene para la determinación judicial de la gravedad del delito, y cómo el *carácter* y el *ambiente* del reo son sus polos. El carácter es la *forma espiritual de una persona*, donde forma se entiende en el sentido amplio propio del que ya hemos hablado; ambiente se llama el conjunto de las personas y cosas que están pró-

*ximas* y, por tanto, se comprenden en el radio de su espíritu; y en el carácter y en el ambiente se traduce, por tanto, el dualismo fundamental del hombre y del mundo. Éstos son los dos factores del bien y del mal que cada uno de nosotros puede hacer; nuestra conducta resulta de una serie de acciones y reacciones de la realidad sobre el espíritu y del espíritu sobre la realidad.

Esta verdad ha sido sagazmente intuída y toscamente expresada por el legislador en la fórmula de la segunda parte del art. 133; la palabra "carácter" aparece en el n. 1, pero su valor queda oscurecido por habérsela puesto en el mismo plano que los "motivos", los cuales, como pronto veremos, deben separarse de la capacidad para delinquir, mientras los antecedentes penales y la conducta del reo antes, durante y después del delito, no deben ponerse en el mismo plano que el carácter, del cual constituyen los indicios externos; al ambiente se refiere el n. 4 al hablar de "condiciones de vida... familiar y social". En general, la intención que ha inspirado esta fórmula, es que todos los modos de ser del reo, tanto aislada como socialmente considerado, deben ser tomados en cuenta para el importantísimo juicio de la valoración de su capacidad para delinquir y, a través de ella, de la gravedad del delito.

168. *Circunstancias determinativas inherentes a la relación penal.* — Si existe un delito, se ha violado una obligación penal; pero no se puede negar que también la obligación penal sea un esquema que, al concretarse en la realidad, presenta una infinita gama de valores que no puede menos de tomar en consideración la valoración judicial de la gravedad del delito: apoderarse de la cosa mueble de otro, por ejemplo, es ilícito en todo caso; pero, ¿quién no percibe que si tomo un racimo de uvas en la viña de un amigo, de quien, de no tenerlo ya, puedo esperar el consentimiento, es menos grave el hurto que si lo tomo en la viña de un extraño? Matar a un hombre es siempre delito gravísimo, pero que el muerto haya hecho mal o haya hecho bien al homicida no puede menos de tener su peso en la balanza de la justicia; ni, por ejemplo, la bofetada del maestro al escolar o del empresario al obrero, aunque no quepa considerarla ni como cumplimiento de un deber ni como ejercicio de un derecho, puede ser valorada con la misma medida que la infligida a una persona con la cual no medie relación alguna que pueda atenuar la obligación relativa.

Precisamente los ejemplos que he ofrecido al lector muestran cómo entre las circunstancias determinativas se refieren algunas propiamente a la obligación penal, de lo que no ha tenido la ley una intuición precisa; pero, aun así, ha constituido una fórmula, aunque aproximativa, al hablar empíricamente en el art. 133<sup>1</sup>, n. 1, de "naturaleza", de "especie" y de "objeto de la acción"; en estas palabras genéricas también el concepto que he tratado de formular con la distinción

entre elementos y momentos del delito y, dentro de ellos, entre las cosas y las relaciones, encuentra una confusa expresión.

169. *Circunstancias determinativas inherentes al fin.*—El art. 133<sup>2</sup>, n. 1, pone, como hemos visto, los “motivos para delinquir” junto al “carácter” como factor de la capacidad para delinquir, pero de este modo confunde el reo con el delito: no hay motivos *genéricos* para delinquir, sino motivos *específicos* para cometer *aquel delito*, cuya gravedad hay que valorar. Con los motivos, como he tratado de aclarar, no estamos ya en el terreno de los *elementos*, sino en el de los *momentos* del delito; por lo que, si la fórmula de la ley se hubiese construido con clara conciencia del problema, hubiera sido otra su factura. Una nueva prueba de ello está, por lo demás, en los arts. 61, n. 1, y 62, n. 1, donde el motivo constituye por sí mismo una circunstancia agravante o atenuante del delito.

La verdad es, pues, que el motivo, o mejor el fin, del delito, si cuando presenta los caracteres descritos en los arts. 61, n. 1, y 62, n. 1, constituye una circunstancia agravante o atenuante, independientemente de ello es siempre una circunstancia determinativa de él; no puede haber condena para cuyo pronunciamiento no se valore el motivo. Habida cuenta de la obligación de motivar, estatuida en el art. 132<sup>1</sup>, de la que más adelante hablaremos, no debiera haber sentencia que, al ponderar el delito y, por tanto, al dosificar la pena, no razonara acerca del motivo.

En términos generales, el motivo obra para agravar o atenuar el delito según la intensidad del interés, el cual se refleja en el fin: cualquiera ve, en este aspecto, cuán diverso sea el valor (o, mejor dicho, el desvalor) moral del hurto cometido por el pobre o por el rico para saciar una necesidad imperiosa o de poca importancia. Este punto de vista, como ningún otro, consiente y hasta impone al juez la valoración moral del acto, siendo incomparablemente mayor en el campo moral que en el campo jurídico el valor del fin; por tanto, pueden mostrarse aquí entre moral y derecho las mayores divergencias: quitar al avaro para dar al menesteroso es, por ejemplo, uno de los actos ante los cuales aparece la irreparable pobreza del derecho frente a la riqueza de la moral.

170. *Circunstancias determinativas inherentes a la intención.*—Al momento psicológico del delito se refiere el art. 133<sup>1</sup>, n. 3, al estatuir que la gravedad del delito debe inferirse “de la intensidad del dolo o del grado de la culpa”.

El grado máximo de la culpa ya vimos que constituye una circunstancia agravante, en cuanto el art. 61, n. 3, considera “el haber obrado, en los delitos culposos, no obstante la previsión del evento”. También por debajo de la culpa con previsión es graduable la culpa; de esto tuvo ya intuición la antigua jurisprudencia, cuya distinción en culpa *grave*, *leve* y *levisima* es conocida, pero es ésta una distin-

ción sumamente aproximativa; y la fórmula del art. 43 no ha sabido hacer cosa mejor, toda vez que las diversas hipótesis de la culpa se exponen en ella amontonadamente. Si el alumno vuelve a meditar aquí sobre las aclaraciones que le hemos dado acerca del concepto de la culpa, encontrará modo fácil de orientarse en este tema. También la culpa sin previsión presenta en realidad diversos grados, de los cuales el más elevado, próximo a la culpa con previsión, es el de la *negligencia*, que consiste en no haber aplicado las reglas de experiencia que conoce, sin embargo, el agente; viene inmediatamente después la *imprudencia*, la cual dijimos que era la culpa de quien, pudiendo procurarse el conocimiento de las reglas de experiencia necesario para obrar, no se lo procura; un peldaño más bajo aún es el de la *inobservancia de las reglas de experiencia hechas suyas por el derecho*; por último, el grado ínfimo consiste en la *impericia*, que es la ignorancia de reglas de experiencia no jurídicamente impuestas.

Menos fácil es la graduación del dolo, del que se encuentra un síntoma en la fórmula misma del art. 133, donde al “grado de la culpa” corresponde, no el grado, sino la “intensidad del dolo”; considero, sin embargo, que haber resuelto el dolo en la deliberación del daño, o sea en el juicio crítico acerca de su licitud, permite obtener, también en este aspecto, algún resultado útil. En primer lugar, la intensidad del dolo depende del conocimiento de la regla que ha de aplicarse en el juicio de licitud: en principio se dice que la severa presunción del art. 5 del Cód. pen. se funda en la naturaleza misma de la persona, que, si es espíritu, no puede ignorar la ley moral que se traduce en la ley jurídica. Pero aquí es necesario reflexionar primeramente en la posibilidad de una separación entre la ley moral y la ley jurídica; y, además, por lo que hace a las leyes jurídicas, tomar en cuenta la posibilidad efectiva que el agente haya tenido de conocerlas: si no se trata de aquellos actos (por ejemplo, el hurto, el estupro, el homicidio) para conocer cuya ilicitud bastan los mandamientos de la ley de Dios, evidentemente la intensidad del dolo puede variar según la facilidad o dificultad en el agente para conocer las reglas con las que debe construirse el juicio de licitud. En segundo lugar, la intensidad del dolo depende del grado de la previsión: el juicio de licitud, como todos los juicios, consiste en una comparación (del fin con el modelo), y basta frecuentemente una *pequeña diferencia* para modificar el resultado. Ahora bien, aun cuando se prevé el evento, se dan, sin embargo, posibilidades de previsión más o menos precisas, y no se podrá negar una diferencia en la intensidad del dolo según esa mayor o menor precisión: no es lo mismo quien delibera con clara visión del evento en todo su carácter, que quien tenga una visión sumaria de él, la cual consiente un juicio de licitud menos exacto y seguro. Finalmente, hay que tomar en cuenta las condiciones de comodidad o de incomodidad en que se hace el juicio, y así, particularmente, del juicio precipitado o ponderado. En este aspecto surge el concepto de la *premeditación*, la cual, si no constituye una agravante general sino

particular del homicidio (art. 577<sup>1</sup>, n. 3), entra sin duda entre las circunstancias determinativas en el ámbito del art. 133, n. 3: la premeditación se resuelve, precisamente, en la *ponderación del juicio, tanto histórico como crítico*, en que consiste el dolo.

171. *Circunstancias determinativas inherentes a la acción.* — Según la letra de la ley, parecerían circunstancias determinativas inherentes a la acción todas las indicadas en el art. 133<sup>2</sup>, n. 1; pero se ha visto que más propiamente lo que la ley llama “naturaleza” o “especie” de la acción se refiere al fin, mientras los “medios” y el “objeto” se refieren al *instrumento* y a la *materia* del delito; por lo que, verdaderamente, al momento físico del acto sólo atañe la última parte de la fórmula con las palabras “del tiempo, del lugar o de cualquiera otra modalidad de la acción”.

Expresando el tiempo y el lugar la relación del acto con el resto de la realidad, se comprende fácilmente que deban tomarse en cuenta para la determinación de la gravedad del delito: aunque la circunstancia de tiempo o de lugar no sea tal “que impida la defensa pública o privada” en forma que constituya la agravante prevista por el art. 61, n. 5, es evidente que el hurto campestre cometido de noche, cuando el campo está sin custodia, merece una pena más severa, o que la gravedad de los actos obscenos varía según sean cometidos en medio del campo o en una calle de la ciudad.

Junto al tiempo y al lugar quiere la ley que se tome en cuenta cualquier otro carácter de la acción; así, aunque las sevicias constituyan una agravante sólo en cuanto se haga uso de ellas con una persona (art. 61, n. 4), ciertamente el daño al animal ajeno, en cuanto sea irrogado con sevicias o crueldades, deberá ser, dentro de los límites de la pena legal, más severamente castigado.

172. *Circunstancias determinativas inherentes al evento.* — Finalmente, según el art. 133<sup>1</sup>, n. 2, la gravedad del delito debe inferirse “de la gravedad del daño o del peligro ocasionado a la persona ofendida”. Esta fórmula es análoga a la de los arts. 61, n. 7, y 62, n. 4, con la diferencia de que, mientras la circunstancia agravante o atenuante se refiere solamente al daño patrimonial, la circunstancia determinativa se extiende al daño o peligro cualquiera ocasionado por la acción. Ni hay necesidad de aclaraciones para subrayar la naturaleza de esta norma: en el esquema del golpe o en el de la injuria entran eventos que pueden influir leve o gravemente sobre la sensibilidad física o moral del ofendido, y no sería justo que los unos y los otros se castigasen con la misma pena. En este aspecto, la circunstancia determinativa ahora considerada se relaciona con la referente a la materia del delito, en cuanto la ley, al hablar de “daño o peligro ocasionado a la persona ofendida”, quiere que la gravedad del daño se refiera a la específica sensibilidad o vulnerabilidad de ella; en

rigor, atañe puramente al evento la cualidad del golpe o de la injuria, mientras su efecto sobre la persona ofendida se refiere más propiamente a la materia del delito. Para poner otro ejemplo, ciertamente la violencia carnal a una meretriz es menos grave que la empleada con una joven honesta; pero la gravedad, en rigor, depende, según la fórmula de la ley, del "objeto de la acción", no del evento dañoso.

#### SECCIÓN QUINTA

##### Del concurso de circunstancias

173. *Concurso de circunstancias con requisitos.*—En el preámbulo de los dos artículos 61 y 62 del Cód. pen. se dice que "agravan" y, respectivamente, "atenúan el delito", las circunstancias allí previstas "cuando no sean elementos (*rectius*, requisitos) constitutivos de él". La advertencia es elemental y se resuelve lógicamente en el predominio del requisito sobre la circunstancia: cuando la ley inserta un carácter del acto como requisito constitutivo del delito, no puede él mismo agravarlo o atenuarlo; es evidente, por ejemplo, que el *peculado* o la *malversación* (arts. 314 y 315, Cód. pen.), no admiten la agravante prevista por el art. 61, n. 9, ni el *homicidio por causa de honor* (art. 587), la atenuante del art. 61, n. 2.

174. *Concurso de circunstancias generales con circunstancias especiales.*—Los arts. 61 y 62 del Cód. pen. excluyen también la agravación o la atenuación del delito por las circunstancias en ellos enumeradas cuando los caracteres correspondientes a ellas constituyen "circunstancias agravantes" o "atenuantes especiales"; esta segunda parte de la norma se resuelve en el *predominio de las circunstancias especiales sobre las circunstancias generales* (*generi per speciem derogatur*).

La posibilidad de que un mismo carácter esté previsto a la vez como circunstancia general o especial se da, en cuanto a las agravantes o a las atenuantes, porque, respecto de algunos tipos de delito, es mayor o menor que respecto de cualquier otro la agravación o atenuación que de ello se sigue; compárese, por ejemplo, la modificación de la pena estatuida en general para las agravantes previstas por el art. 61, ns. 2, 1 y 4, con la dispuesta, en cambio, respecto del homicidio según los arts. 576, n. 1, y 577, n. 4, del Cód. pen. En tales casos, la circunstancia especial excluye la circunstancia general; por tanto, aplicándose el art. 576, n. 1, o el art. 577, n. 4, no cabe aplicar también el art. 61; e igualmente, aplicándose respecto del aborto el art. 551, no se puede aplicar también el art. 62, n. 1.

175. *Concurso de las circunstancias determinativas con circunstancias agravantes o atenuantes.* — Si el delito se castiga con pena variable, por lo cual debe el juez valorar su gravedad, y concurren a la vez circunstancias agravantes y atenuantes, se da la hipótesis del concurso entre éstas y las circunstancias determinativas. Este concurso lo resuelve la ley con la *precedencia de las circunstancias determinativas*, en el sentido de que debe el juez establecer antes la gravedad del delito como si no hubiese agravantes y atenuantes. Determinada así la pena, determina luego los aumentos y las disminuciones que respecto de las agravantes o de las atenuantes están establecidos. Se lee a este respecto, en el art. 63 del Cód. pen., que “cuando la ley dispone que se aumente o disminuya la pena dentro de determinados límites, el aumento o la disminución se realiza sobre la cantidad de ella que aplicaría el juez al culpable si no concurriese la circunstancia que la hace aumentar o disminuir”.

176. *Concurso de varias circunstancias agravantes o de varias circunstancias atenuantes.* — No está establecido ningún orden en el concurso de varias circunstancias agravantes o de varias circunstancias atenuantes, salvo que entre las agravantes o las atenuantes se encuentre alguna en virtud de la cual cambie no tanto la cantidad cuanto la calidad de la pena; en tal caso se le debe dar a ella la precedencia, de manera que los siguientes aumentos o disminuciones se efectúan sobre la pena determinada por esa circunstancia (art. 63<sup>2</sup> y <sup>3</sup>): ejemplos para la aplicación de este criterio pueden tomarse, en cuanto a las circunstancias agravantes, del art. 677, y en cuanto a las atenuantes, del art. 626 del Cód. pen.; por tanto, si concurre la agravante prevista por el art. 677<sup>3</sup> con la del art. 61 (supongamos que la omisión de los trabajos se debía a sórdida avaricia), el aumento establecido por el art. 64 se realiza sobre la pena corporal prevista por el último apartado del art. 677. Por otra parte, si el hurto es de aquellos por los que el art. 626 consiente la pena pecuniaria en lugar de la pena corporal y, según las circunstancias determinativas, no cree oportuno el juez aplicar esta última, la ulterior disminución por la atenuante prevista por el art. 62, n. 1, se hace sobre la pena pecuniaria.

177. *Concurso de circunstancias agravantes o atenuantes homogéneas.* — Se pueden llamar *homogéneas* las circunstancias agravantes o atenuantes cuando se refieren al mismo carácter del delito; compárense, para encontrar ejemplos de homogeneidad, el art. 625<sup>1</sup>, n. 6, con el art. 61, n. 5; o el art. 587 con el art. 62, n. 2. Son éstos casos de *homogeneidad total*, junto a los cuales se observan otros de homogeneidad *parcial*; observe el lector, por ejemplo, cómo son parcialmente homogéneas las dos agravantes del homicidio previstas por los arts. 576, n. 2, y 577, n. 1, y las dos atenuantes del hurto consideradas en los arts. 626<sup>1</sup>, n. 2 y 62, n. 4, del Cód. penal.

Es obvio que se puede dar homogeneidad total entre agravantes o atenuantes generales o especiales, en cuyo caso se resuelve el concurso como dijimos en el n. 174; en efecto, la hipótesis de homogeneidad total de varias circunstancias agravantes o de varias circunstancias atenuantes, cada una de las cuales fuera general o especial, implicaría una antinomia entre diversas normas de ley, la cual no se puede suponer; y, caso de que existiese, habría que resolver con los medios de interpretación. Puede darse, en cambio, sin antinomia, la coexistencia de varias agravantes o atenuantes generales o de varias agravantes o atenuantes especiales, no total, sino parcialmente homogéneas; en tal caso, se puede hablar de *continencia* de una circunstancia en otra, entendiéndose por *continente* la circunstancia que atañe al carácter de las otras, y no a un carácter diferente. Ahora bien, siendo natural que de las dos circunstancias, la circunstancia continente obre más eficazmente, o sea que signifique mayor agravación o mayor atenuación de la pena, que la circunstancia en ella contenida, dispone el art. 68 que “cuando una circunstancia agravante comprende en sí otra circunstancia agravante, o una circunstancia atenuante comprende en sí otra circunstancia atenuante, se valora a cargo o en descargo del culpable sólo la circunstancia agravante o atenuante que implique, respectivamente, el mayor aumento o la mayor disminución de la pena”; la regla se puede enunciar brevemente diciendo que la *circunstancia continente elide a la circunstancia contenida*. Previendo luego la hipótesis, poco probable, de que las dos circunstancias tengan la misma eficacia agravante o atenuante, el parágrafo del art. 68 agrega que “se aplica un solo aumento o una sola disminución de la pena”, lo que quiere decir que cualquiera de las dos circunstancias elide a la otra.

El preámbulo del art. 68 deja a salvo la disposición del art. 15, donde se recuerda el principio de la abrogación de la norma general por virtud de la norma especial, que regula la misma materia (*rectius*, que regula de manera diferente un caso de los regulados por la norma general); la advertencia es útil, pero no necesaria, toda vez que el texto del artículo, por estatuir sobre el concurso de circunstancias, supone naturalmente que cada una de ellas esté establecida por la ley; mientras, si la norma general que prevé una circunstancia agravante o atenuante está derogada por una norma especial, desaparece dicho supuesto.

178. *Concurso de circunstancias agravantes con circunstancias atenuantes.*— El concurso de circunstancias agravantes con circunstancias atenuantes lo resuelve la ley con el principio de la *elisión* (exclusión), según el cual *si las circunstancias contrarias son equivalentes se excluyen (o se eliden) recíprocamente y si las circunstancias agravantes predominan sobre las atenuantes o viceversa, se excluyen las circunstancias no predominantes* (art. 69, Cód. pen.). Solución, como cualquiera observa, sumamente dudosa; la convenien-



cia de un juicio total sobre la realidad, al que repugna un cálculo aritmético de la pena excesivamente complicado, es un argumento que prueba demasiado, ya que todo el sistema adoptado por la ley, en materia de circunstancias agravantes y atenuantes, lleva a esta complicación: que, si concurren dos agravantes o dos atenuantes, se tiene que proceder a una adición; y, en cambio, si concurre una atenuante con una agravante, no se tiene que proceder a una sustracción, lo cual constituye desgraciadamente una hermosa y buena incoherencia. Se dan ciertamente atenuantes que son incompatibles con las agravantes, en cuyo caso resulta natural pensar en la exclusión; así ocurre precisamente cuando entre ellas media la relación de homogeneidad, o sea, que las unas y las otras se refieran al mismo carácter de delito; pero la verdad es que, en tal caso, no se trata tanto de exclusión cuanto de *inexistencia del concurso* (por ejemplo, si el motivo es abyecto o fútil, no puede ser de particular valor moral o social). Que circunstancias agravantes concurren con atenuantes, excluye la incompatibilidad. Ahora bien, si las dos circunstancias son compatibles, es injusto y hasta absurdo que la una excluya a la otra; porque si quien ha cometido el hurto, por ejemplo, con abuso de relaciones domésticas (art. 61, n. 11) a fin de dar limosna con el dinero robado (art. 62, n. 1) debe ser castigado como si no hubiese cometido aquel abuso, o como si no hubiese obrado por aquel noble fin, es por lo menos muy difícil de comprender. Ni siquiera se justifica la norma con una mayor concesión al poder discrecional del juez, el cual, por el contrario, está obligado por el art. 69 a considerar el delito o enteramente como agravado o enteramente como atenuado.

Constituyen excepción al principio establecido por el art. 69 las circunstancias “inherentes a la persona del culpable” (cfr. art. 70<sup>2</sup>), las cuales, sean agravantes (ejemplo, *reincidencia*) o atenuantes (ejemplo, *semiimputabilidad*), no se excluyen nunca por circunstancias contrarias (art. 69).

Constituye excepción también “cualquier otra circunstancia por la que establezca la ley una pena independientemente de la establecida por el delito” (art. 69). Esta fórmula se tradujo en los trabajos preparatorios así: “circunstancias por las que conmine la ley una pena de especie (*rectius*, cualidad) distinta de la pena ordinaria del delito (ejemplo, art. 576, Cód. pen.), o una pena cuya medida esté determinada por la ley independientemente de la pena ordinaria del delito” (ejemplo, arts. 587, 625, Cód. pen.). Evidentemente, tampoco esta excepción tiene fundamento lógico alguno y sólo vale para confirmar lo desafortunado de la regla establecida en la primera parte del art. 69.

Cuando en el concurso de agravantes con atenuantes no se produce la exclusión de las unas o de las otras, se regula el concurso como el de varias circunstancias de la misma especie; en todo caso, la reincidencia se valora la última (art. 69).

## CAPÍTULO TERCERO

## DE LAS CONDICIONES DEL DELITO

179. *Clasificación de las condiciones.*—A la distinción de las condiciones respecto de los *requisitos constitutivos*, y en particular de los *momentos* y de las *circunstancias*, ya nos hemos referido en el preámbulo de este subtítulo; pero ahora conviene tratar de ahondar en el no fácil problema de las condiciones del delito.

Sabemos que el hecho en que consiste el delito se agota con el evento en el cual está el daño prohibido; el aborto procurado, por ejemplo (arts. 545 y sigtes. Cód. pen.) se consuma con la expulsión o, en general, con la extracción del feto, que constituye la lesión del interés que la ley designa con la fórmula de la “integridad de la estirpe”. Todo evento ulterior, aunque esté causalmente relacionado con la acción, es de ordinario intrascendente para su existencia. Pero puede también ocurrir, que, aun habiéndose verificado el evento del delito, o sea la lesión del interés penalmente protegido, se haga depender de un *evento ulterior* el efecto penal; ya en el sentido de que sin él no se produzca el efecto; ya en el de que en virtud de él, en cambio, no se produzca el efecto; ya, finalmente, en el sentido de que por virtud de él se produzca un efecto distinto del que sin él se hubiera producido. Un ejemplo tomamos ya del delito de actos abortivos sobre mujer a quien se considera encinta: el interés protegido es siempre el de la integridad de la estirpe, el cual, aunque menos gravemente, también se considera lesionado por la tentativa de un aborto imposible; pero esta lesión se castiga sólo a condición de que de la tentativa se siga la muerte de la mujer o una lesión personal de ella.

En estos casos es exacto decir que la existencia o inexistencia o la gravedad del delito depende de *un hecho distinto*, como dijimos en el preámbulo de este subtítulo. También cuando el ulterior evento deriva, como en el caso previsto por el art. 550 del Cód. pen., de la acción misma del reo, ese evento constituye un hecho distinto, toda vez que el hecho del delito se detiene en el primer evento y el nuevo ciclo, que parte de él y termina en el evento posterior, es precisamente considerado por la ley como otro hecho, la razón de lo cual se verá mejor dentro de poco. Recuérdese aquí que la noción de hecho, como más amplia que la del objeto, es esencialmente relativa, de manera que la fijación de sus dimensiones, esto es, el punto de partida y de llegada, depende del arbitrio del observador: así, el hecho previsto como delito por el art. 550 se agota con el cumplimiento de los actos abortivos, que constituyen el evento; y, por tanto, lo que ocurre después y a consecuencia de esos mismos actos, o sea la muerte o la lesión personal de la mujer, no se comprende en él.

Esto es que las consecuencias jurídicas de un hecho dependen de un evento ulterior a aquel con que se cumple dicho acto, fué observado en un primer tiempo por los juristas en el terreno del negocio jurídico, e incluso del contrato, en los casos en que los contratantes subordinan su eficacia a la verificación de un evento indicado por ellos (te vendo mi casa a condición de que encuentres otra para mí); probablemente, de haberse enunciado ese evento por los contratantes juntamente con la promesa recíproca, deriva el nombre de *condición* (de *con-dicere*). Poco a poco, el concepto de la condición, de esta primera fórmula restringida, se extendió en una doble dirección: se cayó en la cuenta, por una parte, de que este fenómeno es común, no sólo a los contratos, sino también a otros actos jurídicos distintos de ellos. Se observó, por otra parte, que a veces la eficacia del acto depende de un evento ulterior, no tanto según la voluntad de las partes, cuanto según la voluntad de la ley, por lo que surge, al lado de la figura de la *condicio facti* (o, mejor, condición *voluntaria*) la *condicio iuris* (o condición *legal*). Precisamente a este segundo tipo pertenece la condición del delito, ya que la eficacia jurídica del delito no depende de la voluntad de las partes.

Según el ejemplo de los actos abortivos sobre mujer a quien se considera encinta, recién presentado, de la condición depende que un daño, que en otra forma no existiría, sea un delito; o sea, su punibilidad. Pero hay otros casos que nos muestran una relación distinta y hasta contraria entre el delito y la condición: plantee, por ejemplo, el alumno la hipótesis de la *amnistía*, la cual veremos que consiste en una *providencia soberana*, que tiene, según la ley, virtud de extinguir el delito (cfr. art. 151, Cód. pen.). También aquí encontramos un evento distinto del hecho que constituye el delito, del cual depende su juridicidad; pero la dependencia se nota en el sentido inverso al que antes hemos observado: si se verifica la condición no tanto pasa a ser delito un hecho que no lo era, cuanto no es ya delito algo que, en cambio, si no se hubiese aquélla verificado, hubiese sido delito. Fenómenos similares son muy conocidos de los estudiosos del derecho civil, quienes, habiendo observado respecto de los otros más arriba indicados, tanto la *differentia specifica* como el *genus commune* de ellos, han construído, junto al concepto de la condición *suspensiva*, el concepto de la condición *resolutoria* del contrato y también del negocio; por lo que el *genus* condición se bifurca en las dos *species* de la condición *suspensiva* y de la condición *resolutoria*. La teoría general ha explicado luego por qué sea más exacto designar la primera como condición *constitutiva* en contraposición a la condición *resolutoria* del acto. Como ha faltado, en cambio, hasta ahora casi totalmente a los cultivadores del derecho penal el beneficio de la comparación de sus datos con los del derecho civil, salvo alguna que otra autorizada excepción, el concepto de la condición ha quedado para ellos aislado o involucrado en la única especie de la condición constitutiva. Cuando hablan de condición del delito, no

entienden referirse más que a ella; en cambio, para denotar el fenómeno de la amnistía y los demás congéneres de ella, prefieren la fórmula de las *causas de extinción del delito*, la cual no puede decirse ciertamente una fórmula equivocada, sino, desde el punto de vista del sistema, esto es, de la coordinación de los datos, inoportuna, ya que deja en la sombra la relación entre los dos órdenes de fenómenos aquí considerados: el modo de expresarse de los penalistas, por ejemplo, no sirve para manifestar, juntamente con lo que hay de diverso entre la *querella* y la *remisión de la querella*, lo común, que precisamente consiste en que una y otra constituyen un evento distinto del hecho previsto como delito, y consiguiente a él, que, recíprocamente, le atribuye o le quita la punibilidad.

Hay, para completar el cuadro de las condiciones del delito, todavía una tercera hipótesis que ha de tenerse en cuenta: a veces, de un evento posterior al delito depende no tanto su *constitución o extinción*, como su *modificación*. Ya hemos indicado, y dentro de poco lo aclararemos mejor, cómo, por ejemplo, en este modo debe construirse una forma del dato que el tercer apartado del art. 2 del Cód. pen. denomina *sub specie de la sucesión de leyes penales*. De ello se sigue no tanto una bipartición cuanto una tripartición de las condiciones del delito en *condiciones constitutivas*, *condiciones resolutorias* y *condiciones modificativas*; pues estas últimas, como las circunstancias, se distinguen naturalmente según la dirección en peor o en mejor de la modificación, la categoría de las condiciones modificativas se resuelve en otras dos: *condiciones agravantes* y *condiciones atenuantes*.

Desde otro punto de vista, las condiciones se pueden distinguir según que *el evento condicionante sea, o no, causalmente conexo con el evento condicionado*; compárense, en este aspecto, el art. 580 del Cód. pen. con el art. 120: el *suicidio*, según la primera de estas normas, es un evento derivado de la instigación, mientras que la *querella* depende tan escasamente del delito, que cabe proponerla como delito inexistente. Una comparación análoga puede hacerse, en materia de condiciones atenuantes (modificativas), entre la *reparación espontánea de las consecuencias del delito* (art. 62, n. 8, Cód. pen.), la cual no puede menos de ser a su vez una consecuencia del delito, y el *indulto* (art. 174), que es naturalmente independiente de todo delito singular. Me parece oportuno indicar las condiciones de la primera categoría como condiciones *intrínsecas* y las otras como condiciones *extrínsecas*; lo cual quiere decir que las primeras, y no las segundas, se pueden comprender con el hecho condicionado en un mismo ciclo.

## SECCIÓN PRIMERA

## De las condiciones constitutivas

180. *Clasificación de las condiciones constitutivas.* — En la doctrina corriente se suelen distinguir las condiciones en *condiciones de punibilidad* y *condiciones de procedibilidad*; entre éstas sólo las *condiciones de punibilidad* serían verdaderamente *condiciones del delito*, mientras a las otras convendría el concepto de *condiciones de la pena*. Habiendo considerado desde el principio el delito y la pena como conceptos inseparables, anverso y reverso de la misma medalla, por lo que ni puede darse pena sin delito ni delito sin pena, considero que esta distinción no tiene ningún fundamento, de manera que las condiciones de procedibilidad se resuelven en condiciones de punibilidad y viceversa, o sea, que las unas y las otras son igualmente condiciones del delito; de lo que es un síntoma muy claro la incertidumbre misma de los penalistas al colocar, por ejemplo, la querella entre las unas o entre las otras.

Probablemente en la fórmula que distingue las *condiciones de punibilidad* de las *condiciones de procedibilidad*, se oculta la intuición de la diferencia entre condiciones constitutivas *intrínsecas* y condiciones constitutivas *extrínsecas*, donde me parece que está la verdadera diferencia. Ni el sustituir una fórmula por la otra es mera cuestión de palabras, pues si, por ejemplo, llamándose *condiciones de procedibilidad* a las *condiciones extrínsecas* se considerase como condición de procedibilidad la querella, que indudablemente pertenece a la segunda categoría, ello haría creer que la procedibilidad es algo distinto de la punibilidad, lo que ni es ni puede ser: si por un delito respecto del cual la ley exige la querella no se procede sin ella, esto no se debe a otra cosa sino a que sin querella no se puede infligir el castigo. El juicio no es algo distinto del castigo, sino la primera fase de él; y, si del juicio surge que el imputado no ha cometido el delito, *ello quiere decir que se le ha comenzado a castigar injustamente*, o sea que ha habido a cargo de él un *error judicial*; verdad de la cual se persuadirá mejor el alumno más adelante, cuando veamos cómo el juicio exige a menudo, a manera de medida cautelar, la *detención preventiva*, que es también y no puede menos de ser, en el efecto ya que no en el fin, un castigo anticipado.

## § 1

## DE LAS CONDICIONES CONSTITUTIVAS INTRÍNSECAS

181. *Condición objetiva del delito.*—A fin de que el alumno pueda coordinar mejor la enseñanza con las normas de las leyes, prefiero este punto a la *condición objetiva de punibilidad*, fórmula que sirve de rúbrica al art. 44 del Cód. pen.; en él se dispone que, “cuando para la punibilidad del delito exige la ley que se verifique una condición, el culpable responde del delito aunque el evento de que depende la verificación de la condición (*rectius*, en que consiste la verificación de la condición), no haya sido querido por él”. Pero, más exactamente, la condición objetiva de punibilidad se denomina condición *intrínseca*, en cuanto, como dijimos, el evento condicionante está causalmente relacionado con el evento condicionado; pero la separación de un evento respecto del otro adquiere importancia precisamente porque sólo al primero, y no al segundo, se refiere la intención.

El legislador ha querido decir así que el evento deducido en condición sólo entra en el momento físico, pero no en el momento económico y en el momento psíquico del delito. Se necesita, para que exista el delito, que tal evento sea consecuencia de la acción del reo, según el art. 40 del Cód. pen., pero no que con ese evento coincida el fin del delito ni que tal consecuencia de la acción deba, según las reglas de experiencia, ser prevista por el reo. Por esa extrañeza del evento respecto del momento psicológico (subjetivo) del delito habla la ley de condición *objetiva de punibilidad*; por tanto, para que se verifique la condición es necesario y suficiente el nexo de causalidad entre el evento condicionante y la acción, nexo que, entiéndase bien, sin embargo, debe ser de la misma naturaleza del que enlaza la acción con el evento del delito; por lo que la acción debe ser tanto de éste, como de aquél, causa (concausa) eficiente: en cambio si, por ejemplo, la muerte de la mujer a quien se considera encinta no depende de los actos abortivos, sino de una causa sobrevenida, tal como está prevista en el segundo apartado del art. 41 del Cód. pen. (supongamos que mientras se aleja de la casa, donde ha sido operada, muere la mujer en un choque automovilístico), es cierto que la condición prevista por el art. 550 no se ha verificado y no existe el delito; pero no se exige también que la muerte o la lesión la haya ocasionado el operador por culpa y menos aún por dolo. Si se verificase una de estas hipótesis, concurriría, como más adelante veremos, con el delito de actos abortivos un homicidio o una lesión personal culposa o dolosa.

La ley subordina a una condición intrínseca la punibilidad de un hecho en cuanto la verificación de un daño aumenta la gravedad del peligro en que se resuelve el delito: el delito condicionado es siempre un delito de peligro, a cuyo evento se agrega un daño oca-

sionado por la misma acción; mientras no se verifica ese daño, no aparece tan grave como para requerir la pena. Pero cuando se ha verificado el daño es, sin embargo, el peligro, y no el daño, lo que constituye el delito; por lo cual del primero, y no del segundo, debe el agente haber tenido intención: mientras, no estando la mujer encinta, no ocasionen los actos abortivos consecuencia alguna perjudicial para su vida o su salud, la ley tolera que se los lleve a cabo. Pero cuando una consecuencia así se siga de ellos, son, sin embargo, esos actos y no el haber ocasionado la muerte o la lesión, los que constituyen el delito; por lo cual no se necesita, como decíamos, que la muerte o la lesión haya sido o debiera haber sido prevista, y menos aún que se la hubiera deliberado. Más claramente aún aparecerá al lector la naturaleza del delito condicionado si se utiliza, no ya el ejemplo de los actos abortivos, sino el de la falsedad en escritura privada: el art. 485 del Cód. pen. no castiga la falsificación de una escritura privada sino cuando el falsificador "haga uso o deje que otro haga uso de ella". El uso de la falsa escritura agrava el peligro constituido por la falsificación; y, por tanto, sólo se la castiga dependientemente del uso de ella; pero, en cuanto se produce el uso, es la falsificación, y no el uso del documento falso, lo que constituye el delito y al cual, por tanto, debe adaptarse la intención: así, aunque el uso hecho por otro no pueda atribuirse a dolo ni siquiera a culpa del falsificador, existe, sin embargo, el delito de falsedad.

## § 2

### DE LAS CONDICIONES CONSTITUTIVAS EXTRÍNECAS

182. *Condiciones constitutivas extrínsecas.* — Hay eventos dañosos o peligrosos cuya punibilidad se subordina no tanto a un mayor desarrollo del daño o del peligro (condición constitutiva intrínseca), cuanto a un hecho de diversa naturaleza, que constituye *un índice de la conveniencia de su castigo*. Reflexiónese a este propósito que el castigo del delito tiene, como su rendimiento, también su costo, el cual no consiste solamente en el mal infligido al ofensor (que el matador sea muerto, a su vez, es una pérdida para la sociedad), sino en el dispendio y en la turbación ocasionados por el proceso; por tanto, aunque, ocurrido un daño previsto por la ley como delito, se deba infligir la pena y se deba hacer el proceso, es una cuestión de conveniencia por resolver mediante la valoración comparativa del costo y del rendimiento. Tanto por la naturaleza como por la gravedad o por el lugar del delito, puede ocurrir que la conveniencia del castigo sea dudosa; por lo cual se la hace depender de un índice, apto para resolver la duda en sentido afirmativo.

De tales condiciones constitutivas extrínsecas del delito se encuentran dos especies en la ley, que se distinguen en cuanto la condición consista en *un acto del ofensor o del ofendido*. A la primera especie pertenece el *traslado al territorio del Estado de quien haya cometido un delito fuera de él*; a la segunda deben adscribirse la *querella*, el *requerimiento* y la *instancia*.

183. *Traslado al territorio del Estado del culpable de un delito cometido en el extranjero*. — Ya vimos en el capítulo anterior cómo el lugar del delito puede constituir una circunstancia impeditiva o modificativa del delito, en el sentido de que ciertos daños, que de ocurrir en el territorio del Estado constituirían delitos, si son irrogados fuera de él, no son punibles o se los castiga diferentemente; a esta segunda hipótesis se refiere la condición de que estamos hablando. De los daños cuya punibilidad admite la ley si han ocurrido en el extranjero, unos son punibles incondicionalmente (art. 7, Cód. pen.), otros, en cambio, lo son subordinadamente a la verificación de ciertas condiciones (arts. 8 y sigtes.); entre éstas, una se refiere precisamente a un acto del culpable que se traslade al territorio del Estado. Se entiende que el encontrarse el culpable en el territorio, en cuanto haga imposible o menos probable su castigo por parte del Estado en que se ha cometido el delito, constituye el índice, de que hemos hablado, de la conveniencia del castigo por parte del Estado italiano.

Los delitos sujetos a esta condición son *delitos comunes cometidos por el ciudadano o por el extranjero en el extranjero* (arts. 9 y 10, Cód. pen.); la distinción entre delitos *comunes* y delitos *políticos*, fundamental para la punibilidad del daño ocasionado fuera del territorio del Estado, figura en el último apartado del art. 8 del Cód. pen. Para cualquiera de esos delitos respecto de los cuales el evento en el extranjero no constituye una circunstancia impeditiva, pone la ley la condición de que el ciudadano o el extranjero “se encuentre en el territorio del Estado” (arts. 9<sup>1</sup>, 10<sup>2</sup>, n. 1).

La fórmula “se encuentre en el territorio del Estado” significa precisamente que *se traslade a ese territorio*; por una parte, si el delito se ha cometido fuera del territorio, no puede el culpable encontrarse en el territorio sin haberse trasladado a él; por otra parte, es evidente que no se exige, para que pueda ser castigado, que permanezca en él durante cierto tiempo, y menos aún hasta que se inicie o se termine el juicio, pues de lo contrario le sería posible sustraerse al castigo si así le agradara. La condición consiste, pues, no tanto en que se encuentre, esto es, resida o permanezca en el territorio del Estado, sino en que se traslade a él; si esto ocurre, se ha verificado la condición y se establece la punibilidad.

184. *Querella*. — La reacción de quien, habiendo sido lesionado por el delito, se dirige al juez invocando que se inflija al culpable la pena, es una consecuencia natural del delito, con la cual cuenta la ley



para mover el proceso penal. Este cometido veremos en el libro segundo que se encomienda a cualquier ciudadano y aun a cualquier persona que, toda vez que forma parte de la sociedad, turbada, si no directamente, indirectamente al menos por el delito, tiene interés en el restablecimiento del orden mediante la pena; por eso "toda persona, aun distinta del ofendido, que tenga noticia de un delito..., puede denunciarlo al procurador del rey, al pretor o a un oficial de policía judicial" (art. 7<sup>1</sup>, Cód. pen.). Técnicamente se puede decir que la denuncia compete a cualquier perjudicado; pues, por lo menos indirectamente, el delito lesiona el interés de todo miembro de la sociedad, a propósito de lo cual recuerde el alumno lo que dijimos para distinguir el perjudicado del ofendido. Pero esta reacción de cualquier perjudicado, a la que se da el nombre de *denuncia*, si resulta ciertamente útil, no se necesita, en general para el castigo, en el sentido de que, aunque no denuncie nadie un delito, el ministerio público (que veremos es el funcionario del proceso a quien se encomienda el cargo de tomar la iniciativa de él) puede, sin embargo, requerir el castigo. Hay, no obstante, casos en que una reacción del sujeto de un interés lesionado se considera, no sólo útil, sino necesaria para que se produzca el castigo; son casos en que, bien por lo exiguo del daño (por ejemplo, injuria, amenaza simple, lesión personal leve), bien por su naturaleza, en razón de la cual el proceso con su publicidad inevitable lo pueda agravar (por ejemplo, difamación, adulterio, violencia carnal), es dudosa la conveniencia del castigo; puesto que el indicio más sensible de esa conveniencia es el juicio de la persona perjudicada, a ella le encomienda la ley la solución de la duda; pero no a un perjudicado cualquiera, sino a un tal perjudicado que su interés esté jurídicamente protegido y, por tanto, tenga sobre el bien agredido un poder jurídico; el lector sabe ya que éste es el ofendido. Así, la denuncia del delito por parte del ofendido viene a ser un acto del que depende la punibilidad y, con ella, la existencia del delito. Ese acto, precisamente, se llama *querella*; la cual no es, pues, la *denuncia de cualquier delito hecha por el ofendido*, sino la *denuncia del ofendido en cuanto sea necesaria para la existencia del delito*.

En este aspecto se distinguen los delitos en dos categorías, según que su existencia dependa, o no, de la querella. A los primeros se les llama *delitos perseguibles a querella de parte*, a los segundos, *perseguidos de oficio* ("por los que se debe proceder de oficio"; cfr. art. 120, Cód. pen.; art. 7, Cód. de proc. pen.). Esto no quiere decir que no se pueda denunciar también un delito perseguible a querella de parte, como aparecería del texto del art. 7 del Cód. de proc. pen. ("toda persona, aun distinta del ofendido, que tenga noticia de un delito perseguible de oficio, puede denunciarlo..."): no es la posibilidad de la denuncia lo que se excluye respecto de los delitos no perseguidos de oficio, sino su eficacia; o, mejor, el poder del ministerio público de promover el juicio penal, precisamente porque sin que-

rella no existe el delito. Por eso dispone el art. 120 del Cód. pen. que “toda persona ofendida por un delito por el que no deba procederse de oficio... *tiene derecho de querella*”; esto quiere decir que de un solo acto (la querella) depende la existencia del delito. Dentro de la teoría general, se nota aquí que la violación de la obligación penal determina, como ya lo indicamos, el nacimiento en el sujeto activo de la relación (ofendido) de un verdadero *derecho subjetivo penal*, o sea de un *poder de mando*, que se le atribuye en orden al castigo de la ofensa. La fórmula del *derecho de querella*, contenida en el art. 120, es precisa en el sentido de que la querella constituye ejercicio de un *derecho de castigar* perteneciente al ofendido; *derecho*, no *potestad*, como, en cambio, según la teoría general, debe definirse la situación penal activa del funcionario del proceso (ministerio público y juez); precisamente porque el *iussum* se encomienda, con la querella, al sujeto mismo del interés lesionado. Cuando hablan, pues, los penalistas de *derecho de castigar*, emplean una expresión que, como ya lo hemos hecho notar, en cuanto se refiera al Estado, no corresponde a dato alguno real; y en cuanto se refiera a los funcionarios del proceso, es inexacta, porque a ellos les compete en orden al castigo no un *derecho subjetivo*, sino una *potestad*. En cambio, la expresión se ajusta verdaderamente a la situación penal activa del ofendido por los delitos no perseguibles de oficio; puesto que a él le compete, si no el poder de castigar por sí solo, sí el *poder de concurrir al castigo*; poder que, siendo un sujeto del interés a cuya tutela está destinado, es un derecho subjetivo. En torno a la naturaleza y al régimen de este derecho deberemos orientar nuestras investigaciones más adelante, cuando en el libro siguiente se nos plantee el problema de las relaciones jurídicas inherentes no ya al delito, sino al juicio penal.

Aquí sólo se ha de notar que el derecho de querella se ejercita mediante la querella, que es un acto *jurídico* perteneciente a la especie llamada de *negocio jurídico*, precisamente porque es ejercicio de un derecho subjetivo. También de este acto, y más concretamente de este negocio, la naturaleza y el régimen se estudiarán, a propósito del juicio, en el libro segundo, mientras aquí basta haber notado que, en cuanto el delito no es perseguible de oficio, la condición constitutiva extrínseca, a que está sometido, consiste en un negocio jurídico.

185. *Requerimiento*. — De *requerimiento* habla la ley en dos sentidos distintos: en el art. 127 del Cód. pen., para designar la querella propuesta por el Ministro de Justicia en sustitución del rey, del regente o de una persona de la familia real; y en los arts. 8, 9 y 10 del Cód. pen., para denotar el acto mediante el cual el Ministro de Justicia requiere el castigo de un delito político o de un delito común cometido fuera del territorio del Estado. Evidentemente, las dos figuras de *requerimiento* son diferentes; en el primer caso se trata verdaderamente de una querella, como aparece aun del texto mismo del art.

127, propuesta por un sustituto del ofendido, en lugar de él; en el segundo caso, en cambio, el acto no lo lleva a cabo el ofendido, por lo cual la *differentia specifica* de la querella se muestra claramente.

Hay delitos que interesan al Estado italiano tan profundamente, que sobre su existencia no influye en modo alguno el lugar donde hayan sido cometidos (cfr. art. 7); hay otros, en cambio, acerca de los cuales, en cuanto sean cometidos en el extranjero, se plantea la duda sobre la conveniencia de su castigo; tales son los *delitos políticos* (art. 8) y los *delitos comunes de mucha gravedad* (arts. 9 y 10). De estos últimos hemos visto ya que la existencia depende de que se traslade el culpable al territorio del Estado; pero, si ésta es una condición necesaria, no siempre es una condición suficiente. La suficiencia está excluida, concretamente, respecto de los delitos comunes menos graves previstos por el segundo apartado del art. 9; por consiguiente, tanto en los casos previstos por el art. 8 como en los de los arts. 9 y 10, la solución de la duda se encomienda al Ministro de Justicia, mediante un acto que toma el nombre de *requerimiento*. Una diferencia entre los casos previstos por el art. 9 y los considerados en los arts. 8 y 10 está en que, respecto de los *delitos políticos* y de los *delitos comunes cometidos en el extranjero por un extranjero*, el requerimiento es una *condición necesaria*; mientras, respecto de los *delitos comunes cometidos en el extranjero por un ciudadano o por un extranjero en daño del Estado o de un ciudadano italiano*, al requerimiento del Ministro de Justicia equivalen la *querella* o la *instancia del ofendido* (arts. 9<sup>2</sup> y 10<sup>1</sup>, Cód. pen.).

Precisamente porque el requerimiento no es un acto del ofendido, no se debe hablar de un *derecho*, sino de una *potestad*, de requerimiento; y el requerimiento tiene, como se verá mejor en el libro segundo, naturaleza de *providencia*, no de *negocio jurídico*.

186. *Instancia*.— Respecto de los delitos comunes cometidos en el extranjero por un ciudadano o por un extranjero en daño del Estado o de un ciudadano, los arts. 9<sup>2</sup> y 10<sup>1</sup> admiten que la condición pueda consistir, no en el requerimiento del Ministro de Justicia, sino en la “instancia” o “querella de la persona ofendida”. La mención de la *instancia* al lado de la *querella* se refiere a la distinción entre *delitos perseguibles o no perseguibles de oficio*; si el delito es perseguible de oficio, el acto del ofendido que, en cuanto sea cometido en el extranjero, constituye su condición, toma el nombre genérico de *instancia*.

Por tanto, la instancia se asimila a la querella en el sentido de que es un acto del ofendido en el cual consiste una condición del delito; pero se diferencia de él en que, mientras la querella es una condición no sólo suficiente, sino también necesaria, la instancia es suficiente pero no es necesaria. En efecto, el delito, precisamente por ser perseguible de oficio, puede existir aun sin instancia, con tal que haya requerimiento.

Como la querella, y a diferencia del requerimiento, la instancia

es un negocio jurídico mediante el cual se ejercita un poder que tiene el carácter de derecho subjetivo.

## SECCIÓN SEGUNDA

### De las condiciones resolutorias del delito

187. *Condiciones resolutorias del delito.* — De las condiciones resolutorias del delito trata la ley, como ya indicamos, *sub specie* de la *extinción del delito*; correlativamente, la doctrina penal les llama *causas de extinción del delito*. Esta fórmula no me parece feliz, ni respecto del sustantivo, ni respecto del atributo. En cuanto al primero, baste reflexionar que, si los hechos diversos del daño previsto como delito, de los que depende su punibilidad, no se llaman *causas* sino *condiciones* de constitución del delito, mal se comprende por qué se llamen, en cambio, causas los otros, que ejercen sobre la punibilidad un efecto contrario. Además, cuando se trata de definir ese efecto, quien tenga algún conocimiento del problema de la pendencia del acto jurídico, tal como se expone en la teoría general, no tarda en hacerse cargo de la incongruencia del concepto de *extinción del delito*: ciertamente, por extinción del delito se entiende no la desaparición del hecho, que no se cancela (*factum infectum fieri nequit* [no se puede hacer que lo hecho no se haya hecho]), sino de su juridicidad, o sea, de su conversión en no delito; pero esto, precisamente, no debe entenderse en el sentido de que el hecho haya sido un delito y, pasado un tiempo, dejara de serlo; sino en el de que nunca fuera tal; y, por tanto, no de la *cesación*, sino de la *resolución* de su efecto penal. Técnicamente, esta especie de prodigio se explica por el concepto de la *retroactividad del hecho extintivo*, la cual, en la teoría general, sirve precisamente para distinguir la *condición resolutoria* del término *final*: que la llamada causa de extinción actúe retroactivamente es una exigencia lógica, ya que no puede un hecho ser al mismo tiempo delito y dejar de serlo. No el de la extinción del delito, sino el de *suspensión*, es el concepto con el que se pueden construir los fenómenos aquí considerados; y, en particular, la especie de suspensión que en la teoría general se denomina *resolubilidad*, en cuanto de un evento incierto depende no la constitución, sino la resolución de los efectos jurídicos del hecho. Por eso, al lado de las *condiciones constitutivas* hay que reconocer las *condiciones resolutorias* del delito, encuadrando también estos datos en las líneas ya bien diseñadas de la teoría general del acto jurídico.

188. *Muerte del reo.* — La primera condición resolutoria del delito es “la muerte del reo, ocurrida antes de la condena” (art. 150,

Cód. pen.); si la muerte ocurre después de la condena, veremos que ella tiene sobre el delito solamente una eficacia modificativa (cfr. art. 171).

Se comprende que la condena de que hablan los arts. 150 y 171 es la condena estatuida por una *sentencia irrevocable* o, según se dice, *pasada en cosa juzgada*, cuyo sentido exacto explicaremos en el libro segundo.

Las razones prácticas del efecto resolutorio atribuido a la muerte del reo antes de la condena son obvias: toda vez que jurídicamente, como ya lo hemos hecho notar, un delito no es tal sino en cuanto se declare su certeza mediante la condena; y puesto que el juicio penal no se puede conducir eficazmente sin la participación del imputado o, por lo menos, sin que éste pueda participar en él, no hay otro medio de resolver la dificultad que el de reconocer inexistente el delito por virtud de la muerte. Lo cual, después de todo, tiene una razón más profunda: bien pueden los hombres renunciar al juicio de quien ha tenido que presentarse ya ante el tribunal de Dios. La resolución del delito por virtud de la muerte no debe considerarse, pues, como un perdón de la justicia humana; sino como un reconocimiento de que no tiene ella razón ya para intervenir cuando lo hace la justicia divina. Técnicamente, de todos modos, que la imposibilidad de la condena reaccione sobre el delito haciéndolo desaparecer como si nunca hubiese existido, confirma la verdad enunciada en la primera parte de estas lecciones, cuando hicimos notar que, lógicamente, la condena es una condición del delito; de manera que, si no hay condena, no puede haber delito. Que esa proposición parezca una inversión lógica del verdadero principio, según el cual, si no hay delito, no puede haber condena, constituye la prueba de la imperfección humana de la institución penal.

189. *Abrogación del delito.*—También las leyes penales, como todas las demás, están sujetas a mutaciones; puede ocurrir, entre otras cosas, que un hecho, que según una ley anterior no era punible, lo sea por una ley posterior, o viceversa. La primera de estas dos hipótesis se resuelve fácilmente mediante el principio de la irretroactividad de las leyes (art. 11, disposiciones generales de aplicación de la ley, art. 2, Cód. pen.); en cambio, la segunda debe ser atentamente meditada.

La meditación lleva a distinguir las razones de la mutación; puede ocurrir que el no castigo dependa de un cambio de circunstancias en relación al cual asume el hecho un diverso valor moral, o de un cambio de juicio del legislador. El primer caso, por ejemplo, se verifica en virtud del paso del estado de guerra al estado de paz, en el que, naturalmente, se relajan muchos vínculos que la guerra había puesto en tensión. El segundo, por ejemplo, en virtud del paso de un régimen político a otro; por lo cual ciertos actos, que el primero con-

sideraba con severidad o con benignidad, son después diversamente apreciados. En este último caso sólo se puede hablar verdaderamente de *abrogación del delito*, en el sentido de reconocimiento de la licitud de un acto punible según una ley anterior.

Se comprende por qué la abrogación del delito estatuida por una ley posterior deba hacer que desaparezca ese delito cometido cuando estaba en vigor la ley anterior; que, estando la ley posterior ya en acto, el delito cometido durante la vigencia de la ley anterior existiera, sin embargo, sería contra la *ratio* de la ley abrogatoria, que excluye la existencia de él. Por eso, el art. 2<sup>2</sup> del Cód. pen., dispone que “nadie puede ser castigado por un hecho que, según la ley posterior, no constituye delito; y, si ha habido condena, cesan su ejecución y sus efectos penales”. En esto no se puede ver contradicción alguna con el principio de la irretroactividad de la ley (art. 11<sup>1</sup>, de las disposiciones generales); pues, según la ley vigente, cuando se cometió el hecho, la abrogación del delito estatuida por una ley posterior constituye una condición resolutoria de él y, por tanto, su no punibilidad depende radicalmente de la misma ley, como está claramente reconocido por el art. 2<sup>2</sup>, del Cód. pen. También entra en la figura de la abrogación la hipótesis de que desaparezca la punibilidad de un hecho punible según un decreto-ley en virtud de la caducidad, de la falta de ratificación o de la modificación del decreto (art. 2<sup>4</sup>, Cód. pen.).

Que el efecto resolutorio de la nueva ley o de la caducidad, de la falta de ratificación o de la modificación del decreto-ley no se manifieste fuera del caso de la abrogación del delito, o sea, cuando la mutación de la ley esté determinada no por una diversa valoración del hecho, sino por un cambio de las circunstancias que califican su licitud, está aclarado por el art. 2<sup>3</sup>, con la fórmula: “si se trata de leyes de excepción o transitorias, no se aplican las disposiciones de los párrafos anteriores”: “leyes de excepción” deben entenderse aquí las que disponen en orden a exigencias anormales de la sociedad; “leyes transitorias”, las que asignan, explícita o implícitamente, un plazo a su propia vigencia. La transitoriedad de la ley es un carácter estructural que responde al carácter sustancial de la excepcionalidad. Una y otra hipótesis significan que la mutación no se refiere a la valoración moral del hecho, sino a circunstancias singulares que lo sustraen a la valoración normal; lo cual puede ocurrir tanto en el sentido de que sean singulares las circunstancias que determinaron antes la punibilidad como en el de que lo sean, en cambio, las determinantes después de la no punibilidad. Por eso, el carácter transitorio o excepcional se refiere tanto a la ley anterior como a la posterior; y, por consiguiente, la abrogación del delito se excluye tanto si fuera transitoria como excepcional la ley que castiga como si lo fuere la ley que excluye la punibilidad.

190. *Amnistía*. — El Estatuto atribuye al rey la *potestad de gracia* (art. 8), la cual, como suprema expresión de la soberanía y que como tal compete al Jefe del Estado, se suele llamar *gracia soberana*. La institución de la gracia soberana, dejada casi siempre en la sombra por la especulación teórica y a menudo derrochada en la aplicación práctica, alcanza las cimas del pensamiento, y no puede quizá ser comprendida por quien no haya tratado de comprender cuál sea la luz de la que ella significa entre los hombres un pálido reflejo; tal es la gracia divina. En verdad, la gracia procede del reconocimiento de la insuficiencia de la justicia, como conformidad a la ley, para satisfacer la inagotable aspiración al bien, que constituye nuestra nobleza; por más que hagamos de nuestra parte por garantizar la rectitud del juicio, del legislador o del juez, sentimos que está siempre amenazada por el peligro del error y buscamos contra él un remedio heroico, el cual consiste en plegar la sentencia y la ley misma al juicio de un hombre cuya suprema potestad supone una suprema virtud. Que esa potestad se refiera solamente a la ley y a la sentencia penal atestigua que el peligro y el daño a la vez del error es más grave en el campo penal.

Según que el poder de gracia se ejercite en relación a la ley o en relación a la sentencia penal, se habla de *amnistía* o de *gracia en sentido estricto*; la *amnistía* es *gracia general*, la gracia en sentido estricto es *gracia particular*. Siendo limitada la potestad de gracia, tanto la *amnistía* como la gracia debieran comprender, ya la especie *resolutoria*, ya la simplemente *modificativa* del delito; o, según el lenguaje del código, debiera ser tanto una *causa de extinción del delito* como una *causa de extinción de la pena*. Por un estrecho concepto de la institución, no es así de ordinario, según el código: mientras que la *amnistía*, como veremos, comprende verdaderamente, las dos especies, por lo que se distingue la *amnistía del sentido estricto* como causa de extinción del delito (art. 151) del *indulto* como causa de extinción de la pena (art. 174). La gracia (en sentido estricto) sólo la considera la ley en este último aspecto, pero esa misma ley admite, y no podría negarlo sin violación del Estatuto, que pueda tener también efecto plenamente resolutorio del delito, como se verá mejor en la sección siguiente.

En su alta y pura función, la gracia, general o particular (*amnistía* o gracia en sentido estricto), no debe entenderse como *manifestación de clemencia* ni, por tanto, como perdón, sino como *integración de justicia*, y por eso debería ejercitársela, con la ayuda de una intuición superior, a fin de corregir las inevitables imperfecciones del mecanismo legislativo y judicial. Desgraciadamente, como la exigencia de una intuición superior no puede ser fácilmente satisfecha, la gracia es, entre las instituciones del derecho, la que más se resiente de la imperfección de los hombres; su decaimiento, por no decir su amortiguación, se advierte sobre todo en la forma de la *amnistía*, la

cual, en lugar de reservársela para graves contingencias en que la conciencia social interpretada por el soberano aspire a limar ciertas asperezas de la ley, se la suele hoy otorgar, a modo del pan y de los juegos circenses, con ocasión de faustos acontecimientos para la cosa pública o para la casa reinante, con innmerecidas ventajas para los culpables y daños igualmente innmerecidos para los inocentes.

Se comprende que la amnistía, toda vez que extingue o, mejor, resuelve el delito, en cuanto para la declaración de su certeza se halle en curso el juicio, determina la cesación de él (cfr. art. 152, Cód. pen.); en esto, si del juicio tenía el imputado razón para esperar una solución favorable, está el daño, ya que la amnistía le impide demostrar su inocencia. A este grave inconveniente veremos que pone un limitado remedio la norma contenida en el parágrafo del art. 152 del Cód. proc. pen. Lo obvio sería en estos casos consentir al imputado el derecho a rechazar la amnistía, subordinando así su eficacia a su no oposición. Que, si ha habido condena, la amnistía haga cesar “la ejecución de la condena y de las penas accesorias” (art. 151<sup>1</sup>), no es más que una consecuencia natural de su efecto resolutorio del delito.

Por otra parte, que la amnistía pueda “ser sometida a condiciones o a obligaciones” (*rectius*, que la providencia de amnistía pueda subordinar la resolución del delito a alguna condición o carga; art. 151<sup>4</sup>, Cód. pen.), es también un lógico desenvolvimiento de la potestad soberana de donde deriva.

El efecto resolutorio comprende los “delitos cometidos durante todo el día anterior a la fecha del decreto, salvo que éste establezca una fecha diferente” (art. 151<sup>3</sup>), y “no se aplica a los reincidentes en los casos previstos por los parágrafos del art. 99 ni a los delinquentes habituales o profesionales o por tendencia, salvo que el decreto disponga en otra forma” (art. 151<sup>5</sup>). Esta última norma, aunque no tenga gran importancia, en cuanto admite la posibilidad de diferente disposición en la providencia soberana, proviene de un concepto de la amnistía como perdón que no atañe a la verdadera naturaleza de la institución.

191. *Remisión de la querella*.—Lo que la ley llama “remisión” (art. 152<sup>1</sup>, Cód. pen.), no es otra cosa que la *revocación de la querella*.

La remisión es una *declaración del querellante* para la que el art. 153 del Cód. pen. exige la misma capacidad estatuida por el art. 120<sup>2</sup> y <sup>3</sup> para la querella; por tanto, mientras que respecto de las ofensas a los niños y a los declarados en interdicción, la remisión, como la querella, debe hacerla el administrador legal (art. 153<sup>1</sup>), respecto de los adolescentes y de los incapacitados, la querella puede ser remitida tanto por el menor o el incapacitado como por el administrador o curador (art. 153<sup>2</sup> y <sup>3</sup>). Por lo demás, como ya se ha visto en cuanto al consentimiento del ofendido, del poder de querella alternativamente reconocido al uno o al otro deriva que la remisión, para ser eficaz, si la hace el menor o el incapacitado, deba ser aprobada



por el administrador o por el curador (art. 153<sup>2</sup>); y, si la hace, en cambio, uno de éstos, no debe ser desaprobada por el incapacitado o por el menor (art. 153<sup>3</sup>). Estas normas se aplican aunque, después de la proposición de la querella y antes de la remisión, haya llegado el menor a los catorce años (art. 153<sup>4</sup>) o se haya cambiado la interdicción en incapacidad (arg. ex art. 153<sup>4</sup>).

No se requieren para la remisión las mismas formas que exige la ley respecto de la querella; esta última es una declaración *procesal* (arts. 9 y sigtes., Cód. de proc. pen.). En cambio, la remisión, si puede ser *procesal* (art. 152<sup>2</sup>, Cód. pen.; art. 14, Cód. de proc. pen.), puede hacerse también *fuera del proceso* (art. 152<sup>2</sup>) y no sólo *expresamente*, sino también *tácitamente* (art. 152<sup>2</sup>), o sea, no sólo con palabras, sino con cualquier actitud de la que se deduzca una intención contraria al castigo del delito (“hay remisión tácita cuando el querellante ha realizado hechos incompatibles con la voluntad de persistir en la querella”; art. 152<sup>2</sup>). Se comprende que pueda ser tácita, por consiguiente, tanto la aprobación del administrador o curador como la oposición del menor o el incapacitado, en los casos previstos por los arts. 153<sup>2</sup> y 153<sup>3</sup> del Cód. pen. Según el art. 152, “la remisión no se puede someter a plazos o a condiciones”; es ésta una norma de dudosa conveniencia, y la diferencia resultante, en este aspecto, de la comparación entre el régimen de la remisión y el de la amnistía no tiene, por lo menos en cuanto a la remisión condicionada, ningún motivo plausible.

La remisión “extingue el delito”; su eficacia es justamente paralela a la de la amnistía; cuando la querella es una condición del delito, se entiende que su revocación, en cuanto elimina la verificación de la condición, produzca sobre el delito el efecto resolutorio; la hipótesis es análoga a la de la amnistía, que hace desaparecer la ley penal. Pero, toda vez que la verificación de la condición constitutiva, esto es, la proposición de la querella, se remite al juicio del ofendido, a quien ningún otro puede sustituir, se comprende que, si llega a faltar él, se excluya la posibilidad de la remisión. En otras palabras, la remisión no puede hacerla en lugar de él el heredero. Este principio lo expresa la ley diciendo que “el derecho de remisión se extingue con la muerte de la persona ofendida por el delito” (art. 156).

Por lo demás, a diferencia de lo establecido respecto de la amnistía, el art. 155<sup>1</sup> subordina el efecto resolutorio de la remisión a la aceptación del querellado. Esta regla, que se refiere al interés del imputado en la comprobación negativa de certeza del delito, debiera haberse establecido también respecto de la amnistía, aunque fuese con la atenuación de que no tanto extinguiera el delito si concurría el consentimiento, como que no lo extinguiera si había disenso. El efecto resolutorio, por consiguiente, no se debe propiamente a la remisión, sino al acuerdo constituido por la remisión y la aceptación de ella. Para la aceptación se necesita la misma capacidad que para la

remisión (art. 155<sup>3</sup>); si falta el administrador del menor o del enfermo mental o hay entre éste y dicho administrador conflicto de intereses, la aceptación la hace un curador especial (art. 155<sup>4</sup>; cfr. art. 14<sup>3</sup>, Cód. de proc. pen.).

192. *Perdón judicial.* — Hay delitos respecto de los cuales se atribuye al juez una potestad análoga a la gracia soberana; análoga, pero no idéntica, y la diferencia la destaca la diversa locución empleada para denotarla: *perdón judicial*; perdón y no gracia, pues no se trata aquí de superar la justicia sino de condonar la pena en cuanto haya razón para presumir la enmienda del condenado por el solo efecto del juicio. La razón del perdón judicial está en la presunción “de que el culpable se abstendrá de cometer otro delito”, fundada en las circunstancias indicadas por el art. 133 (arts. 164<sup>1</sup> y 168<sup>1</sup>, Cód. pen.). Se comprende que esta remisión se refiere principalmente a la segunda parte del art. 133, o sea, a la diagnosis de la *capacidad para delinquir*. Se comprende también cómo, a los efectos del perdón, deba tener particular importancia la “conducta subsiguiente al delito” (art. 133<sup>2</sup>, n. 3), concretada en el *arrepentimiento*.

El perdón judicial puede ser *puro* o *condicionado*; si es condicionado, su eficacia resolutoria sólo se ejercita en cuanto se verifique la condición; si la condición consiste, como veremos, en no haberse cometido ningún delito durante un tiempo posterior al juicio, se suspende durante ese tiempo el efecto resolutorio. Por eso, en este caso, la ley no habla de *perdón condicional*, sino de *suspensión condicional de la pena* (art. 163, Cód. pen.); pero, como se verá mejor aún en los puntos siguientes, la llamada *suspensión condicional de la pena* no es verdaderamente más que *perdón judicial*.

193. *Perdón judicial de los adolescentes.* — “Si para el delito cometido por el menor de dieciocho años establece la ley una pena restrictiva de la libertad personal no superior a dos años como máximo o una pena pecuniaria no superior a diez mil liras como máximo, aunque conjunta a dicha pena, el juez... cuando, habida consideración a las circunstancias indicadas en el art. 133, presume que el culpable se abstendrá de cometer nuevos delitos..., puede... abstenerse de pronunciar condena” (art. 169<sup>1</sup> y <sup>2</sup>, Cód. pen.). El límite se ha ampliado hasta quince mil liras, respecto de la multa, por el art. 19 del D. L. del 20 de julio de 1934, n. 1404, sobre el tribunal de menores. Por qué en la fórmula del art. 169 se hacen dos hipótesis de la abstención, “de pronunciar el reenvío a juicio” o “de pronunciar condena”, se verá en el libro segundo.

No se puede conceder el perdón “a quien ha incurrido en una condena anterior por delito... ni al delincuente o contraventor habitual o profesional o delincuente por tendencia” (arts. 169<sup>3</sup> y 164<sup>2</sup>, n. 1, Cód. pen.); tampoco a quien haya sido perdonado otra vez.

La fórmula según la cual consiste el perdón en “abstenerse de pronunciar condena” no es propia; pues no siendo la condena otra cosa, como se verá mejor en el libro segundo, que la comprobación positiva de certeza del delito, y suponiendo lógicamente el perdón esa comprobación, la sentencia que concede el perdón no puede menos de ser una condena. Por lo demás, si así no fuese, no se concebiría cómo la ley coloca el perdón entre las causas de extinción del delito. La verdad es que, con la sentencia prevista por el art. 169, el juez, después de comprobado el delito, lo cancela con el perdón, en lo cual consiste su naturaleza de condición resolutoria del delito. La fórmula exacta sería, pues, que el juez *puede extinguir el delito pronunciando su perdón*.

194. *Suspensión condicional de la pena.* — Según el art. 163<sup>1</sup> del Cód. pen., “al pronunciar sentencia de condena a la reclusión o al arresto por tiempo no superior a un año, o a pena pecuniaria que, sola o conjunta con la pena de detención y convertida a tenor de ley, privaría de la libertad personal por tiempo no superior en su totalidad a un año, puede el juez ordenar que la ejecución de la pena quede en suspenso por el plazo de cinco años si la condena es por delito, y por el de dos años si la condena es por contravención”. Según el art. 163<sup>2</sup>, los límites máximos de pena establecidos en el apartado anterior se elevan al duplo si el culpable tiene menos de dieciocho años o más de setenta. Más adelante, el art. 20 del D. L. del 20 de julio de 1934, n. 1404, sobre el tribunal de menores, ha reducido aún el límite respecto de los adolescentes, hasta tres años en cuanto a la pena de detención y a quince mil liras en cuanto a la pena pecuniaria. No se puede conceder la suspensión condicional “a quien ha incurrido en una condena anterior por delito, aunque haya tenido lugar la rehabilitación, ni al delincuente o contraventor habitual o profesional o delincuente por tendencia” (art. 164<sup>2</sup>, n. 1); ni “cuando a la pena infligida deba agregarse una medida de seguridad personal porque el reo es persona que presume la ley socialmente peligrosa” (art. 164<sup>2</sup>, n. 2); tampoco cabe concederla “más de una vez” (art. 164<sup>4</sup>).

“La suspensión condicional de la pena puede ser subordinada al cumplimiento de la obligación de las restituciones, al pago de la suma liquidada a título de resarcimiento del daño, o provisionalmente asignada sobre el monto de él, y a la publicación de la sentencia a título de reparación del daño” (art. 165<sup>1</sup>).

“Si en los plazos establecidos (cfr. arts. 163<sup>1</sup> y 165<sup>2</sup>), no comete el condenado un delito (*scilicet*, cualquiera) o una contravención de la misma índole y cumple las obligaciones que se le impusieron, se extingue el delito” (art. 167, Cód. pen.).

Según el art. 168<sup>1</sup>, “la suspensión condicional de la pena se revoca de derecho cuando, en los plazos establecidos, el condenado: 1º cometa un delito o una contravención de la misma índole, o no cumpla

las obligaciones que se le impusieron; 2º incurra en otra condena por un delito anteriormente cometido". El art. 168<sup>2</sup> agrega que "cuando el condenado incurra en otra condena por una contravención de la misma índole, cometida con anterioridad, el juez, habida cuenta de la índole y de la gravedad de ella, puede revocar la orden de suspensión condicional de la pena".

La figura de condición resolutoria del delito, que se infiere de este conjunto de normas, es un poco complicada y delicada. Se presenta aquí, en apariencia, una *condición de la condición*: el perdón del juez es la condición resolutoria del delito, pero ésta a su vez obra *sub condicione*. En realidad, la condición de la condición se resuelve en una doble condición; el efecto resolutorio depende a la vez del perdón del juez y de otros hechos que deben ocurrir o no ocurrir para que se extinga el delito. Uno de estos hechos es el perdón, o sea la providencia del juez, que adopta el nombre de *suspensión condicional de la pena*, y es un hecho *positivo* o, mejor, por *comisión*; otro debe ser, en todo caso, un hecho *negativo* o, mejor, por *omisión* del condenado, consistente en no cometer durante el tiempo prescrito ningún delito previsto por las normas recién recordadas y es, por tanto, una omisión que tiene una cierta duración. A esta omisión puede agregarse una comisión, en los casos en que el efecto resolutorio se haga depender de la restitución, del resarcimiento del daño o de la reparación. Cuando todas estas condiciones se han verificado, se extingue el delito (art. 167<sup>1</sup>); es una expresión de la extinción que ninguna pena debe ser aplicada o, si ha sido aplicada, que no se vuelva a aplicar. Pero siendo lo que se extingue o, mejor, se resuelve solamente el delito, o sea la ilicitud penal del hecho y no también la ilicitud civil, se comprende que, como en cualquier otro caso de extinción, no se extienda ésta a las sanciones civiles de lo ilícito; por lo cual aunque la restitución o el resarcimiento no hayan sido puestos por el juez como condición de la extinción según el art. 165<sup>1</sup>, a la extinción del delito sobreviven las obligaciones relativas, en cuanto por causas propias de ellas no se hayan extinguido (art. 166).

Para ciertas penas, la providencia del juez prevista por el art. 163, además del efecto extintivo o, mejor, resolutorio del delito, en cuanto se verifiquen las otras condiciones, tiene también por sí un efecto suspensivo, del cual toma nombre la institución, tales son las *penas principales*, pero no las *penas accesorias* y los *efectos penales* (cfr. art. 166), la explicación de cuyos términos encontrará más adelante el alumno en el libro tercero. La suspensión se extiende también a las *medidas de seguridad*, excepción hecha de la confiscación (art. 164<sup>3</sup>); pero, si no se verifica la otra condición y, por tanto, en el plazo previsto comete el condenado otro delito, tal como está previsto por la ley, o no se han cumplido las obligaciones civiles, en cuanto su cumplimiento haya sido puesto como condición del perdón, desaparece el efecto suspensivo y, por tanto, se debe expiar la pena.

195. *Prescripción*. — Una eficacia resolutoria del delito tiene también la inercia de los que deben castigarlo, o sea de la función judicial penal, si dura cierto tiempo; a esa inercia se le da el nombre tradicional de *prescripción*. La prescripción no es una institución singular del derecho penal; toda vez que obra también en el campo del derecho civil, debe ser elaborada por la teoría general del derecho, la cual enseña cómo y por qué la prolongada omisión de los actos en que consiste la reacción contra la violación de una obligación termina por cancelarla, esto es, por suprimir su ilicitud. La razón de ello está en la necesidad de certeza de las situaciones jurídicas, las cuales, si han durado mucho tiempo, aunque sean contrarias al derecho, conviene que no se muden, en razón de las múltiples relaciones que respecto de tales situaciones se han establecido. El removerlas después de tanto tiempo terminaría por ocasionar mayor perturbación que apaciguamiento al orden social; así se explica que, en cuanto haya durado por mucho tiempo, termine una situación contraria por hacerse conforme al derecho. La omisión prolongada de la reacción contra el entuerto se define, por tanto, en derecho civil, como causa de extinción de obligación (*prescripción extintiva*) o también de adquisición de derechos (*prescripción adquisitiva*; *usucapión*). Aunque el nuevo Código civil haya creído separar estos dos aspectos de la institución, regulando el primero en el libro sexto (art. 2934 y sigtes.) y el segundo en el libro tercero (arts. 1158 y sigtes.), eso no quita para que sean dos ramas del mismo tronco, resolviéndose la posesión *ad usucapionem* en la omisión de la reacción del propietario contra el entuerto hecho a él por el poseedor. El Código penal la define, en cambio, *sub specie* de la extinción del delito, lo cual responde ciertamente a un diverso régimen de las dos instituciones civil y penal; y la diferencia se manifiesta precisamente en la eficacia retroactiva que en lo penal, y no en lo civil, se le atribuye al evento; por lo que la prescripción, si extingue el derecho, no lo resuelve y, por tanto, no se podría concebir la prescripción *sub specie* de una condición resolutoria del hecho constitutivo del derecho extinguido; pero esta diferencia de régimen no quita la fundamental unidad de la institución a que pertenecen una y otra prescripción.

En orden a la distinción ya indicada entre *extinción del delito* y *extinción de la pena*, el Código penal considera y define de dos modos diferentes el efecto de la omisión de la reacción penal contra el hecho punible, según se trate de *omisión del juicio* o de *omisión de la expiación*; si hay inercia total, o sea, si ni siquiera se ha procedido al juicio, habla de *prescripción* (art. 157); en cambio, si ha habido juicio, pero no se ha procedido a la expiación, habla de *extinción de la pena por transcurso del tiempo* (arts. 172 y sigtes.). Pero basta recordar la indisociabilidad de los dos términos, delito y pena, para tener la confirmación de que éste es un modo impropio de construir la distinción: en uno y otro caso hay una inercia jurídica, la cual

obra radicalmente del mismo modo extinguiendo una potestad o, correlativamente, resolviendo la juridicidad del delito. Sólo en razón del diverso grado de la inercia en uno y otro caso, el efecto extintivo o resolutorio es menos intenso en el segundo que en el primero, en cuanto, si ha habido por lo menos juicio, se limita a la extinción solamente de la potestad de hacer expiar, y no también a la de infligir la pena; y, por tanto, como veremos mejor dentro de poco, la condición no tanto es *resolutoria* cuanto *modificativa* del delito.

También lo que llama la ley "extinción de la pena por transcurso del tiempo", es, pues, verdadera prescripción, si bien *modificativa* en lugar de *extintiva del delito*. El simple *transcurso del tiempo* no basta ni podría bastar para extinguir tanto la potestad de declarar la certeza del delito como la potestad de hacer expiar la pena; lo que ejerce el efecto extintivo o modificativo no es el *transcurso del tiempo*, sino la *prolongada omisión* del proceso penal de conocimiento o de ejecución, omisión que se califica mal como "transcurso del tiempo", cuando es un hecho, e incluso un acto, aunque sea por omisión. El modo de expresarse el código, común por lo demás a la ciencia y no sólo del derecho penal, está viciado por una grave imprecisión de las nociones prejurídicas que se refieren al tiempo y al hecho.

Por tanto, el hecho en que consiste la prescripción es típicamente un *hecho*, e incluso un *acto por omisión*, el cual se define por su contrario, esto es, por el hecho por comisión, cuya negación es. Tal hecho por comisión es el *cumplimiento del juicio*, el cual veremos en el libro segundo cómo y cuándo se verifica. Al igual que cualquier otro acto por omisión, la prescripción consiste en un acto *permanente*, a propósito de lo cual recuerde el alumno que la distinción entre delito instantáneo y delito permanente no es propia sólo de los delitos, sino que es común a todos los actos jurídicos, por lo cual también pertenece a la teoría general. Es, además, un acto permanente de *cierta duración*; o sea, que debe *durar cierto tiempo* para que de él se siga el efecto. Precisamente porque la prescripción es un acto permanente, el cesar la omisión constituye una *interrupción* de él; por lo cual se dice que, cuando se cumple un acto contrario a la omisión, se *interrumpe* la prescripción. Ello quiere decir que, debiendo durar la omisión ese cierto tiempo para que se cumpla la prescripción, vuelve el período a comenzar *ex novo* su curso a partir del acto interruptivo (art. 160<sup>3</sup>). El acto contrario a la omisión en que consiste la prescripción, se llama *acto interruptor*: tal es, en principio, cualquier acto dirigido al castigo del delito. A fin de eliminar toda duda, determina la ley qué actos del proceso tienen esta eficacia (*mandato u orden de captura o de arresto, de comparecencia o de acompañamiento; interrogatorio hecho ante la autoridad judicial; sentencia de reenvío a juicio; cédula de citación para el juicio; sentencia o decreto de condena*) (art. 160<sup>1</sup> y <sup>2</sup>). Se comprende que, si los actos interruptivos son más de uno, el plazo reanuda su curso a partir del

último de ellos. No obstante cualquier interrupción, se produce, sin embargo, la prescripción cuando ha transcurrido el plazo establecido por la ley aumentado en una mitad (art. 160<sup>3</sup>); esto se entiende en el sentido de que, si en ese plazo mayor no se ha verificado el juicio, se prescribe, esto es, se extingue el delito, no obstante cualquier acto interruptivo, cuya eficacia, pues, no es propiamente la de hacer correr de nuevo el plazo en su totalidad, sino sólo un plazo equivalente a la diferencia entre la parte de plazo ya transcurrida y el plazo entero aumentado en una mitad.

El plazo de prescripción varía según la gravedad del delito calculada por la medida de la pena (art. 157<sup>1</sup>); a fin de determinar esta medida se toma en cuenta la pena máxima establecida por la ley y, si hay circunstancias agravantes o atenuantes, el máximo aumento previsto respecto de las primeras y el mínimo respecto de las segundas (art. 157<sup>2</sup>); en el concurso de circunstancias agravantes y atenuantes se aplica el art. 69 (art. 157<sup>3</sup>); si concurre la pena pecuniaria con la pena de detención, sólo se toma en cuenta esta última (art. 157<sup>4</sup>). El plazo corre a partir del día en que se ha cometido el delito; lo cual quiere decir que el día siguiente a ese día es el primer día de dicho plazo (art. 158<sup>1</sup>; cfr. art. 14<sup>2</sup>, Cód. pen.). Si el delito fué sólo intentado, el plazo corre a partir del día “en que cesó la actividad del culpable; si es permanente o continuado, a partir del día en que cesó la permanencia o la continuación” (art. 158<sup>1</sup>). “Cuando la ley hace depender la punibilidad (*rectius*, la existencia del delito) de la verificación de una condición, el plazo... corre a partir del día en que se verifica esa condición” (art. 158<sup>2</sup>); sin embargo, si la condición consiste en la querella, en el requerimiento o en la instancia, el plazo corre a partir del día en que se cometió el hecho (art. 158<sup>2</sup>).

En todo caso de suspensión del proceso penal por disposición de ley, y en particular cuando para proceder es necesaria una autorización (ejemplo, art. 313, Cód. civ.; arts. 15, 16, 352<sup>3</sup>, Cód. de proc. pen.) o la solución de una cuestión prejudicial (cfr. arts. 18, 20, Cód. de proc. pen.), “el curso de la prescripción queda en suspenso”; esto quiere decir que el tiempo durante el cual se suspende el proceso no se cuenta para formar el período que debe durar la omisión (art. 159).

## SECCIÓN TERCERA

## De las condiciones modificativas

196. *Condiciones modificativas.*—Se dan, como ya lo hemos hecho notar, casos en que un hecho distinto del delito no tanto constituye o resuelve su efecto jurídico cuanto lo modifica y, concretamente, lo agrava o lo atenúa; por lo cual junto a las condiciones constitutivas o resolutorias deben colocarse las condiciones modificativas del delito, y hay que distinguir éstas en condiciones agravantes o atenuantes.

La existencia de este tercer tipo de condición del delito ha permanecido hasta ahora, que sepamos, desconocida para los estudiosos del derecho penal, más aún que la de la condición resolutoria; en efecto, respecto de éste, si no de condición, habla por lo menos el Código penal de *causas de extinción del delito*; en cambio, de las condiciones modificativas no sospecha siquiera la existencia, mientras las confunde con las circunstancias o las concibe confusamente como *causas de extinción de la pena*, o finalmente, a alguna de ellas la considera desde el falso punto de vista de la eficacia de la ley penal. Este aspecto de la dinámica penal está, pues, por sistematizar aún; las páginas que vienen a continuación deben considerarse como un primer intento que, si los estudiosos ponen en él atención, podrá hacerse menos imperfecto; me refiero, no sólo a los estudiosos del derecho penal, sino también a los que se ocupan de teoría general del derecho, a la que las aportaciones del derecho penal podrán consentir un completo desarrollo de esta institución.

## § 1

## DE LAS CONDICIONES AGRAVANTES

197. *Condiciones agravantes.*—La fenomenología de las condiciones agravantes es mucho más rica respecto de los tipos que respecto del esquema del delito.

Cuando estudiemos, por ejemplo, los “delitos contra la integridad pública”, se nos mostrarán algunos casos en que un evento ulterior agrava el delito que, no obstante, se ha consumado ya sin él. Observe ya desde ahora el alumno los parágrafos de los arts. 424, 427, 429 del Cód. pen., según los cuales la verificación del incendio, de la inundación, derrumbamiento, alud o naufragio, no constituye, sino que agrava los delitos en ellos previstos. Más interesante aún será considerar, desde este punto de vista, la *lesión personal grave* (art. 583, Cód. pen.), de la cual veremos, y ya desde ahora cabe intuir, cómo determinadas



consecuencias constituyen, más que circunstancias, condiciones agravantes del delito.

198. *Agravación voluntaria de las consecuencias del delito.*— Una sola condición agravante general prevé, en cambio, la ley; se la confunde entre las circunstancias agravantes comunes en el art. 61, n. 8, con la fórmula de “haber agravado o intentado agravar las consecuencias del delito cometido”. El carácter de condición, y no de circunstancia, que ha de reconocerse a este requisito agravante, se revela más claro aún por la comparación con el requisito recíproco atenuante que veremos previsto por el art. 62, n. 6 (“haberse... ocupado espontánea y eficazmente por evitar o reducir las consecuencias dañosas o peligrosas del delito”). Como la obra puesta para atenuar, así también la intentada para agravar las consecuencias del delito supone que éste haya sido llevado a cabo; o sea, que las consecuencias de la acción se hayan verificado ya. Se trata, por consiguiente, de una conducta posterior al delito, la cual responde, no al concepto de la circunstancia, sino al de la condición. Así, el heridor que abandona al herido en un lugar desierto, privado de socorro, si no comete el delito previsto por el art. 593 del Cód. pen., ya que el herido no ha sido encontrado por él, cuando pudiera socorrerlo sin exponerse a peligro, tendría que responder de lesión personal agravada según el art. 61, n. 8; asimismo, quien hubiere cometido delito de injuria, si públicamente se jacta de las injurias pronunciadas y las refiere. En estos casos, la condición agravante consiste en una conducta del reo que es lo contrario del arrepentimiento, en cuanto denota persistencia u obstinación en la mala intención.

## § 2

### DE LAS CONDICIONES ATENUANTES

199. *Arrepentimiento.*— El arrepentimiento es el sufrimiento ocasionado por la conciencia del mal cometido; esta su naturaleza está bien expresada por la palabra misma, la cual, como *penitencia*, tiene su raíz en *pena*. Es, por tanto, una manifestación del amor, en cuanto el goce del orden se traduce en sufrimiento por el desorden. Ahora bien, como este sufrimiento se resuelve naturalmente en un esfuerzo por que se restablezca el orden, el arrepentimiento culmina naturalmente en la buena conducta del arrepentido. En cuanto esto ocurra, y se concrete por tanto el arrepentimiento en una buena conducta, es conforme a la moral que el derecho lo tome en cuenta para atenuar el delito; por lo cual la buena conducta del reo posterior al delito constituye, si adopta determinadas formas, una condición atenuante del delito.

Siendo, como veremos, estas formas más de una, a los fines de su

clasificación conviene distinguir según que el arrepentimiento se refiera *al tiempo posterior al delito pero anterior al juicio o al tiempo posterior a la imputación pero anterior a la condena, o al tiempo de la expiación o, finalmente, al tiempo posterior a la expiación.* A la primera de estas hipótesis corresponde la *reparación, eliminación o atenuación espontánea de las consecuencias del delito*; a la segunda, la *oblación*; a la tercera, la *libertad condicional*; a la cuarta, la *rehabilitación*.

200. *Reparación, eliminación o atenuación espontánea de las consecuencias del delito.* — Según el art. 62, n. 8, del Cód. pen., constituye una circunstancia atenuante común “el haber, *antes del juicio*, reparado enteramente el daño mediante el resarcimiento de él y, cuando sea posible, mediante las restituciones; o el haberse ocupado, antes del juicio y fuera del caso previsto en el último párrafo del art. 56, espontánea y eficazmente en suprimir o reducir las consecuencias dañosas o peligrosas del delito”.

Que se trate aquí de condición, y no de circunstancia, según la exacta diferencia entre estos dos requisitos, surge, aunque no fuese de otra cosa de la remisión al último apartado del art. 56, donde se prevé el caso de la *acción impeditiva del evento*, la cual no tanto consiste en *interrumpir* cuanto en *invertir* la acción antes de la verificación del fin, y es, como hemos visto, una verdadera *circunstancia* atenuante (*circunstancia*, y no *condición*, porque se contiene dentro del ciclo del delito, sin lo cual no se hubiera impedido el evento). En cambio, la reparación del daño, en cuanto supone el daño ya producido y, por tanto, el evento realizado ya, está fuera del ciclo; o sea, que sigue al evento, en lo que está precisamente el carácter de la condición. Si se puede eliminar directa o indirectamente el daño, mediante la *restitución (stricto sensu)* o el *resarcimiento*, la eliminación debe ser total, a fin de que se verifique la condición atenuante.

En otro caso basta para constituirla el haberse ocupado eficazmente en modificar la situación en ventaja del ofendido (el heridor socorre y cuida al herido; el injuriador se retracta las palabras injuriosas). En todo caso, el acto debe ser *espontáneo y anterior al juicio*.

201. *Oblación.* — “En las contravenciones por las que establece la ley sólo la pena de la enmienda (pena económica) no superior a diez mil liras, se admite al contraventor a pagar, antes de la apertura del debate (cfr. art. 430, Cód. de proc. pen.) o antes del decreto de condena (cfr. arts. 506 y sigtes., Cód. de proc. pen.), una suma correspondiente a la tercera parte del máximo de la pena establecida por la ley respecto de la contravención cometida, más los gastos del procedimiento” (art. 162<sup>1</sup>, Cód. pen.). Este pago anterior a la condena, que se llama *oblación*, en cuanto consiste en un voluntario sometimiento a la pena y, por tanto, en una *penitencia*, supone lógica-

mente el arrepentimiento, del cual es manifestación exterior. Éste es, por lo menos, su fundamento racional; que luego, en la práctica, pueda hacerse la oblación por razones de conveniencia, por quien, aun sin haber cometido el delito ni tener, por tanto, razón para arrepentirse teme, no obstante, las molestias y lo aleatorio del juicio, representa una corrupción de él, debida a lo imperfecto de la institución penal.

Según el art. 162<sup>2</sup> del Cód. pen., “el pago (*scilicet*, la oblación) extingue el delito”; habida cuenta de la fórmula de la ley, la oblación está, por tanto, clasificada entre las condiciones resolutorias del delito. Pero quien reflexiona que, aunque espontáneamente aceptada, se cumple con el pago la pena, encontrará más exacto considerar la oblación como una condición atenuante. Si se sufre la pena, no puede haberse extinguido o, mejor, resuelto el delito; es verdad que falta la condena, pero ocupa su lugar *el reconocimiento del delito por parte del reo, implícito en el voluntario sometimiento a la pena*. La justa eficacia de la oblación está, por consiguiente, en evitar la pena mayor, que como veremos, es la condena misma, la cual considere ya desde ahora el lector que constituye a menudo el mal mayor infligido a quien ha cometido el delito; y precisamente la oblación demuestra esta verdad. Continuando la meditación acerca de la oblación, se delinea una comparación entre ella y la *suspensión condicional de la pena*, de la que aparece ella como la figura recíproca; *expiación sin condena en lugar de condena sin expiación*. Ahora bien, precisamente si conviene reconocer, y porque de hecho se reconoce, en la condena un carácter de pena, la demostración de lo cual daremos en el libro tercero, lo que depende de la oblación no es, por tanto, la resolución del delito, o sea la no punibilidad, sino la exclusión del efecto penal, de la mayor importancia, que recientemente hemos indicado y que más adelante se estudiará convenientemente.

202. *Liberación condicional*. — La liberación condicional consiste en la cesación anticipada de la pena de detención superior a cinco años, después de la cual no deba aplicarse una medida de seguridad consistente en detención, cuando se haya cumplido una parte de ella correspondiente por lo menos a la mitad o a las tres cuartas partes, si el condenado es reincidente, y le queden por cumplir no más de cinco años, cesación que se subordina a la condición de que el condenado “*haya dado pruebas constantes de buena conducta*” durante la expiación, haya cumplido con las obligaciones civiles derivadas del delito o demostrado que “se encontraba en la imposibilidad de cumplirlas” (art. 176), y durante el resto de la pena a él infligida no cometa ningún delito o ninguna contravención de la misma índole ni deje de cumplir con las obligaciones de la libertad vigilada (cfr. art. 177<sup>1</sup>, arts. 228 y sigtes., Cód. pen.). Si se verifican las dos primeras condiciones, al condenado “cabe concederle la libertad condicional” (art.

176<sup>1</sup>, Cód. pen.). Si se verifica la tercera, “queda extinguida la pena y se revocan las medidas de seguridad personales ordenadas por el juez con la sentencia de condena o con una providencia posterior” (art. 177<sup>2</sup>). Si no se verifica la tercera, “se revoca la libertad condicional” y “el tiempo transcurrido en libertad condicional no se computa en la duración de la pena” ni al condenado “cabe concederle de nuevo la liberación condicional” (art. 177<sup>1</sup>).

Puesto que, si se verifican todas las antedichas condiciones, se abrevia la pena de detención (por un período máximo de cinco años), y la disminución de la pena no puede menos de resolverse en una atenuación del delito, la constante buena conducta del condenado a todo lo largo de la duración de la pena infligida y el cumplimiento, si es posible, de las obligaciones civiles que nacen del delito, indicios eficaces de su arrepentimiento, constituyen una condición atenuante análoga a las demás que aprendimos a conocer en esta sección, con la diferencia respecto de ellas de que el arrepentimiento se presenta durante la expiación.

203. *Rehabilitación.* — En el libro tercero de estas lecciones aclararemos la distinción entre *penas principales* y *penas accesorias* (cfr. arts. 17 y 19, Cód. pen.), las últimas de las cuales consisten en una limitación de la capacidad del condenado en cuanto a determinados derechos o potestades. Si, por verificarse ciertos eventos, se extinguen las penas accesorias (art. 178, Cód. pen.), la correlación lógica entre el delito y la pena induce a reconocer en ellos no tanto una causa de extinción de la pena, cuanto una condición de la que depende la atenuación del delito.

A esta hipótesis se refiere la institución de la *rehabilitación*, la cual es, por tanto, un beneficio limitado a las condenas que llevan consigo penas accesorias (art. 178) y se excluye “cuando se somete al condenado a medidas de seguridad, a no ser que se trate de expulsión del extranjero del Estado o de confiscación, y no se haya revocado la providencia” (art. 179<sup>4</sup>, n. 1, Cód. pen.). Como la liberación condicional, la rehabilitación se concede después de un primer período durante el cual el condenado “haya dado pruebas efectivas y constantes de buena conducta” (art. 179<sup>1</sup>), y a condición de que “haya cumplido con las obligaciones civiles derivadas del delito, a menos que demuestre que se encuentra en imposibilidad de cumplirlas” (art. 179<sup>4</sup>, n. 2); y se la revoca si, en un segundo período, “la persona rehabilitada... comete un delito no culposo por el que se inflija la pena de la reclusión por tiempo no inferior a tres años u otra pena más grave” (art. 180). El primer período es normalmente de cinco años “a partir del día en que se haya cumplido o se haya en otro modo extinguido la pena principal” (art. 179<sup>1</sup>). Si el condenado es reincidente, “en los casos previstos por los parágrafos del art. 99”, ese período es, en cambio, de diez años (art. 179<sup>2</sup>); y es “igualmente, de diez años, si

se trata de delincuentes habituales, profesionales o por tendencia", en cuyo caso "corre a partir del día en que se haya revocado la orden de asignación a una colonia agrícola o a una casa de trabajo" (art. 179<sup>3</sup>). El segundo período es siempre de cinco años.

Se admite también la rehabilitación si la condena se ha pronunciado por sentencia extranjera reconocida en Italia (art. 181).

204. *Indulto y gracia*.—Según el art. 174, "el indulto o la gracia condona, total o parcialmente, la pena infligida, o la conmuta por otra especie de pena establecida por la ley"; pero "no extingue las penas accesorias, salvo que el decreto disponga en otra forma, así como tampoco los demás efectos penales de la condena".

Es lícito dudar de la conformidad de esta norma con el art. 8 del Estatuto; verdad es que, en cuanto niega el efecto de la gracia sobre las penas accesorias, la norma, admitiendo que el decreto disponga en otra forma, no hace más que dar un criterio para su interpretación; pero, poniendo a la gracia conmutativa el límite de la "pena establecida por la ley", restringe indebidamente un poder que, según el Estatuto y su naturaleza, es y debe ser, por el contrario, ilimitado. Podría, por tanto, el rey, pese a esa norma, conmutar la pena por otra más leve y diversa de la prevista en la ley: por ejemplo, en el arresto domiciliario o en una prestación obligatoria de trabajo.

*Indulto* es, según el uso corriente de la palabra, una providencia de gracia parcial y general por la cual se otorga a determinadas categorías de condenados una disminución de pena.

Se habla, en cambio, de *gracia* para denotar una providencia particular que puede tanto excluir totalmente la pena como reducirla o conmutarla. En la primera hipótesis, estatuye el art. 174 que, salvo diversa disposición del decreto, se excluyen de ella las penas accesorias; y se atribuye, por tanto, a la gracia particular un efecto modificativo (atenuante) en vez de resolutorio del delito, lo que explica por qué, según la terminología de la ley, se ponga la gracia entre las causas de *extinción de la pena*, y no entre las de *extinción del delito*; pero si el decreto dispusiese en otra forma, la tal colocación sería errónea, y a la gracia total particular debería reconocérsele carácter análogo a la amnistía.

205. *Extinción de la pena por transcurso del tiempo*.—Utilizo, para mejor orientación del lector, en la rúbrica de este punto, la fórmula que la ley pone al frente de los arts. 172 y 173 del Cód. pen.; aunque, como ya lo he hecho notar, sea manifiestamente inexacta, pues el transcurso del tiempo ni extingue ni puede extinguir la pena, sino que quien lo hace es la omisión de su ejecución prolongada durante cierto tiempo; y, por otra parte, el efecto de esa omisión no tanto extingue la pena, cuanto la potestad de hacer que se la expie. El fenómeno es, por tanto, del mismo género que el estudiado en la

sección anterior con el nombre de *prescripción* (art. 157, Cód. pen.) e idéntica es su razón: cuando entre el momento en que ocurre el delito y el momento de la imposición de la pena ha pasado mucho tiempo, desaparece la utilidad de esa pena, la cual sirve al fin de restablecer el orden violado por el delito cuanto más rápidamente sigue a él; a medida que pasa el tiempo disminuye su eficacia restauradora, de manera que, en cierto momento, terminaría por ser un mal inútil. Es, pues, una misma la razón de las normas establecidas en los arts. 157, 172 y 173, cuya diferencia sólo se refiere al objeto de la omisión, que en el primer caso *comprende también el juicio*, y en el segundo *se limita a la expiación*. Por eso, en el primer caso, prescribe el delito *antes de la condena* y en el segundo *después de ella*. Si se reflexiona que, como lo aclararemos mejor en el libro tercero, la condena misma es ya una pena, e incluso frecuentemente el más grave sufrimiento infligido al reo, se comprende por qué la prescripción verificada después de la condena no tenga efecto resolutorio, sino sólo modificativo del delito, del que, excluyendo sólo algunas consecuencias penales, se limita a atenuar la gravedad.

Resulta del art. 172<sup>4</sup> que la prescripción que aquí consideramos se verifica por la omisión, incluso parcial, de la ejecución de la pena infligida por la condena; por tanto, si esa pena se ha ejecutado solamente en parte, la prescripción obra, sin embargo, sobre la parte no ejecutada.

Se excluye la prescripción de la pena establecida por los delitos en cuanto a los reincidentes, en los casos previstos por los párrafos del art. 99, así como en cuanto a los delincuentes habituales, profesionales o por tendencia (art. 172<sup>1</sup>); se excluye también cuando, durante el curso de ella, el condenado "haya incurrido en una condena por un delito de la misma índole" (*Ivi*); de los arts. 172 y 173 se infiere por último, *a contrariis*, que se excluye, aunque sin una buena razón, en cuanto a la pena de muerte.

El plazo de la prescripción respecto de la reclusión es equiparado a la duración de la pena infligida, y concretamente al duplo de ella, con un límite mínimo de diez años y máximo de treinta (art. 172<sup>1</sup>); en cuanto al arresto lo es de cinco años (art. 173); respecto de la multa, de diez (art. 172<sup>2</sup>) y por lo que hace a la enmienda (pena económica), de cinco (art. 173<sup>1</sup>); si con la pena de detención va conjunta una pena pecuniaria, el plazo sigue siendo el establecido respecto de la pena de detención (arts. 172<sup>3</sup> y 173<sup>2</sup>).

El plazo "corre a partir del día en que la condena se hace irrevocable" (arts. 172<sup>4</sup> y 173<sup>3</sup>); si "la ejecución de la pena se subordina al vencimiento de un plazo o a la verificación de una condición..., corre a partir del día en que ha vencido el plazo o se ha verificado la condición" (arts. 172<sup>5</sup> y 173<sup>3</sup>). Cuando se haya ejecutado parcialmente la pena, el plazo corre a partir del día en que se haya interrumpido la ejecución o se hubiera debido reanudar. De este principio hace

aplicación la ley al caso de la pena de detención hablando del día “en que el condenado se sustrae voluntariamente a la ejecución ya iniciada de la pena”; y, por tanto, del día de la evasión o de aquel en que, por efecto de la revocación de la libertad condicional, hubiera debido el condenado volver a comenzar la expiación; el mismo principio se aplica en el caso de expiación parcial de la pena pecuniaria.

De la prescripción de la pena no admite la ley otra interrupción que la consistente en la expiación. La eficacia interruptora de ésta se deduce precisamente del art. 172<sup>4</sup>; siempre que la pena se haya expiado parcialmente, comienza a correr el plazo del modo indicado en el parágrafo anterior.

206. *Muerte del condenado.* — Que la muerte del condenado haga desaparecer la expiación, es lógica consecuencia del principio de la personalidad del delito, por lo que la pena no puede resolverse en un mal infligido a persona distinta del reo. La imposibilidad de castigar no deriva de la falta de una cosa sobre la cual quepa ejecutarla (sin duda podrían cumplirse ciertos actos sobre el cadáver y, en todo caso, sobre el patrimonio del condenado), sino de la persona misma, la única que puede ser castigada. Por tanto, no es propio definir la muerte del reo después de la condena como causa de extinción de la pena; no hay en ello una modificación de la pena derivada del delito, como en el caso del arrepentimiento o de la prescripción; esto es, una pena que pudiera y ya no debiera ser expiada, sino una modificación impuesta por la naturaleza y, por tanto, una pena que naturalmente no puede ser ejecutada. Lo cual, volviendo a tomar un principio ya indicado a propósito de la muerte del reo como condición resolutoria del delito, puede remitirse a la suprema razón de que la muerte sustrae el reo a la justicia de los hombres, que no constituye sino un anticipo, por desgracia burdo e imperfecto, de la justicia divina.

El art. 150 del Cód. pen. no tiene, por consiguiente, otro significado que el de la intrasmisibilidad de las obligaciones derivadas de las penas pecuniarias (arts. 17<sup>1</sup>, n. 4, y 17<sup>2</sup>, n. 2) a los herederos del condenado; principio justo, pero no enunciado justamente en su fórmula.

#### SECCIÓN CUARTA

##### Del concurso de condiciones

207. *Concurso de condiciones resolutorias con condiciones modificativas.* — Si, en lugar de hacerlo con los conceptos de las causas de extinción del delito o de la pena, hubiera utilizado la ley los de la

*condición resolutoria o modificativa*, se habría podido ahorrar la norma del art. 183 del Cód. penal.

Como las llamadas causas de extinción de la pena modifican pero no resuelven el delito, es natural que, si después de verificarse una de ellas sobreviene una causa de extinción del delito (*rectius*, condición resolutoria del delito), ejerza ésta su efecto resolutorio: así, si después de un indulto se concede una amnistía, el delito que en virtud del primero se había atenuado, se resuelve ahora (art. 183, Código pen.).

Viceversa, si la causa de extinción de la pena es posterior a la causa de extinción del delito, es natural que aquélla no pueda ya ejercer influencia alguna, toda vez que no se puede atenuar un delito ya inexistente, lo cual expresa la ley con la fórmula singular del art. 183<sup>1</sup>.

Cuando se agrega una causa de extinción de la pena a otra causa de extinción también de la pena, se entiende que la segunda, si tiene mayor eficacia que la primera, ejerza los efectos que no haya podido determinar la primera (art. 183<sup>1</sup>).

Por último, si varias causas de extinción son contemporáneas, se entiende asimismo que “la causa más favorable produce la extinción del delito o de la pena” (art. 183<sup>3</sup>). Eso quiere decir que la condición resolutoria del delito prevalece sobre la condición atenuante, y la condición atenuante de mayor eficacia lo hace sobre la condición de eficacia menor. Si la eficacia atenuante de una de las dos condiciones es distinta de la eficacia de la otra, los efectos de la primera se suman a los de la segunda; por tanto, si a un condenado a muerte se le conmuta esta pena por la de treinta años de reclusión y, contemporáneamente, un indulto reduce la pena de la reclusión a los condenados por el delito declarado cierto a su cargo, no sólo se sustituye la pena de muerte por la de reclusión, sino que se reduce la duración de ésta según el indulto.

## CAPÍTULO CUARTO

### DE LAS COMBINACIONES DE DELITOS

208. *Unidad o pluralidad de delitos.* — La institución de la combinación de los delitos, que vamos a estudiar ahora, tiene sus fundamentos en otras nociones prejurídicas que aconsejo ante todo al alumno que ponga en claro: tales son, principalmente, las nociones de *cantidad* y de *calidad*, indispensable para resolver el problema de la *unidad o pluralidad de los delitos*.

Una de las operaciones fundamentales del pensamiento es la descomposición del *todo* en sus *partes* y la composición de las *partes* en



el todo. Puesto ante una situación, el observador, para saber si en ella hay uno o más delitos, la descompone en partes; si de la descomposición resultan otras situaciones cada una de las cuales es suficiente por sí para constituir un delito, teniendo en sí todos los requisitos para él, se dice que aquella situación contiene varios delitos a la vez. Así, si tú y yo, cada uno con un tiro de fusil, matamos a dos personas, cualquiera comprende que hay ahí dos homicidios; ya que, mediante la descomposición indicada, aparecen dos situaciones que responden al concepto de homicidio, y no una sola.

Una pluralidad de delitos implica, naturalmente, una diversidad de caracteres entre el uno y el otro; si todos los caracteres fuesen idénticos, no podría haber más que un solo delito. En el ejemplo propuesto son distintos el instrumento y la materia; o sea el matador y el matado. Pero puede ocurrir que entre los diversos delitos sean semejantes algunos caracteres; si la semejanza se refiere a los requisitos típicos del delito, la pluralidad de delitos se dice que es *homogénea*, de lo contrario se la llama *heterogénea*. En el ejemplo propuesto se verifica la primera de estas hipótesis, ya que se trata de dos homicidios; si uno de nosotros, en cambio, hubiese robado en vez de matado, tendríamos una pluralidad heterogénea.

209. *Complejidad del delito*.—Ahora bien, la descomposición de una situación en varios delitos es operación que a veces, en lugar de dar un resultado claramente negativo o positivo, da un resultado incierto, en el sentido de que, en un aspecto, los delitos parecen varios y, en otro, parecen uno solo. Supongamos que, en vez de ser dos personas que, con un tiro de fusil cada una, matan a otras dos, matan, en cambio, a una misma persona, o que con un solo tiro mate yo a la vez a dos personas; los homicidios, en esta hipótesis, ¿serán uno o dos? Cualquiera advierte que, en la primera hipótesis, la razón de la incertidumbre está en que, si son diversos los instrumentos, es idéntica la materia; y en la segunda, en cambio, en que, si son diversas las materias, es uno solamente el instrumento del delito. A la luz del buen sentido se dirá que, si la situación total se puede descomponer en otras, cada una de las cuales corresponde a un delito, tales situaciones singulares o parciales no son totalmente independientes entre sí, sino interferentes o conexas. Así se perfila, como figura intermedia entre la *unidad* y la *pluralidad*, la *complejidad del delito*, la cual podríamos decir que es una *unidad parcial*, en el sentido de que, por un lado, los delitos parecen más de uno, y por el otro parecen uno solo. Quien lea los libros de los penalistas acerca de estas materias encontrará, efectivamente, largas discusiones dirigidas a aclarar esta duda.

Una duda análoga se presenta también, fuera del campo del derecho penal, a propósito de todas las combinaciones de los *objetos*, *estática* o *dinámicamente importantes*; o sea, tanto respecto de las combinaciones de *cosas* como de las combinaciones de *actos*. En efecto,

aunque de ordinario los penalistas no se hagan cargo de ello, el problema de las *combinaciones de delitos* no es más que un aspecto del más vasto problema de las *combinaciones de los actos jurídicos*; y éste, a su vez, entra en el más general aún de las *combinaciones de los objetos jurídicos*: por ejemplo, hay una diferencia, pero también una semejanza, entre el caso de los dos malhechores que a fuerza de golpes acaban con su víctima y el de los jueces que forman el tribunal colegiado y contribuyen a condenarlo; y por otra parte, hay una diferencia, pero también una semejanza, entre la figura del acto complejo, que veremos resolverse en una *universitas actuum*, y las que se llaman desde hace tiempo *universitates rerum* o *universitates personarum*. Ahora bien, con sólo echar una mirada a los límites de esos vastos problemas, pueden los penalistas terminar con sus, no digo infecundas, pero no siempre sobrias discusiones acerca de la unidad o pluralidad del delito acumulativo, del delito continuado y del delito concursal.

También cuando se estudia la realidad en su aspecto estático, o sea, cuando se estudian las cosas o las personas, se nota que presenta algo de análogo a lo que constituye el objeto de nuestra duda: un collar de perlas, un servicio de mesa, un tronco de caballos, ¿son una sola cosa o una pluralidad de ellas? Un tribunal colegiado, una asamblea de socios ¿deben considerarse *sub specie* de la unidad o de la pluralidad? Quien tenga algún conocimiento de la historia de las doctrinas sabe cuántas disputas, semejantes a las debatidas entre los penalistas, ha habido acerca de este tema; disputas que, en general, han terminado en el concepto, ya antiguo, de la *universitas*, que quiere decir, en fin de cuentas, de la *unificación*. Esos objetos o sujetos son, a la vez, más de uno o uno solo, según se los considere en su separación o en su conexión; y la unificación no es en modo alguno una *fictio iuris*, o sea, algo que la técnica jurídica admite, para sus fines particulares, contra la naturaleza de las cosas, sino un dato de esa misma naturaleza; pues, si los caballos no estuviesen apareados en el tronco o los jueces no se agrupasen en el tribunal colegiado, no podrían lograr sus fines. En lugar del latín *universitas*, se dice también, fácil y comúnmente, *persona* o *cosa compleja* y con la *complejidad* se denota precisamente la *unificación*, o sea aquel modo de ser de cada una de las personas o cosas que constituye a la vez, considerada en sí, una persona o una cosa, y considerada en unión con las otras, una parte de una persona o de una cosa superior.

Del todo análogo es, decíamos, el problema en el aspecto dinámico; y de la analogía se ha dado cuenta ya la teoría general, construyendo un concepto de *universitas actuum* o de *acto complejo*, que en el terreno del derecho administrativo, del derecho procesal, del derecho comercial y del derecho civil se ha consolidado ya. Si, en lugar de trabajar aislados, hubiesen mirado los penalistas a los campos vecinos, la elaboración que también ellos debían hacer de fenó-

menos pertenecientes al mismo orden hubiera podido resultar más fácil y fecunda. Se hubiera afirmado así también en la ciencia del derecho penal el concepto del acto complejo *sub specie* del *delito complejo*, concepto que comprendería todas las variedades, que dentro de poco trataremos de clasificar, de las combinaciones de los delitos; y, por otra parte, hubieran terminado las divagaciones acerca de la unidad o pluralidad del delito en esos casos, que no son, francamente, signo de madurez de la ciencia. Desgraciadamente, hasta ahora no ha sido así; por lo cual, entre otras cosas, ha ocurrido que la fórmula del *delito complejo* la ha adoptado la ley (art. 84, Cód. pen.) para denotar un tipo de complejidad que sólo constituye una subespecie de ella. De ahí resulta una dificultad para el docente y para el alumno que, si se denota, como se debería, como *delito complejo* el resultado de la combinación de varios delitos, se corre el peligro de confundir este dato con el que impropriamente denomina la ley como tal; y, en cambio, si para obviar este inconveniente se renuncia a esa denominación, se pierde en buena parte el beneficio de poner de acuerdo la teoría del derecho penal con la teoría general. Para salvar esta dificultad de algún modo no sé hacer cosa mejor que distinguir una *complejidad en sentido amplio*, consistente en la *versio in unum* de varios delitos conexos, y una *complejidad en sentido estricto*, a la que he de llamar así sólo para atenerme de algún modo a la terminología de la ley. Pero pronto veremos que ésta, en el art. 84 del Cód. pen., no sólo no se ha preocupado por la conveniencia de ajustar el lenguaje del derecho penal al de las otras ramas del derecho, sino que no ha tocado siquiera más que uno de los aspectos de una categoría mucho más amplia de lo que hasta ahora ha aparecido.

210. *Clasificación del delito complejo (en sentido amplio)*. — Hemos hecho notar que, ya en el plano de la teoría general del derecho, si el estudio de la combinación de los actos jurídicos ha progresado ciertamente más que en el del derecho penal, sin embargo, los resultados conseguidos no pueden considerarse definitivos; por el contrario, precisamente la observación de los datos, sumamente ricos en esta materia, del derecho penal pueden y deben aportarle contribuciones de decisiva importancia. Hemos advertido además que está más avanzado que el estudio de las combinaciones de los actos el estudio de la combinación de las cosas, el cual puede ofrecernos, por tanto, provechosa orientación.

El estudio de las combinaciones de cosas ha dado origen *ab antiquo* a la distinción fundamental entre *cosas compuestas* y *cosas colectivas*. En otro tiempo esta distinción se fundaba sobre la existencia o inexistencia de un vínculo físico entre las cosas singulares comprendidas en la cosa compleja, por lo que los romanos hablaban de *res ex cohaerentibus* en contraposición a *res ex distantibus*. Pero poco a poco se ha aclarado que este vínculo físico es un carácter normal

pero no esencial; al paso que la verdadera diferencia no es física sino económica, y consiste en que las cosas singulares, al unirse en el todo, pierdan o no pierdan su especie y, por tanto, se las considere sólo como partes o también como cosas por sí; en este segundo caso, y no en el primero, se habla de *cosa colectiva*; el vínculo físico no es más que un índice normal de esa verdadera diferencia. Se pregunta ahora si se puede trazar también una distinción análoga en el campo de los actos llamados complejos, y particularmente en el de los delitos complejos.

A este propósito, precisamente en derecho penal, salta a la vista el art. 84 del Cód. pen., que deberemos estudiar más atentamente dentro de poco, pero que ya desde ahora debe leer y meditar el alumno. En él se establece la hipótesis de que "hechos que constituirían por sí mismos delitos" se consideren "como elementos constitutivos o como circunstancias agravantes de un solo delito"; y respecto de esa hipótesis, al decir que "no se aplican las disposiciones de los artículos anteriores" se quiere decir, como veremos mejor a continuación, que se excluye la posibilidad de considerar esos hechos como delitos distintos; así, por ejemplo, el robo (art. 628, Cód. pen.) es, o puede ser por lo menos, una combinación del delito de *amenaza* (art. 612) con el delito de *hurto* (art. 624); pero precisamente, en virtud del art. 84, se establece que, cuando la amenaza y el hurto se combinan convirtiéndose en robo, dejan de ser cada uno de ellos de por sí un delito. ¿No es esto un dato análogo, en el campo dinámico, al que en el campo estático es la *cosa compuesta*? Por el contrario, como también veremos mejor dentro de poco, si se combinan, por ejemplo, la *estafa* y la *falsedad* (si el engaño previsto por el art. 640 del Cód. pen. consiste, por ejemplo, en la presentación de un documento falso prevista por el art. 489) o la *injuria* y la *lesión personal* (si una injuria grave, por ejemplo, ocasiona al injuriado un ataque cardíaco), surge de ello la combinación llamada *delito acumulativo*; pero, en virtud de ella, ni el uno ni el otro de los delitos combinados pierde su existencia de delito autónomo.

Estas reflexiones son, si no me equivoco, suficientes por ahora para demostrar que en la categoría máxima del delito complejo debe trazarse una distinción totalmente análoga a la existente entre las cosas *compuestas* y las cosas *colectivas*. Llamaremos, por tanto, *delito compuesto* a la combinación de varios actos cada uno de los cuales pierde al combinarse su especie (*trascendencia*) penal, y *delito colectivo* a la combinación de actos en la que cada uno de ellos conserva al combinarse su propia especie penal. Según los ejemplos ya aducidos, el hurto y la amenaza, en cuanto se combinan en lo que el art. 84 del Cód. pen. llama *delito complejo*, dejan de ser hurto y amenaza para convertirse en robo; mientras, por el contrario, la estafa y la falsedad, en cuanto se combinen en un *delito acumulativo*, siguen siendo siempre lo que son cada una de ellas. A medida que se vayan exponien-

do en este capítulo las diversas figuras del delito colectivo y del delito compuesto, podrá aplicar útilmente el alumno a las unas y a las otras este criterio diferencial.

Pero también ésta es, como toda distinción, una abstracción de la realidad, a la cual por desgracia ningún concepto puede adaptarse con perfección; por tanto, observará también el alumno cómo, a través de las varias figuras del delito *colectivo*, se va atenuando poco a poco la diferencia, desde el delito *acumulativo* hasta el delito *continuado*, y desde éste hasta el delito *concursal*; por lo cual, como siempre, entre delito colectivo y delito compuesto, más que un salto, hay una progresión: en efecto, el principio de la independencia recíproca de los delitos singulares, en que está el carácter del delito colectivo, pierde notablemente en intensidad desde la acumulación, pasando por la *continuación*, hasta llegar al *concurso*; y de este modo, de las tres especies de delito colectivo, la del delito concursal es la que más se aproxima al delito compuesto, al punto de poderlo considerar como puente entre las dos categorías.

Es desagradable que con esta clasificación me vea constreñido a apartarme de la terminología de la ley, que llama, en la rúbrica del art. 84, *delito complejo* a la combinación a que aquí damos, en cambio, el nombre de *delito compuesto*; pero, aunque en los límites de lo posible haya tratado de ajustarme a la fórmula legislativa, más allá de ciertos límites desaparece la posibilidad si no se quiere perder el beneficio de la construcción de un sistema armónico que no sólo sirva para la interpretación de la ley vigente, sino también para la formación de una mejor ley futura. Agrego, de todos modos, que el inconveniente es menos grave de lo que pueda parecer a primera vista; pues dentro de poco veremos cómo, con el nombre de *delito complejo* no ha conseguido recoger la ley más que una de las especies que se deben reunir en la noción del delito compuesto.

Es desagradable asimismo que la terminología usada por mí, contraponiendo particularmente, como categoría del delito complejo, el delito compuesto al delito colectivo, no coincida con las designaciones corrientes en el campo de la ciencia penal; donde, mientras la fórmula del *delito compuesto* veo que no se usa, las fórmulas del *delito complejo* o del *delito colectivo* se emplean con distinto alcance del que yo les asigno; sin duda que de ello se seguirá para nuestro alumno, cuando lea otros libros, si no una desorientación, sí una dificultad. Lamentablemente no cabe intentar poner orden en esta madeja aún enredada sin que deba pagarse algún precio por las ventajas que terminarán por seguirse de ello.

211. *Clasificación del delito colectivo.* — Definido, por tanto, el delito colectivo como combinación de delitos en que los delitos singulares se funden sin perder su especie respectiva, no está cumplido el trabajo de clasificación. En efecto, a esa noción corresponde una masa

de datos entre los cuales hay que distinguir ulteriormente. Aunque sobre la base de intuiciones empíricas no del todo racionalmente verificadas todavía, este trabajo de clasificación ha sido realizado por la ciencia, y lo toma en cuenta, en términos bastante claros, el Código penal cuando habla de *concurso de delitos* (arts. 71 y sigtes., Cód. pen.), de *concurso de personas en el delito* (arts. 110 y sigtes., Cód. pen.) y de *continuación en el delito* (art. 81<sup>2</sup>, Cód. pen.). Con reserva de aclarar mejor en las secciones siguientes estas nociones, debemos procurar descubrir desde ahora su diferencia fundamental.

Una primera distinción se advierte en el sentido de que, a veces, *una sola acción determina varios eventos punibles*; a veces, en cambio, *un solo evento punible está determinado por varias acciones*. Supongamos que alguien, de un tiro de fusil, mata a dos personas, o a una persona y a su perro; o que una sola persona haya sido muerta por otras dos, una de las cuales la sujeta y la otra le clava un puñal. La unidad del evento con pluralidad de acciones en el último caso, y la unidad de acción con pluralidad de eventos en los dos primeros casos, es manifiesta. En la tercera hipótesis suelen hablar los cultivadores del derecho penal de *concurso de delitos*, y llaman *delito concursal* a la especie de delito que a él corresponde. Es ésa una designación exacta, que merece ser conservada, y hasta trasladada del plano de la teoría particular al de la teoría general. El inconveniente está en que también en la primera emplea la ciencia penalista, que está aún elaborando trabajosamente la institución de la combinación de los delitos, la palabra *concurso*; y, para distinguir la una de la otra, contrapone el *concurso de delitos* al *concurso de personas en el delito*. Ahora bien aunque se suela decir que las cuestiones terminológicas no tienen gran importancia, la verdad es, por el contrario, que la precisión del lenguaje constituye condición de la claridad de las ideas; y mientras no se encuentren para designar las diversas combinaciones los nombres exactos, será fácil, por no decir inevitable, la confusión entre ellas: precisamente el uso de la misma palabra *concurso* en las dos fórmulas puede dar lugar a ese inconveniente; pero más grave aún es que, si la frase “concurso de personas en el delito” sirve para manifestar el aspecto unitario de la institución, tiene el defecto, en cambio, de ocultar su aspecto pluralístico; mientras, como veremos mejor dentro de poco, el delito concursal no es un delito solo, sino una pluralidad unificada de delitos, y esta su doble naturaleza se denota, en cambio, con claridad por la fórmula del *concurso de delitos*. Por tanto, si esta fórmula se debe reservar para la hipótesis de complejidad constituida por la *unidad del evento con pluralidad de acciones*, hay que buscar otra para la hipótesis diferente de la *unidad de acción con pluralidad de eventos*. Para la designación de ésta usaré la fórmula de la *acumulación de delitos*, y llamaré *delito acumulativo*, como antítesis del *delito concursal*, al *delito complejo*, que de ello resulta. No desconozco que se podrá producir para el lector alguna dificultad de esta falta

de concordancia entre el lenguaje científico y el lenguaje legislativo, en cuanto yo designo como *concurso de delitos* a la institución que la ley llama “concurso de personas en el delito” (arts. 110 y sigtes., Cód. pen.) y *acumulación de delitos* al que designa, en cambio, el código con la fórmula “del concurso de delitos” (arts. 71 y sigtes.); pero dirigiéndose la enseñanza no sólo a la interpretación de la ley vigente, sino también a la formación de una nueva ley mejor, hay que pagar necesariamente este precio.

Las dos figuras del *delito acumulativo* y del *delito concursal* no agotan, sin embargo, como antítesis de la del *delito compuesto*, la especie del *delito colectivo*, en que veremos dividirse el género del delito *complejo* (propio). Efectivamente, junto a ellas veremos, dentro de poco, una tercera especie a la que la ley y la doctrina dan el nombre, sumamente conveniente, de *delito continuado*: en ella el momento unificador no es físico, sino económico, o sea, que tanto los eventos como las acciones son múltiples y distintos; pero los unifica la *identidad del fin*, por lo cual la fórmula de la *continuación en el delito* la da la *unidad del fin con pluralidad de acciones y de eventos*.

Si ahora seguimos meditando acerca de estas tres especies de delito colectivo que son el *delito acumulativo*, el *delito concursal* y el *delito continuado*, fácil será hacerse cargo de que la primera y la tercera se distinguen de la segunda por la *unidad o pluralidad del agente*: siendo la acción, como hemos visto, la participación del reo en el desarrollo del hecho, no puede darse unidad de acción sin unidad de agente; ni viceversa, pluralidad de acciones sin pluralidad de agentes; por lo que, mientras el delito acumulativo es esencialmente un *delito colectivo unipersonal*, al delito concursal corresponde la especie *pluripersonal del delito colectivo*. Por otra parte, connotándose el delito continuado por la unidad del fin, el cual consiste en la representación psíquica del evento, resulta igualmente evidente que si los agentes son varios, no pueden menos de ser distintos los fines, pues son distintas las mentes en que aquéllos se reflejan, por lo cual también el delito continuado es delito colectivo unipersonal.

212. *Clasificación del delito compuesto*. — Hemos adelantado la clasificación del delito colectivo al intento, que ahora vamos a hacer, de clasificar el delito compuesto; porque, habiendo progresado más el trabajo científico relativo al delito colectivo, sus resultados nos pueden servir para orientarnos en el otro terreno. En efecto, también en él la combinación me parece que presenta las tres hipótesis elementales que corresponden a la *acumulación*, al *concurso* y a la *continuación*.

A diferencia del delito colectivo, hemos dicho que el delito compuesto, si se divide según los diferentes eventos o las diferentes acciones que lo componen, lo que resulta *no es ya aquel delito*, por lo cual la combinación no es, como en el delito colectivo, algo que *puede ser o no ser*, sino algo que *debe ser para que exista el delito*. En este aspecto se podría imaginar el delito compuesto como un delito de

*combinación necesaria* de varios eventos o de varias acciones; pero la combinación, aun cuando es necesaria para la existencia del delito, presenta las mismas figuras que se distinguieron, a propósito del delito colectivo, en el punto anterior.

Hay delitos cuyo hecho resulta de una pluralidad de eventos, punible cada uno de los cuales por sí; pero a título diferente del que forma la combinación de ellos. Vuelva el alumno al ejemplo del robo, que es una combinación de *hurto* y de *amenaza* o de *hurto* y de *violencia*; a diferencia del delito acumulativo, aquí la combinación es incomparablemente más íntima; pues, mientras en aquél no suprime ella la individualidad de los dos o más delitos acumulativos (ejemplo, estafa y falsedad, injuria y lesión), en el delito compuesto, la amenaza o la violencia y el hurto desaparecen para dar lugar a otro delito diferente que es el robo; si ésta fuese la única especie de delito de *combinación necesaria*, la podríamos llamar sin más delito compuesto; pero, como pronto veremos que este género presenta otras dos especies, por lo que la fórmula del acto compuesto debe reservarse para denotar el género, creo oportuno distinguirla con el nombre de *delito plurieventual*.

Hay otros delitos en los que el hecho resulta, en cambio, de una *pluralidad necesaria de acciones*, en el sentido de que éstas no tanto pueden cuanto deben converger para que se produzca el daño penalmente prohibido por la ley: piense el alumno en el *soborno del funcionario público* (arts. 318 y sigtes., Cód. pen.), cuyo evento, al consistir, por parte del funcionario público en recibir dinero u otra utilidad, exige el concurso, con el que recibe, de otro que da, por lo que no puede haber un sobornado sin un sobornador; y no es necesaria otra cosa por ahora para que al lado de la figura del delito *plurieventual* se perfile la noción del delito *plurisubjetivo*, la cual corresponde, por consiguiente, en el campo del *delito colectivo*, a la del *delito concursal*.

Finalmente, se dan delitos compuestos que corresponden a su vez a la especie de delitos colectivos que vimos eran los delitos *continuados*, con la diferencia de que la continuación, en vez de ser accidental, es esencial para su existencia. Fije nuestro alumno su atención desde ahora en el *concubinato* (art. 560, Cód. pen.), el cual no consiste en una simple cópula de un hombre casado con una mujer distinta de su esposa, sino en una repetición de tales actos que la ley expresa con la fórmula de "mantener una concubina". Para hacerse cargo tanto de la diferencia como de la semejanza entre esta especie del delito compuesto y el delito continuado, la llamaremos *delito continuativo*.



## SECCIÓN PRIMERA

## De la acumulación de delitos

213. *Acumulación de delitos.* — “Quien con una sola acción u omisión viola diversas disposiciones de ley o comete varias violaciones de la misma disposición de ley, se castiga a tenor de los artículos precedentes”, dice el art. 81<sup>1</sup>; y quiere decir, refiriéndose a los arts. 71 y sigtes., que se le castiga con las penas establecidas para cada violación, dentro de ciertos límites que veremos más adelante. El carácter de la institución que disciplina esta norma lo da, por consiguiente, una *diferencia cuantitativa entre acción y evento*, por lo que a una sola acción siguen varios eventos: con la frase de “violación de una disposición de ley”, o sea de una *norma penal*, no se designa otra cosa que el *evento punible* o, en otras palabras, el *daño plenamente prohibido*, el cual se resuelve en la violación de la norma que lo prohíbe. La fórmula algebraica del delito acumulativo, designando por *a* la acción y por *e* el evento sería, por consiguiente:  $a+e+e$  o, más completamente,  $a+e^n$ . Evidentemente, para la plena inteligencia de esto se necesita la plena posesión del concepto de cantidad y, por tanto, de *todo* y de *parte*: si el lector procura informarse con cuidado acerca de ello, comprenderá por qué sea necesario, para la diagnosis de la acumulación, el análisis cuantitativo del hecho. Cuando de esa descomposición resulta que el hecho se puede dividir en varios eventos, cada uno de los cuales por sí esté previsto por una norma penal, mientras cada uno de ellos ha sido ocasionado por la misma acción, en el sentido de que por cada evento no se descubre una participación diferente del agente en el ciclo del hecho, se encuentra pluralidad de eventos con unidad de acción y, por lo tanto, delito acumulativo.

El principio estatuido en el primer apartado del art. 81 se expresa con la fórmula de la *acumulación de los delitos*. En vez de acumulación, el Código penal, en la rúbrica del capítulo tercero del título tercero del libro primero, habla de “concurso de delitos”; pero la frase, como ya lo hemos hecho notar, es menos expresiva y menos oportuna, ya porque la palabra *acumulación* denota mejor que *concurso* la adición de un delito a otro, ya porque la palabra *concurso* está empleada por la doctrina y por la ley misma para denotar la diversa institución relativa a la hipótesis de pluralidad de acciones con unidad de evento (cfr. la rúbrica del capítulo tercero del título siguiente).

Según los dos casos claramente distintos del art. 81<sup>1</sup>, la acumulación se distingue en dos especies, que pueden denominarse respectivamente *acumulación homogénea* y *acumulación heterogénea*. La distinción se funda, según la fórmula del art. 81, en la *identidad*

o diversidad de la disposición de ley violada y, por tanto, en la correspondencia, o no, de cada uno de los eventos con el mismo tipo de delitos; por ejemplo, si con un solo tiro de fusil mato a dos personas, la acumulación es homogénea, ya que el delito es un *homicidio acumulativo* (art. 575, Cód. pen.); en cambio, cuando el mismo tiro ocasiona la muerte de una de las dos víctimas y la lesión de la otra, la acumulación es heterogénea, al combinarse el delito previsto por el art. 575 con el castigado por el art. 582, Cód. penal.

214. *Acumulación homogénea.*—La acumulación homogénea se da cuando alguien “con una sola acción... comete varias violaciones de la misma disposición de ley” (art. 81<sup>1</sup>, Cód. pen.); o sea, cuando a una sola acción corresponden varios daños prohibidos por la misma norma penal.

Pocas fórmulas son en apariencia más simples y obvias que ésta; pero pocas ocultan, bajo su apariencia falaz, tantas dificultades; ¿cuándo derivan, pues, de una sola acción varios daños prohibidos por la misma norma penal? Se está pronto a decir que la unidad de medida, naturalmente, la da la definición del evento punible contenida, para todo tipo de delito, en la norma penal; por lo cual siempre que, comparado con esa definición el evento real, la excede en cantidad en forma que quepa descomponerla en varios eventos iguales al evento definido, se encuentra la acumulación; pero el hecho es que, si para algún tipo de delito resulte fácil ese parangón, respecto de otros puede suscitar serias perplejidades: puesto que el artículo 575 del Cód. pen. prohíbe matar a un hombre, todos se dan cuenta de que, si en vez de uno solo, son dos los que se matan, los homicidios son dos. Pero, cuando del homicidio pasamos al hurto, comienza a complicarse el problema; siendo el hurto el apoderamiento de “una cosa” (art. 624, Cód. pen.), a quien roba una canasta de peces en lugar de un solo pez, o diez billetes de cien liras en lugar de uno de mil, ¿deberá, por tanto, aplicársele el art. 81? Dudas de esta clase se presentan respecto de ciertos otros delitos, desde la fabricación o expendición de monedas falsas hasta la lesión personal, desde el adulterio hasta el falso testimonio.

Los criterios para resolverlas no se pueden buscar sino en el concepto de *daño*, cuyas dimensiones consisten en el *bien* y en el *interés*; mientras el bien y el interés que definen el daño ocasionado coinciden cuantitativamente con el bien y el interés que definen el daño *prohibido*, la violación de la ley no puede ser más que una: todo depende, por consiguiente, de establecer la medida del uno y del otro en el concepto del delito.

Es cierto, por tanto, que si el bien agredido es, como en el homicidio, un hombre y en el hurto es una cosa; en cambio, cuando en lugar de una sola cosa se hayan sustraído dos, serán dos los hurtos, como por la muerte de dos hombres habría dos homicidios; pero aquí se necesita ponerse bien de acuerdo acerca de la cosa y acerca

de su unidad, a propósito de lo cual debe una vez más el cultivador del derecho penal atenerse a la teoría general y manejar los conceptos del *genus* y de la *universitas rerum*, en orden a los cuales, por un lado, una cantidad de cosas fungibles se considera como una sola cosa y también como un grupo de cosas unidas entre sí por el destino económico; por tanto, la sustracción de una suma de dinero, de un canasto de frutas, de un servicio de mesa, de un tronco de caballos, no constituye una acumulación de hurtos, sino un solo hurto. Desde el punto de vista del bien, por consiguiente, para que haya acumulación homogénea se necesita que el daño ocasionado consista en el menoscabo del goce de varios bienes cada uno de los cuales responda al bien considerado por la ley.

Pero éste no es más que uno de los aspectos del complicado problema, cuyo segundo aspecto se refiere a los modos del menoscabo del goce de un mismo bien o, en otras palabras, a la variedad de los intereses que por una misma acción pueden ser lesionados. Un ejemplo útil, para comprobar este otro aspecto, puede ofrecer al alumno la fórmula del art. 594 del Cód. pen., donde el evento de la injuria se describe como ofensa al *honor* y al *decoro* de una persona, o del art. 341, que define el ultraje, como el hecho de quien ofende el *honor* o el *prestigio* del funcionario público. Si una palabra es apta para ofender tanto el honor como el decoro o el prestigio, se presenta la duda acerca de la existencia de la acumulación, y habría que resolverla, en rigor, en sentido afirmativo. Que en la práctica y, por lo que nos consta, también en la doctrina, esta duda, lejos de resolverse positivamente, ni siquiera se presente, es una de las señales elocuentes que deberían mostrar a un observador atento lo gravemente problemático de la solución a la acumulación de los delitos por el art. 81<sup>1</sup> del Código ROCCO; y, si no la perfección, por lo menos la menor imperfección del art. 78 del Código ZANARDELLI, como dentro de poco aclararemos. Por tanto, pese a la identidad del bien, puede haber acumulación homogénea del delito cuando la acción termine en un tal menoscabo de su goce, que se pueda descomponer en varios menoscabos, cada uno de los cuales corresponda a un menoscabo por la ley como momento físico del mismo delito.

Si queremos ahora resumir los resultados de esta interesante investigación, diremos que *la acumulación homogénea resulta del menoscabo del goce de una pluralidad de bienes, cada uno de los cuales corresponda al bien protegido por la norma penal, o de una pluralidad de menoscabo del mismo bien, cada uno de los cuales corresponda a un menoscabo previsto por esa misma norma.*

215. *Acumulación homogénea preterintencional.* — El art. 82 del Cód. pen., después de haber considerado en el primer apartado la hipótesis de “ofensa a persona distinta de aquella a quien se dirigía la ofensa” a causa de una *aberratio*, prevé, en el párrafo, la otra hipótesis de que, “además de la otra persona distinta, se ofenda tam-

bién a aquella a quien se dirigía la ofensa. El ejemplo que sobre esta materia se ofrece de ordinario es el de la muerte por un solo tiro de arma de fuego de dos personas, cuando sólo se quería herir a una de ellas. Poco más hace falta para comprender que ésta es una hipótesis que debe remitirse a la figura del *delito excesivo* o, como le llama la ley, *preterintencional*; el exceso del evento lo da la pluralidad de los eventos, de los que solamente alguno se comprendía en el fin.

Haber aclarado así el carácter de la acumulación prevista por el art. 82<sup>2</sup>, permite señalar la impropiedad de la fórmula legislativa, cuyos defectos no creo que pueda remediar la analogía. Un primer defecto está en referir la hipótesis de la acumulación homogénea excesiva solamente a la *aberratio*, mientras que puede deberse también al error verdadero y propio; esta referencia se deduce de la conexión entre el primero y el segundo apartado, por lo cual también en éste debe atribuirse la causa de la doble ofensa al “error en el uso de los medios de ejecución del delito” o a la “otra causa”, que vimos se debía distinguir verdaderamente del error; pero la ofensa de otra persona, además de aquella a quien se quería herir, puede deberse, e incluso las más de las veces se debe, a error verdadero y propio, y no a inhabilidad (si, no calculando el radio de un disparo de perdigones, hirió también a una persona próxima a aquel a quien quería herir, no se trata de inhabilidad, ni, por tanto, de *aberratio*, sino de verdadero error), ni habría razón para tratar diversamente los dos casos. En segundo lugar, una acumulación homogénea excesiva puede darse también en daño de la misma persona: si, en un caso análogo al ahora imaginado, en lugar de matar un solo perro de Ticio, según mi intención, mato dos, aunque no haya ofendido a otra persona distinta de aquella a quien se dirigía la ofensa, cualquiera advierte que la razón de la ley es la misma. Lo mismo debe decirse de la hipótesis en que el ladrón sustraiga, por inhabilidad o por error, otra cosa además de la que quería sustraer. ¿Se pueden remediar con la analogía esas imperfecciones de la fórmula? Una comparación superficial entre el segundo apartado del art. 81 y el primero del art. 82 pudiera sugerir una respuesta afirmativa; pues, debiéndose aplicar para la acumulación homogénea, los “artículos precedentes”, o sea, salvo las limitaciones que veremos, infligir por cada uno de los delitos acumulados su pena, la norma del art. 82<sup>1</sup>, se resuelve, por lo que hace a la acumulación homogénea excesiva, en una atenuación de la punibilidad. Pero no ha de olvidarse que cada delito acumulado tiene que subsistir por sí; y, por tanto, la acumulación supone, respecto de cada uno de ellos, el concurso de la intención, por lo cual, si quien quiere matar a Cayo, pero no también a Sempronio, mata también a este último, el segundo homicidio, en la peor hipótesis, no podrá ser más que culposo, y aun no deberá ser tal si el error tuviere el carácter de la excusabilidad. Por eso, la norma

contenida en el segundo apartado del art 82 se resuelve, como suele decirse, en una norma incriminadora o, en otra forma, que estatuye la punibilidad de un acto que sin ella no debiera ser castigado o, por lo menos, una mayor en comparación de una menor punibilidad; de donde resulta que, según el art. 14 de las disposiciones generales de aplicación de la ley, está prohibida su aplicación por analogía. La consecuencia es *quoad iustitiam* poco confortante, en cuanto se resuelve en la disparidad de trato de hipótesis manifiestamente análogas: siempre que la ofensa a persona distinta de aquella a quien se la dirigía se deba a error verdadero y propio en lugar de a *aberratio*, se debe aplicar no el art. 82<sup>2</sup>, sino el art. 47<sup>1</sup> en relación con el art. 81<sup>1</sup>; el mismo trato se da a la acumulación homogénea excesiva de delito en daño de la misma persona.

Estas reflexiones demuestran la poco feliz redacción del art. 82, debida sobre todo a haber unido dos figuras diversas, cuales son el delito aberrante y la *acumulación homogénea excesiva*; esta última, no así la primera, pertenece a la institución del *concurso*, como dice la ley; o, mejor, de la *combinación entre los delitos*. Entre otras cosas, pues, esta unión ha determinado una colocación de la norma, contenida en el primer apartado, totalmente equivocada; pues el delito aberrante no tiene nada de común con el concurso y, por otra parte, según hicimos notar, tampoco con el delito aberrante tiene nada de común la acumulación excesiva. He aquí uno de tantos ejemplos que muestran la necesidad de un exacto planteamiento de los conceptos no sólo para el intérprete, sino también para el legislador.

216. *Acumulación heterogénea*. — Junto a la hipótesis de la acumulación homogénea pone el art. 81<sup>1</sup> la de la acumulación heterogénea. Se da ésta cuando “una sola acción u omisión viola diversas disposiciones de ley”, lo cual quiere decir que ocasione diversos daños cada uno de los cuales está penalmente prohibido, o sea, suficiente para constituir un delito. Para que se dé acumulación heterogénea, la acción debe ser única y los eventos cualitativamente diversos.

Si a cada evento distinto corresponde una acción, no puede darse la figura de la acumulación, sino la de la *conexión de los delitos*, de la que hablaremos más adelante; por ejemplo, cuando alguien en el acto de golpear a otro lo injuria, se da la hipótesis prevista por el art. 45, n. 1, Cód. de proc. pen.; pero no, en cambio, la que estamos estudiando.

Que con una misma acción se ocasionen daños previstos por diversas normas penales, puede ocurrir en dos órdenes de casos: o en cuanto diversas normas prevean daños *cualitativamente idénticos pero de cantidad diferente*, o en cuanto prevean, en cambio, daños *cualitativamente diferentes*. Compárense, para completar la idea de esta distinción, de una parte el delito de golpes con el delito de *lesión personal* (arts. 581 y 582, Cód. pen.), y de la otra, el delito de *adulterio* (art. 559, Cód. pen.) con el de *actos obscenos* (art. 527, Cód.

pen.). Tanto aquel par de violaciones como éste pueden derivar de una sola acción (una bofetada determina una lesión; un adulterio se comete en lugar público); pero en el primer caso no hay más que una diferencia cuantitativa (de menos a más) en la lesión del mismo interés, mientras en el segundo la lesión se refiere a intereses diversos.

Si hubiera que atenerse sólo a la letra del art. 81<sup>1</sup>, también en la primera de estas hipótesis habría que considerar una acumulación heterogénea de delitos; pero lo absurdo de los resultados a que conduce esta interpretación (si de un puñetazo se ocasiona una lesión personal que luego se agrava hasta la muerte del paciente, se acumularían los tres delitos de golpes, de lesión y de homicidio), asegura que no se dirige la intención del legislador en este sentido. Todos están, pues, de acuerdo en distinguir de la *acumulación (heterogénea)* esta otra forma que justamente se designa con la fórmula de la *progresión de delitos*. La noción del *delito progresivo*, no siempre clara ni unívoca en la doctrina, es diferente de la del *delito acumulativo heterogéneo*, precisamente por la diversidad puramente cuantitativa de los eventos ocasionados por la misma acción, diversidad cuantitativa a la que precisamente se ajusta el concepto de la *progresión*. Se puede agregar que, pudiendo la progresión ser *directa* o *inversa* o, con otras palabras, *ascendente* o *descendente*, se distingue el delito progresivo en delito *progresivo directo* o delito *progresivo inverso*, al último de los cuales podría darse también el nombre de delito *regresivo*; el delito progresivo *stricto sensu*, o *delito progresivo directo*, se resuelve lógicamente en un paso del peligro al daño o, en otros términos, de una lesión menos grave a una lesión más grave del mismo interés. El delito regresivo sigue a una lesión más grave o una lesión menos grave, que asegura no obstante al agente la ventaja del delito (el falsificador hace uso del documento falsificado [arts. 476 y sigtes., 489, Cód. pen.] o expende [art. 455] las monedas falsas por él acuñadas [art. 453], o ladrón [art. 624] oculta la cosa robada [artículo 648]). Ahora bien, cuando la figura de la progresión se diagnostica en forma que se apliquen a ella las reglas de la acumulación, queda excluida lógicamente por el principio de la *continencia* (en lo más está lo menos), de donde deriva la absorción del delito menor en el delito mayor. Es, pues, un grave defecto del código haber construido en el art. 81<sup>1</sup> una fórmula que, según su significado literal, comprende junto a la acumulación la progresión del delito. Ese defecto debe remediarlo el intérprete entendiendo su primera parte en el sentido de que las normas penales son distintas cuando prohíben daños *cualitativamente diversos*.

A su vez, la hipótesis de que varias normas penales prohiban daños cualitativamente diversos se distingue en otras dos, según se considere, o no, entre los dos eventos la relación de *género a especie*. Proceda el alumno a comparar, por ejemplo, el delito de *engaño de personas incapaces* (art. 643, Cód. pen.) con el de *usura* (art. 644,

Cód. pen.) o la *violación o sustracción de correspondencia* (art. 616<sup>1</sup>, primera parte, Cód. pen.) con la *revelación del contenido de correspondencia* (art. 618, Cód. pen.); y advierta cómo el primero y el tercero consisten en un evento que se comprende en el segundo y en el cuarto, precisamente, como la especie se comprende en el género. También en estos casos quien tomase a la letra la fórmula del art. 81<sup>1</sup> tendría que considerar una *acumulación de delitos* que, sin embargo, en este caso, se debe excluir no tanto en virtud de la interpretación lógica cuanto por la interpretación sistemática de la ley; puesto que el art. 81<sup>1</sup> se coordina con el art. 15 del Cód. pen., según el cual, “cuando varias leyes penales o varias disposiciones de la misma ley penal regulan la misma materia, la ley o la disposición de la ley especial deroga a la ley o a la disposición de ley general, salvo que esté establecido en otra forma”. Con esa fórmula, sumamente aproximativa, se quiere decir que cuando un mismo evento está comprendido en el precepto de dos normas distintas, la que tiene de ellas contenido menos amplio (específico o especial) prevalece sobre la otra que tenga contenido más amplio (genérico o general). También en este caso se excluye, por tanto, la aplicación de la regla acerca de la acumulación por el principio de la *continencia*, que como en el más está lo menos, también en el género se contiene la especie; ni el estar previsto por dos normas distintas, una vez como género y otra como especie, puede suprimir la unidad o identidad del evento; aquí verdaderamente hay pluralidad de normas, no pluralidad de eventos, ni, por tanto, acumulación de delitos. La razón de esa pluralidad de normas está en que, aun habiendo caracteres suficientes para determinar la punibilidad de un hecho, acrecienta su gravedad el sumarse a ellos otros caracteres. Si la construcción de los tipos de delito se hubiese hecho de acuerdo con un plan verdaderamente racional, a tales exigencias se proveería siempre con la disposición de circunstancias modificativas; pero puesto que, por desgracia, se la ha hecho empírica y desordenadamente, a veces se acude para satisfacerla, en vez de a la agravación o atenuación de un delito, a la institución de los delitos diversos que están en la relación recíproca de género a especie. Por desgracia, este desorden se refleja en la complicación de los conceptos excojitados por la doctrina para tratar este tema. Quien quiera ser más minuciosamente informado de ello verá que con los llamados principios de la *especialidad*, de la *subsidiariedad* y de la *alternatividad* (a veces vertidos incluso en fórmulas latinas de propiedad un tanto sospechosa), su estudio ha llegado a ser un verdadero galimatías. En espera de la reforma del código, que deberá resolverse en un verdadero ordenamiento y, por tanto, en una resuelta simplificación de los tipos de delito, estimo suficiente para la orientación de los discípulos que consideren que se excluye la acumulación cuando, aun estando previsto el evento por varias normas penales, lo prevé alguna de ellas como género y otra como especie. Solamente si la acción termina en

un evento previsto como especie por cada una de las normas diversas, cabe descomponerlo en diversos eventos punibles y existe, por tanto, la acumulación: así ocurre, por ejemplo, si el adulterio (art. 559, Cód. pen.) se comete en lugar público (art. 527, Cód. pen.), o si el incendio producido en la casa ajena (art. 423, Cód. pen.) la deteriora o la destruye (art. 635, Cód. pen.). A fin de facilitar la distinción entre esta hipótesis, en que consiste la acumulación verdadera o real, y la otra, que sólo determina la apariencia de la acumulación, a menudo las normas, previendo genéricamente un evento que otras normas prevén como especie, hacen expresa referencia a esas otras normas particulares (con la frase “cuando el hecho no esté previsto como delito por una particular disposición de ley” o “fuera de los casos previstos” por otra disposición, o con otra frase equivalente; cfr. arts. 323, 327, 340, 374, 422, 432, 455, 469, 494, 496, 517, 520, 530, 572, 616, primera parte, 715, Cód. pen.); pero también sin esa remisión debe excluirse la acumulación siempre que de la comparación entre dos normas se demuestre la relación de género a especie.

Pero, para la existencia de la acumulación, se entiende, como se aclarará mejor más adelante, que el nexo causal entre la única acción y los diversos eventos es necesario, pero no suficiente, requiriéndose además que haya la intención respecto de cada uno de los eventos; por ejemplo, si del cumplimiento de actos dirigidos a procurar el aborto de una mujer encinta (arts. 545 y sigtes.) se sigue la muerte o la lesión personal de la mujer, se da la acumulación del delito de *aborto* con el delito de *homicidio* (art. 575) o de *lesión personal* (art. 582), sólo a condición de que en el autor de esos actos se tenga, respecto de la muerte o de la lesión personal, el dolo o por lo menos la culpa; y a falta de ello, sólo habría lugar a la condición agravante prevista por el art. 549 del Cód. penal.

217. *Acumulación heterogénea preterintencional.* — Como el párrafo del art. 82 considera la hipótesis de la acumulación homogénea excesiva, así en el segundo apartado del art. 83 se contempla la hipótesis paralela del exceso en la acumulación heterogénea: de las dos diversas violaciones de ley, como dice el art. 81<sup>1</sup>, ocasionadas por la acción, una sola de ellas se comprende en el fin.

A la acumulación heterogénea excesiva asigna, sin embargo, la ley alcance diverso que a la acumulación excesiva homogénea: en efecto, este último induce una modificación de la pena diversa de la establecida respecto de la acumulación homogénea ordinaria, como explicaremos mejor también dentro de poco; en cambio, la acumulación heterogénea excesiva determina en cuanto a la pena las mismas combinaciones que están estatuidas por el art. 81<sup>1</sup> respecto de la acumulación heterogénea sin exceso. En efecto, el art. 83, después de haber considerado, en el primer apartado, la hipótesis de que la *aberratio* recaiga sobre un requisito constitutivo o sobre una circunstancia impeditiva del delito, y de haber establecido respecto de ella, como



ya dijimos, que si el daño irrogado se prevé como delito culposo, el agente responde de él a título de culpa, agrega en el párrafo: “si el culpable ha ocasionado también el evento querido, se aplican las reglas sobre el concurso de delitos” o, más exactamente, sobre la acumulación; o sea, las mismas reglas de la acumulación ordinaria prevista por el art. 81<sup>1</sup>; por tanto, si quien ha deliberado matar el perro de Ticio, que está junto a él, hiere a la vez que al perro a Ticio mismo, hay una acumulación de delitos, uno doloso y otro culposo, que da lugar a la misma unificación de la pena, el efecto propio de la acumulación, como veremos.

218. *Acumulación impropia.* — Ahora hay que leer y meditar otras dos normas del Código penal, dictadas en los arts. 71 y 80: el primero establece que “cuando con una sola sentencia o con un solo decreto se debe pronunciar condena por varios delitos contra la misma persona, se aplican las disposiciones de los artículos siguientes”, las cuales veremos que consisten en la unificación de la pena; el segundo agrega que tales disposiciones “se aplican también en el caso de que, después de una sentencia o de un decreto de condena, se tiene que juzgar a la misma persona por otro delito cometido con anterioridad o posterioridad a dicha condena, o cuando contra la misma persona se deban ejecutar varias sentencias o varios decretos de condena”.

Evidentemente, en esta hipótesis, el vínculo entre los diversos delitos no lo constituye la identidad de la acción, sino solamente la identidad del agente, pero esta identidad no constituye la razón suficiente de él: si, después de expiada la pena por un delito, comete alguien un segundo delito, no se le puede aplicar ni una ni otra de las antedichas normas. Quien se limite a leer la fórmula demasiado amplia del art. 80, tendrá que concluir diversamente, pues también en ese caso se trata de un delito “cometido... con posterioridad a la condena”; pero si esta fórmula no debiera interpretarse restrictivamente, estaría entre otras cosas en oposición con las normas sobre la reincidencia (art. 99, Cód. pen.). Por lo demás, el criterio de la interpretación restrictiva se infiere precisamente de la naturaleza de los efectos de la acumulación, consistente en la *unificación de varias penas*, las cuales, evidentemente, cuando alguna de ellas hubiere sido totalmente expiada, no podría unificarse. A la identidad del agente debe agregarse, pues, otro requisito para que se unifique la pena de varios delitos y que consiste en *no haberse expiado completamente la pena por alguno de ellos*. La razón de la combinación de los delitos prevista por el art. 71 y el art. 88 está, por consiguiente, en la *identidad del reo, que no haya expiado enteramente la pena de los delitos*.

Que aquí haya verdadera acumulación de delitos, si la acumulación la produce la *identidad de la acción*, debe naturalmente ser excluido sin más. No obstante, si la ley trata esta hipótesis del mismo modo que la acumulación, homogénea o heterogénea, o sea, que la

equipara a la hipótesis de la acumulación, es clara también la razón de la fórmula de la acumulación impropia y oportuno que así se la denote.

219. *Importancia jurídica de la acumulación de delitos.* — El problema relativo al trato jurídico de la acumulación de delitos es uno de los más graves del derecho penal. Este problema se refiere a la cantidad del delito y a la cantidad de la pena.

En primer lugar, para resolverlo, es necesario proceder a una rigurosa comparación entre la acumulación propia y la acumulación impropia; y también, en el ámbito de la acumulación propia, entre la acumulación homogénea y la acumulación heterogénea.

Consideremos ante todo los dos casos de quien haya matado a dos personas o haya robado dos cosas con una sola acción o con dos acciones distintas; en el aspecto cuantitativo, no se puede negar una notable diferencia entre ellos: si el momento físico del delito se compone de evento y acción, la suma de una acción y dos eventos no puede ser igual a la de dos eventos y dos acciones. Representando ese pensamiento en una fórmula algebraica, es evidente que la suma  $a+e+e$  es menor que  $a+a+e+e$ . No es necesario más para concluir que la equiparación *quoad poenam* de la acumulación propia y de la acumulación impropia, tal como está dispuesta por nuestra ley y resulta de la comparación entre los arts. 71, 80 y 81<sup>1</sup> del Cód. pen., deja por lo menos lugar a muy serias dudas. No se puede oponer a ellas que lo que cuenta es el evento, o sea, el daño ocasionado y no la acción, pues el delito no es solamente evento, sino evento más acción; y la cantidad de la participación humana en el evento no puede ser indiferente para la apreciación de su gravedad. Esto no quiere decir que la unidad de la acción deba absorber la multiplicidad de los eventos, como establecía el art. 78 del Código ZANARDELLI ("quien con un mismo hecho viola diversas disposiciones de ley, se castiga según la disposición que establece la pena más grave"). Era ése otro error cuya demostración puede hacerse mediante la fórmula algebraica  $a+e+e > a+e$ , de donde resulta que aquella norma dejaba injustamente sin pena el evento menos grave; es, por tanto, justa la reacción contra ese error, pero se la ha llevado, como ocurre frecuentemente, demasiado lejos, incurriendo en el error opuesto: el Código ZANARDELLI suprimía, en vista de la unidad de la acción, la multiplicidad de los eventos; y el Código Rocco descuida, en vista de la multiplicidad de los eventos, la unidad de la acción. Lo que por ahora podemos concluir, es que el régimen de la acumulación propia y el régimen de la acumulación impropia no deben ser iguales.

Consideremos después de esto el caso de quien con una sola acción ocasiona dos eventos homogéneos y el de quien, en cambio, con una sola acción ocasiona dos eventos heterogéneos: alguien roba dos cosas en vez de una sola, o roba una cosa y destruye otra; la diferencia entre estas dos hipótesis está en la *unidad o pluralidad del*

*fin*, ya que la heterogeneidad de los eventos no admite la unidad del fin que implica lógicamente, en cambio, la homogeneidad de los eventos ocasionados con una sola acción; y basta tomar en cuenta las relaciones entre *fin* e *interés* para tener la confirmación de esta verdad. Por tanto, llamando *f* al fin, la fórmula algebraica correspondiente al primero de estos casos es:  $f+a+e+e$ , y la correspondiente al segundo:  $f+f+a+e+e$ , fórmulas que no pueden dar resultados iguales. Lo que por ahora podemos concluir es que *tampoco la acumulación propia homogénea y la acumulación propia heterogénea deben tratarse con la misma medida*.

Establecido así que la *acumulación propia homogénea*, la *acumulación propia heterogénea* y la *acumulación impropia* presentan tres problemas distintos, tratemos de precisar su diferencia.

220. *Importancia jurídica de la acumulación impropia*. — El problema jurídico de la acumulación impropia es el problema de la acumulación de las penas; la acumulación impropia se da precisamente cuando las penas infligidas por varios delitos deben ser expiadas a la vez.

La primera observación que hay que hacer a este propósito es que *hay penas que no pueden acumularse*. La inacumulabilidad puede ser *absoluta o relativa*. Absolutamente inacumulable es la pena de muerte, ya por una razón física, ya por una razón jurídica; jurídicamente, si “la muerte del reo, ocurrida después de la condena, extingue la pena” (art. 171, Cód. pen.), evidentemente se excluye la acumulación de la pena de muerte con cualquier otra pena. Es justo, por consiguiente, que en el capítulo tercero del título tercero del libro primero del Código penal no se proceda a la hipótesis de la acumulación de la pena de muerte con otras penas, ya que el caso está previsto por el art. 171. La inacumulabilidad *relativa* se refiere a penas del mismo género; en tal sentido son relativamente inacumulables las penas *máximas*; puesto que, como veremos, nuestro sistema penal admite la pena máxima sólo en el género de la *detención*, no es relativamente acumulable la pena de *ergástulo* (reclusión perpetua; art. 22, Cód. pen.).

Una segunda observación es que, *cuando las penas son acumulables, la acumulación implica la unificación de ellas*: que por cada uno de los homicidios se inflijan diez años de reclusión, si se tiene que cumplir la segunda pena a continuación de la primera, es lo mismo que si por un solo delito tuviera que cumplir el culpable veinte años de pena. La unificación de la pena es, por tanto, una consecuencia de la acumulación. Lo mismo ocurre respecto de la acumulación de las penas pecuniarias: que se me condene dos veces a pagar diez mil liras, si tengo que pagarlas a la vez, es como si se me condenara a pagar de una vez el doble.

La tercera y última reflexión es que, *sumando varias penas de la misma calidad, se puede obtener una pena total de diferente ca-*

*lidad*: es cierto, por ejemplo, que son de calidad diferente la pena de detención temporal (reclusión) o perpetua (ergástulo; cfr. art. 17<sup>1</sup>, ns. 2 y 3); pero, si se juntan veinte y treinta años de reclusión infligidos a un culpable de cincuenta años, la reclusión se transforma prácticamente en ergástulo. Una observación análoga puede hacerse en materia de pena pecuniaria: si, sumando varias multas, resulta un importe que absorba todos los recursos del condenado, la multa se convierte en confiscación de todo el patrimonio. El principio que puede extraerse de estos datos es que la acumulación se resuelve, más que en una *suma*, en una *multiplicación de las penas*; la razón de ello está en lo finito de la vida y del patrimonio del condenado y en el valor creciente de las unidades marginales de éste o de aquélla; a medida que la vida o el patrimonio se aproximan a su terminación, los días o las libras aumentan su valor para él.

La consecuencia que debiera sacarse de esas reflexiones, es que la solución del problema de la acumulación está en reaccionar, en cuanto sea posible, contra la degeneración de la calidad o, como quiera que fuere, contra la agravación progresiva de la pena que se verifica en virtud de la unificación de las penas acumuladas. Por desgracia, el legislador italiano se ha dado cuenta de esta verdad hasta cierto punto solamente. Léanse, a este propósito, los arts. 78 y 79, que establecen, respectivamente, en cuanto a las penas principales o las penas accesorias, límites máximos (respecto de las penas principales, relativos y absolutos, respecto de las penas accesorias, sólo absolutos) fuera de los cuales no puede extenderse la pena total resultante de la acumulación de las penas infligidas por los delitos singulares. Ya esta medida, para quien haya comprendido el principio de la agravación progresiva de la pena en razón de su cantidad, aparece inadecuada para el problema y, en todo caso, inferior a la solución que al mismo problema había sabido dar el Código ZANARDELLI (arts. 67 y sigtes.); tampoco ella era perfecta, pero ciertamente la reforma Rocco, en lugar de atenuar sus defectos, como habría podido hacerlo, sin embargo, los ha agravado notablemente. Agreguemos que el carácter empírico de los límites así establecidos a la pena total es particularmente manifiesto en cuanto a la pena pecuniaria, respecto de la cual también hubiera sido fácil una referencia a la riqueza del condenado inferida por las comprobaciones tributarias.

Pero la *aberratio* más grave en que ha caído el Código Rocco, consiste en haber agravado, en vez de tratar de atenuar, el efecto natural de la acumulación que vimos consiste naturalmente en la agravación progresiva de la pena. Según los arts. 73<sup>1</sup>, 74 y 76, las penas de detención acumuladas se consideran "como pena única para todo efecto jurídico"; se excluye sin duda la unificación, en cuanto a la aplicación de las penas, si son de especie distinta (art. 74<sup>1</sup>), y también en cuanto a la relación entre las penas principales y las penas accesorias o los efectos penales (art. 77), así como también en cuanto

a las penas y las medidas de seguridad (art. 76<sup>2</sup>); sin embargo, constituye para el condenado una condición peor en cuanto a la mayor parte de las condiciones resolutorias o atenuantes del delito, y entre ellas, del indulto, el cual (art. 174<sup>2</sup>) no se aplica respecto de las penas singulares, sino de la pena compleja. Basta tener presente la correlación entre pena y delito para advertir que de ese modo la acumulación impropia se resuelve en una agravación del delito, lo que no tiene a su favor razón alguna. Es verdad que el haber cometido el delito precedente agrava el delito posterior, pero de ello el juez debe haber tenido ya cuenta al pronunciar la condena respecto del delito posterior; ya, si hubo lugar a ello, en el aspecto de la reincidencia (art. 99); ya, en general, en el aspecto de la fijación discrecional de la pena (art. 133<sup>2</sup>, n. 2); y no podría, por consiguiente, seguirse de él otra agravación sin una duplicación injusta. Peor es aún cuando la acumulación da lugar, según la ley, no sólo a la unificación de la pena, sino al paso a una pena de otra especie, a propósito de lo cual véanse los arts. 72 y 73<sup>2</sup>, según los cuales, si varios delitos acumulados llevan consigo cada uno de ellos la pena de ergástulo, se conmuta ésta por la pena de muerte, y si implica cada una de ellas la reclusión por no menos de veinticuatro años, se conmuta la reclusión por el ergástulo, donde la agravación muestra mejor aún su injusticia. Si, habida cuenta del delito anterior, ha infligido el juez por el delito posterior una pena determinada, agravarla aún es precisamente duplicar el efecto del delito anterior sobre el delito posterior y no vale en contrario que si al segundo ergástulo no se sustituyese con la muerte, no se cumpliría la pena, ya que éste es un límite impuesto por la naturaleza, a la que el hombre no debe hacer violencia; lo mismo ocurre si se ha infligido dos veces la pena de muerte, que no se puede sufrir más de una sola vez. Más injusta aún es, por lo demás, la transformación en condena al ergástulo de dos condenas a veinticuatro años de reclusión cada una, ya que puede muy bien ocurrir que la suma de las dos penas llegue a cumplirse de la muerte del condenado.

221. *Importancia jurídica de la acumulación propia heterogénea.* —

La ley trata la acumulación propia heterogénea como la acumulación impropia (art. 81<sup>1</sup>, Cód. pen.); se equiparan así las dos hipótesis en que con una sola acción o con varias acciones se hayan ocasionado diversos eventos previstos por la ley penal. Que ésta sea una equiparación irracional, no hay necesidad de que lo repitamos.

Esto no quiere decir que fuera justa tampoco la solución dada al problema por el Código ZANARDELLI, según el cual “quien con un mismo hecho (*rectius*, con una misma acción) viola diversas disposiciones de ley, se castiga según la disposición que establece la pena más grave” (art. 78), quedando así impunes los eventos menos graves que, no obstante se ocasionaron con la misma acción. La justa medida, como cualquiera lo ve, está en *infligir en tal caso las penas pre-*

*vistas para cada uno de los eventos ocasionados, con una disminución respecto de cada una de ellas en razón del número de los eventos acumulados, con lo que se toman en cuenta, a la vez, la pluralidad de los eventos y la unidad de la acción.*

Probablemente, la sensación de una excesiva severidad en el trato del delito acumulativo heterogéneo ha inducido al legislador a excluir en algunos casos la acumulación entre delitos menores y delitos mayores que, de no ser así, habría que reconocer según la regla del art. 81<sup>1</sup>. Obedeciendo a esta regla, por ejemplo, la supresión de un documento custodiado en un archivo público debiera castigarse según las normas acumuladas de los arts. 490 y 351 del Cód. pen.; pero como esta última norma no castiga la supresión de un documento allí custodiado sino "cuando el hecho no constituya un delito más grave", sólo habría que aplicar el art. 490; por la misma razón no se acumulan el homicidio culposo determinado por inobservancia de una orden de la autoridad (art. 589 en relación con el art. 43 del Cód. pen.) con la contravención prevista por el art. 650 del Cód. pen., o la contravención prevista por el art. 656 del Cód. pen. con el agiotaje (art. 501). No nos atreveríamos a decir por qué ni siquiera tales excepciones a la regla de la acumulación heterogénea hayan sido instituídas según un plan orgánico o, como quiera que fuese, inspirado en una clara conciencia del problema, mientras también en este aspecto de la institución se deja sentir la construcción todavía empírica de los tipos del delito. Y no habría siempre necesidad, por otra parte, para excluir la acumulación del delito previsto por una de dichas normas con un delito diferente, de la frase "salvo que el hecho constituya delito más grave" o de otra equivalente; aun sin ella, la acumulación no podría tener lugar cuando entre los dos delitos la relación fuera más bien de *continencia* que de *diferencia cualitativa*; por ejemplo, aunque el art. 420 del Cód. pen., al prever el hecho de quien "al solo objeto de infundir temor público o de provocar tumulto o público desorden, hace estallar bombas, petardos u otros artefactos o materias explosivas", no agregase que el tal hecho se castiga con la pena en él conminada "si no constituye un delito más grave", nadie dudaría, si por la explosión se ocasiona la muerte de varias personas y concurre el fin de matar, de excluir la acumulación de aquel delito con el delito de estragos (art. 422); mientras la combinación de los eventos presenta el carácter manifiesto del delito progresivo (*stricto sensu*), del mismo modo que, aun sin contener el art. 421 una cautela análoga a la del art. 420, nadie piensa en acumular el delito de devastación o de saqueo (art. 285) con el de intimidación pública (art. 421), si el devastador o saqueador, antes de cometer el hecho, hubiere amenazado con cometerlo; ni desconocería nadie en el hecho del falsificador (art. 453, Cód. pen.) que expende las monedas falsificadas o en el constreñimiento agravado para la prostitución (art. 533<sup>2</sup> y <sup>3</sup>, Cód. pen.) seguido de explota-

ción de la prostituta, un delito regresivo en lugar de acumulativo, aunque en los arts. 455 ó 534 no estuviese expresamente excluida la acumulación (véanse, a título de ejercicio, también el art. 508 en relación con el art. 499, o el art. 682 en relación con el art. 257).

Tampoco constituye verdadera excepción al principio de la acumulación heterogénea la norma del art. 301 del Cód. pen., según la cual "cuando la ofensa a la vida, a la integridad, a la libertad o al honor, indicada en los arts. 276, 277, 278, 280, 281, 282, 295, 296, 297 y 298 sea considerado también como delito, en virtud de disposiciones distintas de las contenidas en los apartados anteriores, se aplican las disposiciones que establece la pena más grave"; esto quiere decir, por ejemplo, que la muerte del rey no da lugar a la acumulación del homicidio (art. 575) con el regicidio (art. 276); pero la no aplicación del art. 81<sup>1</sup> en tal caso está ya establecida por el art. 15 del Cód. pen.; ya que no se puede negar que la muerte del rey se halle, como especie en el género, en la muerte de un hombre cualquiera. En cambio, si se debiera considerar una excepción en el art. 301, se referiría más bien al art. 15, en cuanto no siempre en los casos regulados por el art. 301 prevalece el delito específico sobre el delito genérico, sino sólo cuando sea más grave que él; mientras, según el art. 15, no puede nunca prevalecer el delito genérico. Es verdad, sin embargo, que no existe probablemente ningún caso en que, comparativamente con los delitos específicos previstos en las normas enumeradas por el art. 301, los delitos genéricos correspondientes estén más gravemente castigados.

222. *Importancia jurídica de la acumulación propia homogénea.*—También respecto de la acumulación propia homogénea estatuye al art. 81<sup>1</sup> el mismo régimen que respecto de la acumulación impropia, a propósito de lo cual no tendría más que repetir las reflexiones hechas en el punto anterior si respecto de él la injusticia de tal régimen no saltase más a la vista por su comparación con el trato que veremos corresponde al delito continuado. Este último, como ya lo indicamos y surge claramente del art. 81<sup>2</sup>, difiere de la acumulación propia homogénea en que a la pluralidad de eventos homogéneos corresponde una pluralidad homogénea de acciones; por lo que la unidad del delito no la da la unidad de la acción, solamente la unidad del fin. Ahora bien, a diferencia de la acumulación por la continuación no se deben infligir tantas penas cuantos sean los eventos, en los límites de los arts. 78 y 79 del Cód. pen., sino una sola convenientemente aumentada, lo que significa no tanto la equiparación de las dos hipótesis diversas representadas por la fórmula  $a+e+e$  o  $a+a+e+e$ , sino la consideración de esta segunda como menor que la primera, con una inversión francamente absurda. Tal enormidad se oculta en la práctica con la costumbre de no aplicar el art. 81<sup>1</sup> en los casos de acumulación propia homogénea más común; por ejemplo, si el

ladrón sustrae varias cosas diversas, no se piensa, como lo es realmente, en un delito acumulativo, y el primer apartado del art. 81 queda en letra muerta; pero si se aplicara esa norma, surgiría de ello la increíble verdad de que cuando se robaran varias cosas en lugar de una sola, o sea, con una sola acción, el castigo debería ser más grande que cuando se robaran, por el contrario, en varias veces y la unidad del delito se debiera, en lugar de a la única acción, al único fin.

Precisamente porque el delito “contra la vida y contra la integridad individual” es el tipo respecto del cual resulta menos fácil escapar con las acostumbradas aproximaciones al reconocimiento de la acumulación homogénea, y por otra parte, en cuanto a las figuras culposas de tales delitos, la injusticia del régimen prescrito por el art. 81<sup>1</sup> es particularmente sensible en la acumulación homogénea, los arts. 589<sup>2</sup> y 590<sup>3</sup>, para las dos hipótesis de *homicidio culposo* y de *lesiones personales culposas* acumulativas modifican los límites establecidos por el art. 78, con lo que queda el régimen notablemente atenuado.

223. *Independencia de los delitos acumulados.* — Para que haya acumulación tiene cada delito que existir por sí; en otras palabras de la existencia de cada delito comprendido en la acumulación se juzga como si no estuviese combinado con los demás; este principio vale tanto respecto de los requisitos como de las circunstancias o de las condiciones. Por ejemplo, si respecto de uno de los eventos punibles ocasionados por la única acción, a diferencia de otro, no se da ni dolo ni culpa, el delito que a él corresponde deberá ser excluido; ni el ser ese mismo evento ocasionado por la misma acción que ha producido otro, tiene ninguna importancia para el juicio acerca de la intención; ni las circunstancias relativas a uno de los delitos acumulados se comunican, si no son propias de él, a otro delito comprendido en la acumulación; sólo en cuanto el estar combinado con otro agrave un delito (cfr. art. 61, n. 2, Cód. pen.), influye la combinación sobre el delito singular; pero no como acumulación, o sea por el nexo causal, sino en el aspecto del nexo final.

En cuanto a las condiciones del delito, el principio de la independencia de delitos acumulados sufre una limitación relativa a las condiciones resolutorias o modificativas, cuya eficiencia depende de la gravedad del delito (por ejemplo, amnistía, indulto, prescripciones). unificando la pena infligida por los delitos acumulados, los arts. 71 y sigtes. puesto que la unificación lógicamente se resuelve en atribuir gravedad propia al delito acumulativo, se obtiene precisamente el efecto de hacer que obren tales condiciones con respecto a las penas acumuladas, no respecto de las penas singulares. Constituye aplicación de esta regla el art. 174<sup>2</sup>, según el cual “en el concurso de varios delitos, se aplica el indulto una sola vez, después de acumuladas las penas, según las normas concernientes al concurso de los delitos”. Pero constituyen excepción a esta regla del art. 151<sup>2</sup> respecto de la amnistía y



el art. 172<sup>6</sup> respecto de la prescripción de la pena; que la excepción admitida respecto de la amnistía se concilie mal con la regla confirmada respecto del indulto, no hay necesidad de decirlo. También la prescripción del delito obra sobre los delitos singulares, no sobre el delito acumulativo; pues la unificación de la pena sólo se estatuye en cuanto se aplique la pena, y la prescripción del delito supone la inexistencia del juicio, por lo que se excluye la aplicación de la pena.

El principio de la independencia de los delitos acumulados aclara también el alcance de las normas dictadas en materia de querrella por los arts. 122 y 154 del Cód. pen. El delito con pluralidad de ofendidos, que en ellos se considera, es ciertamente un delito acumulativo; si puede darse acumulación sin pluralidad de ofendidos, no puede, en cambio, un delito ofender a varias personas sin ser acumulativo. Si se reflexiona que cada ofensa es suficiente por sí para constituir el delito, no puede el lector menos de concluir que cuando las ofensas son varias, pese a la unidad de la acción, son varios los delitos, con lo cual se verifica precisamente la hipótesis de la acumulación. El delito con pluralidad de ofendidos es, pues, una figura de delito acumulativo que puede pertenecer tanto a la acumulación homogénea como a la acumulación heterogénea: si una palabra idónea para ofender el honor o el decoro es dirigida a dos personas, la acumulación es homogénea, esto es, comprende dos delitos de injuria (art. 594). Por otra parte, si la relación carnal entre hombre y mujer unidos cada cual en matrimonio con otra persona tiene los caracteres del concubinato (art. 560, Cód. pen.), tanto la esposa del hombre como el esposo de la mujer quedan ofendidos, pero precisamente por ello se da en tal hipótesis la acumulación (heterogénea) del concubinato con el adulterio (art. 559, Cód. pen.). Ahora bien, en cuanto cada uno de los delitos comprendidos en la acumulación no sea perseguible de oficio, el principio de independencia debe entenderse en el sentido de que tanto la querrella como la remisión obran para constituir o para extinguir el delito cometido en daño del querellante o del remitente, sin prejuzgar los demás delitos con él acumulados. Por eso, si entre varios ofendidos alguno de ellos no presenta querrella, ello no excluye, según el art. 122 del Cód. pen., la punibilidad del delito; pero, se comprende, la punibilidad de aquel de los delitos acumulados cometido en daño del querellante; mientras no podría ser castigado también el agente por el daño ocasionado a quien no presente querrella. Asimismo, si entre varias personas ofendidas solamente alguna ha propuesto la querrella y luego la ha remitido, esa remisión "no prejuzga el derecho de querrella de las demás" (art. 154<sup>2</sup>, Cód. pen.); pero esta norma no significa que la querrella de las demás determine la punibilidad de los eventos verificados en daño de quien hizo la remisión. Finalmente, si entre varios querellantes alguno ha remitido la querrella y otros no, no se extingue el delito (art. 154<sup>1</sup>, Cód. pen.); pero esto quiere decir que no se extinguen, a pesar de la acumulación, los

delitos cometidos en daño de quien no ha remitido la querella, no que permanezcan, por el contrario, en vida también aquellos delitos acumulados relativos al remitente o remitentes.

## SECCIÓN SEGUNDA

### De la continuación de delitos

224. *Delito continuado.*—Después de haber presentado las dos hipótesis de la acumulación heterogénea y de la acumulación homogénea (propia) de delito, y de haber extendido a éste el régimen de la acumulación impropia, el art. 81 prosigue, en los apartados 2 y 3, diciendo que este régimen no se aplica “a quien con varias acciones u omisiones ejecutivas de un mismo designio criminoso comete, aun en tiempos diversos, varias violaciones de la misma disposición de ley, aunque de diversa gravedad. En tal caso, las diversas violaciones se consideran como un solo delito y se aplica la pena que debiera infligirse por la más grave de las violaciones cometidas, aumentada hasta el triple”.

Así, el delito *acumulativo* se distingue del delito *continuado* por la *unidad o pluralidad de la acción generadora de varios eventos*. Pero, ¿cuándo habrá unidad o pluralidad de la acción? El criterio de la unidad o pluralidad depende de la conexión temporal entre acción y evento. Dada la hipótesis de una pluralidad de eventos, puede ocurrir que la acción preceda a cada uno de los eventos, o que después de la producción de un evento prosiga o se renueve la acción para producir otro de ellos: en el primer caso decíamos que hay una sola acción, en el segundo que hay varias acciones. Se habla, pues, de pluralidad de acciones además de pluralidad de eventos *cuando la acción es cronológicamente entrecortada por los eventos, que la dividen en otros tantos sectores*; por tanto, si el ladrón sustrae con un solo manotazo dos joyas distintas, el caso, como ya dijimos, debe considerarse *sub specie* de la acumulación; pero si, para sustraer dos joyas, en lugar de un solo manotazo, repite éste, la hipótesis es de hurto continuado. El criterio, así propuesto, de la *intersección de la acción* (mediante uno o varios eventos) ha sido varias veces intuído por la doctrina penal, pero casi siempre construído con fórmulas aproximativas, como son las de la *discontinuidad* o la de la *interrupción*, en que se sobreentiende, pero no se aclara, la aproximación de la acción y del evento en el tiempo, característica de la continuación; por lo que a cada acción sigue su evento y a éste, a su vez, se agrega una nueva acción con un nuevo evento, y así sucesivamente. Por eso, si  $a+e^n$  es la fórmula algebraica de la acumulación, la fórmula de la continuación no sería  $a^n+e^n$ , sino  $(a+e)^n$ . En este aspecto, si no me equivoco,

se resuelve la duda relativa a la simplicidad o complejidad del delito de injuria o de golpes cuando alguien prorrumpe contra otro en lo que suele llamarse una descarga de insolencias o de puñetazos; la inmediata prosecución de las palabras o de los choques excluye en tal caso la posibilidad de aquella interferencia del evento entre acción y acción que permite, distinguiendo una acción de otra, configurar la continuación en el delito.

De la fórmula así expuesta resulta, en primer lugar, que la continuación se resuelve, a diferencia del delito compuesto, en una pluralidad de delitos, pues *cada pareja de acción y evento es un delito por sí*: cuando la acción, aun siendo discontinua, no está entrecortada por el acaecer del evento punible, que sigue, en cambio, a la suma de las acciones, no tiene lugar el delito continuado: si Ticio, en varias ocasiones sucesivas, quita a Cayo diversas cosas muebles, el hurto es continuado; pero si le suministra en varias veces pequeñas dosis de veneno, el homicidio, intentado o consumado, nada tiene de común con el delito continuado.

Por tanto, que la continuación se resuelva en una intersección de eventos o, en otras palabras, en una alternativa sucesión de acciones y de eventos, deja fácilmente entrever la diferencia en lugar de la incompatibilidad entre *continuación* y *permanencia* del delito. En efecto, la permanencia supone la coincidencia en la duración entre acción y evento, por lo cual la acción no puede cesar sin que desaparezca el evento. La continuación supone, en cambio, un cesar y un reanudarse la acción, en forma que produzca una pluralidad de eventos separados y sucesivos. La permanencia del delito es así no tanto algo diverso, cuanto contrario de la continuación: el delito permanente es (naturalmente) *único*, el delito continuado es (jurídicamente) *unificado*; por tanto, donde hay permanencia no puede haber continuación, ni el delito permanente puede nunca ser delito continuado.

Es indiferente que entre cada una de las parejas de acción y evento cuya secuela constituye la continuación, haya, o no, un *intervalo vacío* o, en términos más correctos, una *interrupción*, la cual se da cuando la actividad del agente se dedica a fines extraños al delito: el hurto es continuado tanto si el ladrón sustrae una cosa tras otra, ininterrumpidamente, como si interrumpe, por el contrario, la secuela de las acciones y vuelve después a la actividad criminosa. Esta indiferencia de la interrupción la expresa la ley con el inciso "aun en tiempos diversos" (art. 81<sup>2</sup>), que, tomado a la letra, es excesivo; ya que, teniendo que entrecruzarse — como hemos dicho — las acciones con los eventos, para que haya continuación, la distancia cronológica entre acción y acción es inmanente o esencial al delito continuado. La fórmula exacta sería, en cambio: "con varias acciones u omisiones ejecutivas de un mismo designio, aunque interrumpido por acciones diversas".

Lo que, no obstante la pluralidad de las acciones además de los eventos, unifica el delito, es la *unidad del fin*; por tanto, también la

figura de la continuación es uno de los datos en que se muestra la importancia jurídica del fin; y uno de los beneficios obtenidos mediante la distinción del momento económico respecto del momento psicológico del delito está ciertamente en la simplificación del concepto del delito continuado. En lugar de *fin*, la ley dice “designio criminoso”; la palabra designio alude, no tanto al fin en sí, cuanto al *fin verificado*, por lo que el designio comprende la coordinación de los medios con ese mismo fin; pero la fuerza unificadora está, como cualquiera lo ve, en el fin, que es adonde convergen las acciones sucesivas. Aquí, para juzgar de la unidad del fin, aprovecha la exactitud de su noción, la cual se refiere al interés y, por medio de él, a la necesidad; por tanto, la investigación del momento económico del delito, más y mejor que la del momento psicológico, es la que decide respecto de la diagnosis de la continuación. Cuando un mismo interés engendra la multiplicidad de las acciones, se debe reconocer la continuación. Por eso, mientras la unificación de varios delitos en la acumulación tiene una *razón física*, que está en la *unidad de la acción*, la unificación de varios delitos en la continuación se debe a una *razón económica*, concretada en la *unidad del fin*.

Naturalmente, a la unidad del fin no puede menos de corresponder la homogeneidad de los eventos, lo cual expresa la ley hablando de “varias violaciones de la misma disposición de ley”. Si las violaciones fuesen diversas, o sea, penalmente diversos los eventos, no podrían responder a un fin idéntico, por lo que faltaría el presupuesto del delito continuado. La noción de la continuación corresponde, por consiguiente, no ya a la acumulación en general, sino a la especie de ella que llamamos acumulación homogénea.

La diferencia entre la acumulación homogénea y la continuación merece ser meditada dentro de la teoría general; aunque en este plano de los estudios, para la sistematización de las combinaciones de los actos jurídicos se hayan logrado resultados de algún valor, es probable que una atenta observación de los fenómenos del derecho penal sobre el tema del delito pueda contribuir a llevar más adelante aún ese trabajo. En particular, la observación debe dirigirse sobre la distinción entre acto *acumulativo* y acto *continuado*. Ciertamente que, pese a la analogía y hasta a la correlación que ya hemos destacado entre las combinaciones estáticas y las combinaciones dinámicas de los objetos jurídicos, o sea, entre las *combinaciones de las cosas* y las *combinaciones de los actos*, debe reconocerse a estas últimas una mayor riqueza de formas en comparación con las primeras: en efecto, si se contraponen los *actos colectivos* a los *actos compuestos* como las *cosas colectivas* a las *cosas compuestas*, los actos colectivos presentan variedades desconocidas en el campo de las cosas; lo cual, dada la mayor complejidad de la dinámica respecto de la estática, responde al orden de la naturaleza. Ahora bien, si, en el punto a que ha llegado la teoría general, los actos colectivos se distinguen ya en *actos continuados* y

*actos concursales*, el profundizado estudio del derecho penal debería sugerir que esa división bipartita se sustituyera con una tripartita, agregando a las dos especies ya conocidas los *actos acumulativos*. En particular, la comparación de los actos acumulativos con los actos continuados permite aclarar mejor su noción, y al mismo tiempo contemplar la armonía del sistema. Ciertamente, el *quid novi* del acto complejo está en su posibilidad de descomposición en otros actos, cada uno de los cuales tiene eficacia diferente de la del acto en que se combina. Entre las dos especies principales del acto complejo, acto compuesto y acto colectivo, la diferencia está en la pérdida o conservación de la individualidad jurídica de cada uno de los actos singulares en virtud de la combinación: entrando a formar el acto compuesto, el singular se hace parte y deja de ser un acto jurídico autónomo. No ocurre así, en cambio, respecto de la combinación en el acto colectivo, del cual el ser parte no excluye en el acto singular que sea un acto jurídico autónomo. La posibilidad de la coexistencia de una doble naturaleza del acto singular, como acto por sí y como parte del acto colectivo, se debe a que uno de sus momentos es común con los otros actos reunidos en la combinación; la figura de todos los actos colectivos se resuelve, por tanto, en una ramificación de un tronco único. Precisamente, según el diverso momento común, se distinguen el acto acumulativo, el acto concursal y el acto continuado. Limitando la división del acto colectivo al acto continuado y al acto concursal, en un anterior intento de sistematización, había observado yo la diferencia entre el momento *económico* y el momento *físico* como momento común, o sea, como factor de unificación; pero no había percibido la distinción entre las dos fases del momento físico, acción y evento y, por tanto, no advertí que lo común del momento físico se puede referir a una u otra de ellas. Si se toma en cuenta esta distinción, a la noción del acto *concursal* hay que agregar la del acto *acumulativo*. Ahora bien, haber integrado con el acto acumulativo el sistema de los actos colectivos permite entender mejor su orden y colocar, por tanto, en su justo lugar el acto *continuado*. Reconocida la precedencia, en el desarrollo del acto, del momento económico sobre el momento físico, se diría que el acto continuado debe preceder a su vez al acto acumulativo y al acto concursal; pero, como ya lo he hecho notar, si el momento común del acto acumulativo es la acción, la unidad de ésta no puede menos que implicar la unidad del fin; por lo que es ésta, entre las especies del acto colectivo, la más sólidamente unificada por ser doble el momento común, fin y acción. Lógicamente sigue el acto continuado, en el cual el momento común consiste en el fin. Viene, en último lugar, el acto concursal, cuya unidad sólo se debe a la comunidad (física) del evento; pero eso debe decirse sólo de la especie más simple del concurso, que veremos es el concurso fortuito; mientras que, si a la unidad del evento corresponde la intención de los agentes, resulta de ello una unificación del delito colectivo, que lo aproxima más que ningún otro al delito compuesto.

225. *Independencia de los delitos en continuación.* — Como es propio de todo acto colectivo, según la teoría general, cada uno de los actos singulares, para comprenderse en el acto continuado, debe ser jurídicamente eficaz; el carácter del acto colectivo está precisamente en que cada una de sus partes es un acto jurídico autónomo; por tanto, *un acto, o sea una pareja de acción y evento, no participa en el delito continuado sino en cuanto concurren todos los requisitos de la punibilidad, la cual debe valorarse respecto de él en su singularidad.*

Este principio no sólo vale en cuanto a los *requisitos stricto sensu*, sino también en cuanto a las *circunstancias* y a las *condiciones*.

En cuanto a las circunstancias, quiere decir que cada acto singular se valora según las circunstancias propias, tanto impeditivas, agravantes o atenuantes, como determinativas; y las circunstancias, cualquiera que sea la categoría a que pertenezcan, no se comunican de un acto a otro. Por ejemplo, si de los varios actos que concurren a formar un hurto continuado, sólo algunos se cometen en las circunstancias de tiempo, de lugar o de persona previstas por el art. 61, n. 4, la agravación de pena que de ello deriva obra para la determinación de la pena de ese delito singular, a los fines del art. 81<sup>3</sup>, no para la determinación de la pena total; en otras palabras, existen circunstancias impeditivas, agravantes, atenuantes o determinativas de los delitos singulares, no del delito continuado. Esta verdad la reconoce la ley en el último inciso del art. 81<sup>2</sup>, donde se admite la continuación aunque “varias violaciones de la misma disposición de ley” sean “de diversa gravedad”. La gravedad de las violaciones singulares debe valorarse, pues, de una en una; en orden, precisamente, a la hipótesis en que sea diversa la gravedad, el art. 81<sup>3</sup> calcula el aumento, del que hablaremos en el punto siguiente, sobre la “pena que debería infligirse por la más grave de las violaciones cometidas”. Es obvio que no hay razón alguna para derogar esta regla en cuanto a la agravante prevista por el art. 61, n. 7, o a la correlativa atenuante del art. 62, n. 4; la entidad del daño patrimonial, a los fines de la aplicación de estas normas, debe valorarse, por tanto, según los criterios ya conocidos, en orden a cada uno de los delitos singulares, no en orden al delito... global.

La misma regla se aplica en cuanto a las condiciones, cualquiera que sea la categoría a que pertenezcan. Más sería aún que respecto del delito acumulativo surge respecto del delito continuado la duda acerca de las condiciones resolutorias o modificativas que obran en razón de la medida de la pena y, por tanto, de la gravedad del delito. Por consiguiente, entre otras cosas, acerca de la amnistía (cuando sea concedida con referencia no al título del delito, sino a la cantidad de la pena legal), en el sentido de que se aplica a los delitos singulares; en continuación o al delito continuado, o sea, que la pena cuya aplicación ha de considerarse sea la pena determinada por “la más

grave de las violaciones cometidas" o, por el contrario, la pena aumentada en virtud de la continuación; por un lado, en efecto, la unificación del delito continuado es puesta de relieve por la ley con una fórmula más enérgica aún que la empleada respecto del delito acumulativo; ya que, si en los arts. 71 y sigtes. se habla de "pena única", en el art. 81<sup>3</sup> se dice que "las diversas violaciones se consideran como un solo delito"; y, por el otro lado, el art. 151<sup>2</sup>, del Cód. pen., que resuelve la duda en cuanto a la amnistía, limita su norma al concurso (o sea, a la acumulación), de la que es diversa la continuación. No obstante, reflexionando que, en el sistema de la ley, el tratamiento de la continuación es más favorable que el de la acumulación, de ello se saca la razón por la cual se aplica por analogía el art. 151<sup>2</sup> a cualquier otra condición resolutoria o modificativa que obre dependientemente de la gravedad del delito, se extiende así de la hipótesis de la acumulación a la de la continuación. En particular, pues, la amnistía obra sobre todos los delitos singulares en continuación, no sobre el delito continuado; y, por tanto, si en la amnistía se comprende cada uno de los delitos singulares, aunque el delito continuado exceda de ella, habida cuenta del aumento de pena dispuesto por el art. 81<sup>2</sup>, al extinguirse los delitos singulares desaparece la posibilidad de que se combinen.

226. *Eficacia jurídica de la continuación.*— En comparación con la acumulación propia homogénea, la continuación es tratada por la ley con mucha menor severidad. En efecto, mientras que si varias violaciones de la misma disposición de ley derivan de una sola acción se acumulan, salvo los límites impuestos por los arts. 78 y 79 del Cód. pen., las penas establecidas por la ley para cada una de ellas, en cambio, cuando a la pluralidad de las violaciones corresponde una pluralidad de acciones, se aplica "la pena que debería infligirse por la más grave de las violaciones cometidas, aumentada hasta el triplo": esto quiere decir que si, por ejemplo, roba uno de una sola vez diez joyas y por cada uno de los eventos considera procedente el juez la pena de un año de reclusión, le debe infligir diez años; y, en cambio, si las roba en diez veces consecutivas, no se puede pasar de tres años de reclusión. Contra esta patente injusticia no se puede oponer que la continuación supone la identidad del "designio criminoso", a la que precisamente se debe la pena menor, pues, esa identidad se verifica en la acumulación propia homogénea, ya que el fin se implica manifiestamente en la acción y, por tanto, no puede menos de corresponder a la identidad de la acción, de la que derivan varios eventos homogéneos, la identidad del fin. Por eso, la misma razón que induce a excluir respecto del delito continuado la acumulación de las penas, se da también respecto del delito homogéneo acumulativo. Quien compare, por tanto, el art. 81 del Código Rocco con el art. 79 del Código ZANARDELLI, donde se diseñaba la hipótesis de la continuación con muy distinta fórmula, de manera que comprendía también la acumulación

propia homogénea, sin exigirse en modo alguno la pluralidad de las acciones, tendrá que convenir, en que, en este aspecto, la reforma ha empeorado gravemente el derecho penal italiano.

Es verdad que, según los trabajos preparatorios del Código Rocco, no se podría aplicar, a la hipótesis imaginada del hurto simultáneo de diez joyas, el primer apartado del art. 81, por leerse en el informe del Guardasellos que no pueden “concebirse como delitos concurrentes de lesión, por ejemplo, las repetidas cuchilladas inferidas en el mismo ataque a la misma persona, con intención única de lesionar; o constituir distintos delitos de hurto el arrancar del árbol varios frutos, así como cualquier otra simultánea sustracción de varios objetos por parte del ladrón”. Pero precisamente este pasaje muestra que, por defecto de claridad en las nociones prejurídicas de *acto* y de *acción*, los constructores de la ley no lograron diseñar claramente la figura de la acumulación propia homogénea; es verdad que varias cuchilladas clavadas sin interrupción sobre la misma persona no constituyen acumulación, como hemos dicho en la sección anterior; porque el evento (lesión) es uno solo y es única la misma acción, sin que pueda descomponerse en cuanto precede enteramente al evento. Es verdad asimismo que el “arrancar del árbol varios frutos” no es determinar varios eventos, ya que los frutos son cosas genéricas que se unifican en el montón (cantidad); pero cuando en lugar de un *genus*, la *res furtiva* consiste en una *species* (por ejemplo, una joya o un cuadro de autor famoso), la conclusión debe ser diferente; y el tratar con la misma medida “cualquier simultánea sustracción de objetos por parte del ladrón”, muestra que el legislador no ha logrado desatar el nudo del problema.

La incongruencia es tan grave, que ha provocado, en la práctica y hasta en la teoría, soluciones abiertamente contrarias a la ley, las cuales, aunque inaceptables, constituyen un síntoma del malestar creado por la injusticia del art. 81: mientras alguien ha osado sostener que en la regla de la continuación se comprende también la acumulación propia homogénea (lo cual debiera ser, pero no puede ser desgraciadamente según el Código vigente); en la práctica, como hemos dicho, y también en la teoría, en la mayoría de los casos la acumulación propia homogénea, se desconoce tranquilamente y se consideran como delito simple genuinas figuras de delito acumulativo (en particular, el hurto de varias cosas, aunque en rigor no puedan unificarse en una sola cosa); y, por tanto, más o menos conscientemente, se busca un remedio contra la incongruencia de la ley.



## SECCIÓN TERCERA

## Del concurso de delitos

227. *Concurso en el delito.* — Ya hemos dicho en qué es diferente la fórmula del concurso de las de la acumulación y continuación: en lugar de una acción con varios eventos ( $a + e^n$ ), o de varios eventos con varias acciones ( $a^n + e$ ), es un solo evento con varias acciones ( $a^n + e$ ).

Ya hemos hecho observar que a una pluralidad de acciones no puede menos que corresponder una unidad de evento sino en cuanto la pluralidad de acciones se resuelva en pluralidad de agentes; mientras el agente es uno solo, de varias acciones no puede derivar un solo evento. La verdad es que, siendo la acción participación de la persona en la causa de un evento, la medida de la acción no puede dejar de depender de la medida del evento. En otras palabras, todo lo que una persona hace para ocasionar un evento constituye respecto de ese evento su acción; por lo cual resulta ilógica la hipótesis de que un solo evento sea ocasionado por varias acciones de una misma persona. Por eso, la figura del delito concursal es esencialmente pluripersonal, y al delito concursal pueden contraponerse el delito acumulativo o el delito continuado como delitos colectivos *unipersonales*.

Sólo porque a todas las especies de combinación de delitos en un delito colectivo da la ley el nombre de *concurso* (cfr. arts. 71 y sigtes.), el concurso verdadero y propio se distingue de las otras tantas especies como concurso pluripersonal o concurso de (varias) personas en el delito; cuando, en lugar de concurso, la primera especie de esa combinación se llame *acumulación*, para denominar la otra, regulada en el capítulo tercero del título tercero del libro primero del código, no hay ya necesidad del predicado.

228. *Concurso propio o concurso impropio en el delito.* — La hipótesis de una pluralidad de acciones y, por tanto, de agentes con unidad de evento se desdobra según que se den en varias o en una sola de las acciones los requisitos de que depende su punibilidad. De la segunda de esas hipótesis encontramos un ejemplo en el art. 46 y otro en el art. 111 del Cód. pen.; tanto si una persona se ve constreñida a matar del modo previsto por el art. 46 como si se determinó a un incapaz a que matara, no se puede negar una pluralidad de acciones que determinan el mismo evento; pero a esa pluralidad no corresponde un concurso en el delito, el cual, como veremos mejor, se resuelve no tanto en una pluralidad de acciones cuanto en una pluralidad de acciones penalmente ilícitas.

Por tanto, cuando de varias acciones concurrentes a la producción del evento punible una sola esté dotada de los requisitos de pu-

nibilidad, si se quiere hablar de concurso, hay que distinguirlo por lo menos del otro tipo de concurso, con el nombre de *concurso impropio*.

229. *El problema del concurso en el delito.*— Por consiguiente, si el delito concursal es un delito con pluralidad de agentes, su problema es en cierto modo inverso al que se plantea respecto de la acumulación y de la continuación de delitos: cuando una acción se resuelve en varios eventos, o sea una causa en varios efectos, el problema es el de establecer cómo a varios daños prohibidos pueda corresponder una sola pena. En cambio, cuando varias causas dan lugar a un solo efecto, cuando varias acciones no engendran más que un evento, el problema se invierte, tratándose de saber si un solo evento puede merecer, y hasta qué punto, más de una pena: si por un hombre matado prescribe el art. 575 un máximo de veinticuatro años de reclusión, cuando hubieren participado en la muerte dos agentes, el problema está, ante todo, en si se puede, y cómo, por ese homicidio infligir cuarenta y ocho años, o sea, veinticuatro para cada uno de los matadores.

Pero así el problema está apenas planteado, ya que lo problemático del concurso va más allá: para que la pena sea adecuada no sólo al evento, sino también a la acción, se trata efectivamente de saber también si, por el hecho de haber concurrido con la acción de otro, en lugar de haberlo ocasionado por sí solo cada uno o alguno de los agentes puede ser castigado cuando, de haberlo ocasionado por sí sólo, no hubiera sido castigado o viceversa; o pueda ser más o menos castigado de lo que sería castigado si lo hubiese ocasionado él solo.

El primer aspecto del problema atañe a la *resolución del delito concursal en varios delitos concurrentes*; el segundo, a la *combinación de los delitos concurrentes en el delito concursal*.

230. *Pluralidad de delitos concurrentes.*— El art. 110 del Cód. pen. dispone que, “cuando varias personas concurren en el mismo delito, cada una de ellas está sujeta a la pena establecida por él...”. Esta norma es obvia; pues, aunque la pena se subordine al evento punible y se calcule por él, retribuye la acción que determinó el evento; porque, si al único evento corresponden varias acciones, es justo que a varias acciones correspondan varias penas.

Ahora bien, según el principio, afirmado ya tantas veces en el curso de estas lecciones, de la indisoluble correlación lógica entre el delito y la pena, de esa norma deriva el que verdaderamente el delito concursal se resuelva en una pluralidad de delitos conexos entre sí por el único evento, razón por la cual el concurso de personas o, lo que viene a ser lo mismo, el concurso de acciones en el delito, es verdaderamente un *concurso de delitos*. La coexistencia en el delito concursal de la unidad y de la pluralidad, lo cual constituye el interés y la dificultad de su figura, es un dato común a todos los actos jurídicos concursales y, por otra parte, a todos los delitos colectivos; lo

cual se aclara mediante el concepto de la *universitas*, de actos o de cosas, que la ciencia del derecho, en campos diversos del penal, ha puesto ya de manifiesto: como dos o más delitos se fundan en un solo delito sin que cada uno de ellos pierda su individualidad cuando el delito es concursal, lo mismo ocurre con dos o más negocios jurídicos que constituyan, por ejemplo, una deliberación colegiada, un compromiso, una venta; y su fusión no tiene nada de ficticio o de puramente ideal, del mismo modo que es verdadera y real tanto la unidad de una asamblea o de un rebaño como la existencia de cada uno de los hombres o de los animales congregados. Por lo demás, el proceso de la combinación de los actos singulares en el acto complejo es diverso y hasta inverso entre el delito (o el acto) concursal y el delito (o el acto) continuado o acumulativo: aquí se unifica una pluralidad de eventos; allí se fracciona una unidad de ellos; el proceso es, recíprocamente, de simple a múltiple o de múltiple a simple.

Que fundiéndose o combinándose en el delito único concursal cada uno de los delitos concurrentes conserve su individualidad, significa que *cada uno existe en cuanto se den, respecto de él, los requisitos de la punibilidad del daño*: así, por ejemplo, si uno de los coagentes no es imputable, se debe excluir respecto de él el delito (cfr. art. 111, Cód. pen.) e igualmente si su acción no se encuentra con el evento en la relación de concausalidad eficiente que sabemos necesaria para la punibilidad según el art. 40<sup>1</sup> del Cód. penal.

El principio de la pluralidad de los delitos concurrentes tiene aún este otro alcance, que no sólo cada uno de ellos existe en cuanto concurren en él los requisitos por los cuales es punible un evento, sino que también *existe en la medida, o sea en la gravedad, que depende de las circunstancias que en él intervienen*: no hay duda, por ejemplo, de que si uno de los concurrentes, en lugar de no ser imputable fuese semiimputable, su delito debería considerarse diferente y ser diferentemente castigado que el del otro o el de los otros agentes, en comparación de los cuales no se dé esa atenuante. Esta observación no se refiere sólo a las circunstancias atenuantes o agravantes, sino también a las circunstancias determinativas; por lo que la gravedad del delito debe establecerse respecto de cada uno de los concurrentes de acuerdo al art. 133 del Cód. penal.

**231. Concurso fortuito.**— Con el principio de la pluralidad de los delitos concurrentes se agota el problema del concurso en su hipótesis mínima, *la cual sólo supone la relación concausal de las varias acciones respecto del evento*. Esta hipótesis está prevista por el art. 41, donde, después de decir que “el concurso de causas preexistentes, o simultáneas, o sobrevenidas, aunque independientes de la acción u omisión del culpable, no excluye la relación de causalidad entre la acción u omisión y el evento” (art. 41<sup>1</sup>), agrega el legislador que esta norma se aplica “aunque la causa preexistente o simultánea o sobre-

venida consista en el hecho ilícito ajeno" (art. 41<sup>3</sup>); si el evento es punible, no hay duda de que esta fórmula se refiere a un concurso de agentes en la determinación de él.

Cuando sólo exista la relación de concausalidad entre las diversas acciones y, por tanto, si a esa relación no se refiere en absoluto la intención de alguno de los agentes, considero que se debe designar el concurso con la fórmula del *concurso fortuito*, cuyo régimen se limita, precisamente, a la norma estatuida en la primera parte del art. 110 del Cód. penal. Si los delitos concurrentes son dolosos, la hipótesis del concurso fortuito se puede considerar sumamente rara: supongamos que dos agresores, sin saber nada el uno del otro, disparan al mismo tiempo contra la víctima y cada uno de ellos le ocasiona una herida mortal. Más frecuente se puede considerar esta figura en materia de delitos culposos; ciertamente menos alejada de la realidad es la hipótesis de que, mientras negligentemente el encargado de un armario de farmacia deja abierto el lugar donde se guardan los venenos, un enfermero, con la misma negligencia, confunda un frasco de veneno por otro del que debía suministrar al enfermo, cooperando de este modo ambos en la determinación de su muerte.

232. *Concurso intencional*. — Si, de este modo, la relación concausal entre las diversas acciones puede no comprenderse en la intención de cada uno de los agentes, es posible, sin embargo, también la hipótesis inversa; por lo que, junto a la figura del concurso fortuito, se plantea como objeto de estudio la otra que se designa con el nombre de *concurso intencional*. Desgraciadamente, por no haberse sometido aún el concurso en el delito (y, por reflejo, en el acto) a una indagación verdaderamente sistemática, esta distinción no aparece de las normas de la ley; aunque, como veremos, los arts. 110 y sigtes. estén dictados precisamente para regular el concurso intencional, el Código penal no habla del requisito de la intención, en lo que está, sin duda, un notable defecto de su factura.

A fin de aclarar este tema, sumamente complejo y delicado, póngase atención en que el unirse, o mejor el combinarse, con la acción de un agente la acción de otro, como concausa del mismo evento, es a su vez un evento que, como cualquier otro, y en particular como el evento del delito, puede ser previsto y deliberado; o sea, objeto de la intención. En efecto, esa unión sobreviene en un cierto punto del ciclo del hecho; por lo que, si se detiene la observación en ese punto, en él consiste el evento; por eso, decíamos, también respecto de él debe estudiarse el momento intencional. Compárese, por ejemplo, el caso recientemente imaginado de dos agresores cada uno de los cuales, sin saber nada del otro, hiere mortalmente a la víctima, con el caso de que obren, en cambio, de acuerdo. El parangón muestra que en el segundo caso existe algo más que en el primero; o sea, que no sólo cada una de las acciones es concausa eficiente del evento y

cada uno de los agentes lo ha previsto y deliberado, sino que han previsto y deliberado también esa relación concausal, en lo cual está lo que propongo se llame la *intención del concurso*.

Cuando el concurso es, pues, intencional, junto a la intención del delito debe existir en cada uno o en alguno de los concurrentes la *intención del concurso*. No es ni quiere ser ésta una novedad; pero lo que debe ser bien entendido, en primer lugar, es que cabe concurso aun sin esa intención, y es el *concurso fortuito*; y en segundo lugar, que el problema de la intención del concurso no es de ningún modo diferente del problema de la intención del delito.

La hipótesis más frecuente de la intención del concurso es lo que se llama el *acuerdo para cometer el delito* o, simplemente, *acuerdo del delito*, que se resuelve en la *previsión y deliberación del concurso por parte de cada uno de los concurrentes*; pero un poco de atención lleva inmediatamente a advertir que no tanto la previsión cuanto la deliberación del concurso se puede tener por parte de alguno solamente, y no por parte de todos y cada uno de los concurrentes: entre el caso en que los dos agresores actúen sin saber nada del otro y el caso en que obren de acuerdo, está el intermedio en que uno sepa del otro, pero no éste de aquél. Supóngase, por ejemplo, que uno, sabiendo que voy en busca de un enemigo mío para matarlo, me procure el encuentro con él, en el cual realizo mi propósito. De esta observación resulta que la *intención del concurso* puede ser tanto *bilateral* o, mejor, *recíproca* como *unilateral* o, mejor, *simple*; o, en otras palabras, que, como cualquier otro requisito del delito, debe valorarse respecto de cada uno de los co-agentes.

Los ejemplos hasta ahora presentados son de una intención del concurso que comprende no sólo su previsión, sino, después de ella, su deliberación; pero, siguiendo con la reflexión, se advierte también que esa intención, como la de cualquier otro evento, y en particular la del delito, puede ser diferente y menos grave. Utilicemos todavía el ejemplo del veneno aducido alguna página antes: el encargado del armario puede dejar abierto deliberadamente el cajón de los venenos, contando con la negligencia del enfermero, en cuyo caso aquél habría no sólo previsto, sino deliberado el concurso; puede dejarlo, en cambio, abierto previendo que el enfermero extraerá de él el veneno en lugar de la medicina inocua, pero sin deliberar ese evento; puede, por último, dejarlo abierto sin prever lo que pueda ocurrir con ocasión de un error, y éste a su vez puede ser excusable o no. Esta serie de ejemplos muestra que tanto la intención del concurso como la intención del delito presentan las variedades que se conocen ya con los nombres del *dolo*, de la *culpa con previsión* y de la *culpa sin previsión*.

Puede darse, por tanto, concurso intencional no sólo *sin acuerdo*, sino también hasta *sin dolo del concurso*; en otras palabras, *sub specie* de la intención, puede ser el concurso *concertado* o *no concertado*, *doloso* o *culposo*.

233. *Concurso entre delitos dolosos y delitos culposos.*— Un poco de reflexión más muestra al alumno que *si la intención del delito puede darse sin intención del concurso, la intención del concurso implica, en cambio, la intención del delito.*

Esto quiere decir, en primer lugar, que *no se puede admitir concurso concertado, sino entre delitos dolosos*; en efecto, si la intención del concurso comprende en la intención la concausalidad de las diversas acciones respecto del mismo evento, esa concurrencia no puede ser deliberada sin que se delibere a la vez el evento mismo.

Precisamente porque en la observación empírica entre las diversas figuras del concurso, la del concurso concertado ocupa la primacía, al extremo de dejar a las demás en la penumbra, el concurso parece que debe limitarse a los delitos dolosos; pero no es así, y constituye un mérito del Código penal el haber previsto expresamente *su posibilidad también respecto de los delitos culposos* (art. 113), posibilidad que no sólo se refiere al concurso en general, sino también al concurso intencional.

*Por lo demás, entre delitos culposos, el concurso intencional sólo es posible con la figura del concurso culposo*, o sea, en cuanto la intención del concurso tenga el carácter de la culpa o, en otras palabras, en cuanto el concurso no sea deliberado; tomando de nuevo el ejemplo que hace poco nos ha servido, si el encargado del armario farmacéutico prevé que dejándolo sin custodia podrá ser abierto por otro, no se puede negar que el concurso de su acción con la del enfermero, que extrae equivocadamente de él un veneno en lugar de la medicina inocua, sea intencional; pero su intención no excede del grado de la culpa con previsión. Más fácil es aún la diagnosis, en este sentido, de la hipótesis en que no hubiera previsto su apertura, pero debiera haberlo hecho.

En cambio, si la intención del concurso es dolosa en alguno de los concurrentes pero no hubo acuerdo, se puede considerar *concurso intencional entre delito culposo y delito doloso*; puesto que, como hemos advertido, la intención del concurso implica la intención del delito; éste, por lo que hace a aquel de los concurrentes respecto del cual es deliberado el concurso, no puede menos de ser doloso, pero puede, en cambio, ser culposo respecto de los demás: vuélvase a meditar la hipótesis del concurso entre el encargado del armario farmacéutico que lo ha dejado deliberadamente sin custodia contando con la negligencia del enfermero, que es un notable ejemplo, precisamente, de concurso en homicidio doloso y culposo.

El concurso intencional puede darse, por tanto, lo mismo entre delitos culposos y delitos culposos que entre delitos dolosos y delitos dolosos, así como, finalmente, entre delitos dolosos y delitos culposos. En la primera hipótesis no puede haber más que concurso culposo, y en la segunda no puede haber más que concurso doloso; cuando la intención del concurso respecto de alguno solamente de los concurrentes sea do-

iosa y respecto de los demás lo sea culposa, concurren necesariamente delitos culposos con delitos dolosos.

234. *Problema del concurso intencional.* — De las meditaciones hasta aquí hechas acerca del delito concursal surge una verdad que el Código penal tiene el defecto de haber dejado en la oscuridad: una cosa es el problema del concurso fortuito y otra el del concurso intencional. Cuando entre los delitos concurrentes no media otro vínculo que el vínculo físico, o sea, la relación concausal entre las diversas acciones respecto del mismo evento, se resuelve el problema con el principio de la *pluralidad independiente de los delitos concurrentes*; pero, en cambio, si la concausalidad entra en la intención de todos los concurrentes o de alguno de ellos, por lo que el vínculo entre los delitos concurrentes comprende el momento psíquico, cualquiera comprende que se complica el problema, en cuanto *puede ser justo poner a cargo del concurrente que ha tenido la intención del concurso una responsabilidad diferente de aquella a que se limitaría si su acción fuese aislada*. Por eso, el problema del concurso intencional se resuelve sustituyendo el principio de la *pluralidad independiente* por el principio de la *pluralidad interdependiente de los delitos singulares combinados en el delito concursal*.

Uno de los más graves defectos del Código penal me parece precisamente que consiste en no haber aludido, en el capítulo tercero del título cuarto del libro primero, donde se disciplina el “concurso del delito”, a la diferencia entre el régimen del concurso fortuito y el del concurso intencional. La verdad es que, probablemente, la intención del concurso, aunque se la había sometido a una verdadera infinidad de investigaciones, no era aún, cuando se formó el código, bien conocida; sin embargo, aun en la fórmula imperfecta de la *scientia maleficii*, que sólo descubre su elemento lógico, dejando en la oscuridad el elemento moral, su existencia era conocida de los juristas que colaboraron en el código. Bastaba, pues, reflexionar que aun sin esa *scientia* se puede dar el concurso y ello plantea su problema, si bien mucho menos complicado que el que se presenta cuando existe la *scientia*, para que, aunque no fuese más que por eso, debiera el texto fundamental del art. 110 ser muy distinto de como se lee en el código. Lo cierto es que en cuanto el art. 110 somete el concurso a las “disposiciones de los artículos siguientes”, que, como vamos a ver ahora mejor, se refieren a la *interdependencia entre los delitos concurrentes*, no se prevé en ese capítulo del código otro concurso que el intencional; lo cual resulta, por lo demás, de los precedentes legislativos, donde se considera la *scientia maleficii* como requisito indefectible del concurso. Pero ahí está el error; pues el concurso puede ante todo ser fortuito, y también del concurso fortuito es necesario establecer el régimen que, en cuanto se resuelve, como vimos, en el principio de la *pluralidad independiente de los delitos concurrentes*, es propiamente el delineado en la primera

parte del art. 110, exclusión hecha de la última proposición. En una completa reconstrucción lógica de la institución, el art. 110 debería, pues, separar su primera parte de la segunda; en la primera debería decir que, cuando varias personas concurren en el mismo delito (o mejor, cuando varias acciones ocasionan el mismo evento), cada una de ellas está sujeta a la pena establecida por él (o mejor, cada acción se considera como un delito autónomo); y en la segunda parte, que, si cada una o alguna de ellas ha tenido intención de concurrir a la producción del evento, se aplican las disposiciones consiguientes a aquellas respecto de las cuales se verifica esa intención.

Es cierto, pues, dentro de la interpretación del código, que las “disposiciones siguientes” al art. 110 sólo se refieren al concurso intencional; pero se abre aquí la otra cuestión de si esa aplicación debe hacerse a cualquier especie de concurso con intención y, por tanto, lo mismo al concurso doloso que al concurso culposo, o solamente al primero de ellos. Sobre este tema, sumamente delicado, conviene distinguir el *ius conditum* [derecho establecido] del *ius condendum* [derecho por establecer]. Para la política legislativa, como se suele decir, no hay duda de que la construcción exacta del concepto de intención del concurso deba conducir a una diferente aplicación del principio de dependencia de los delitos concurrentes según las diversas hipótesis de esa intención: dolo, culpa con previsión o culpa sin previsión; y es ciertamente otro defecto del Código vigente el no haber advertido siquiera esta exigencia. En cambio, desde el punto de vista puramente exegético, aplicando el criterio de interpretación establecido por el art. 12 de las disposiciones generales de aplicación de la ley y, por tanto, buscando la intención del legislador, no se puede menos de tomar en consideración el concepto de la *scientia maleficii*, que, expresamente mencionado en los trabajos preparatorios, orientó ciertamente la construcción de este capítulo del código y se define en él como “conciencia de contribuir en alguna medida al hecho de otro”: se trata, pues, de establecer en esta fórmula el valor de la palabra “conciencia”, a cuyo fin debe naturalmente hacerse remisión al art. 42 del Cód. pen. Ahora bien, si, según la ley, hay conciencia del hecho también en el delito culposo, de cualquier especie y, por tanto, también en la culpa sin previsión, no sólo en la culpa con previsión, por lo que la conciencia se resuelve no ya sólo en haber previsto sino también en deber prever, de ello se infiere que todas las especies de intención del concurso se comprenden en la *scientia maleficii*; y, por tanto, que las disposiciones del capítulo tercero se aplican a cualquier especie de concurso intencional, doloso o culposo, excepción hecha de las que, por su especial contenido, deban limitarse, como veremos, al concurso doloso.

235. *Interdependencia de los delitos concurrentes en el concurso intencional.* — Establecido así que cuando el concurso es intencional puede cada delito concurrente ser diverso de como sería si estuviese ais-



ado, hipótesis en la cual consiste el principio de la *interdependencia de los delitos concurrentes*, es necesario estudiar el alcance de este principio o, en otras palabras, la medida en que el Código penal lo reconoce. Pues, por lo que nos consta, no se enfoca de ordinario en su plenitud el problema, razón por lo que los resultados obtenidos para su solución, tanto en el plano científico como en el legislativo, no son todavía satisfactorios, es éste un estudio verdaderamente difícil, y no me hago la ilusión de poder vencer aquí todas sus dificultades.

Como preliminar hago la observación de que la interdependencia de los delitos concurrentes se resuelve lógicamente en la *comunicación de algún requisito entre delito y delito por efecto del concurso*, en el sentido de que un requisito existente en uno y no en otro de los delitos concurrentes se considere existente también para el segundo. En cuanto se admita, o no, esa comunicación, se aplica el principio de la dependencia o el de la independencia.

El análisis deberá seguir, pues, el hilo de la clasificación de los requisitos; y, por tanto, dirigirse ante todo a los *requisitos en sentido estricto* o *requisitos constitutivos*, después a las *circunstancias* y, por último, a las *condiciones*. Entre esos requisitos (en sentido lato) se tratará, pues, de discernir cuáles sean y cuáles no sean idóneos para comunicarse del uno al otro de los delitos concurrentes.

236. *La imputabilidad en el concurso intencional*. — Acerca de la imputabilidad es cierto que, también en el concurso intencional, debe hacerse distinta valoración respecto de cada uno de los agentes, sin que ninguno de los delitos singulares experimente por ese requisito la influencia de los otros. Esta regla está ante todo implícita en el art. 111, donde se supone no tanto que alguno de los concurrentes no sea imputable cuanto que por ello no sea castigado. Además, en cuanto la imputabilidad actúe como circunstancia impeditiva, está establecida, en lugar de la imputabilidad como requisito constitutivo, por el art. 119<sup>1</sup>, que estatuye que “las circunstancias subjetivas que excluyen la pena respecto de algunos de los que hayan concurrido al delito, sólo atañen a las personas a que se refieren”; ahora bien, la imputabilidad es típica entre las circunstancias subjetivas (art. 70, Cód. pen.).

237. *La calificación en el concurso intencional*. — Al contrario de la imputabilidad, la calificación se comunica de uno a otro de los delitos concurrentes, pero sólo en cuanto sea calificación constitutiva o, a veces, agravante; mientras se excluye siempre la comunicación respecto de la calificación atenuante.

La hipótesis de que alguno de los concurrentes posea, y otro no, la calificación constitutiva, se desdobra según que sin esa calificación el evento no constituya delito alguno o constituya otro delito diverso; por ejemplo, si la mujer no está casada, su cita amorosa no es punible; en cambio, cuando quien se apropia del dinero ajeno no es

un funcionario público, comete un delito aunque no sea el previsto por el art. 314 del Cód. penal.

De estas dos hipótesis, sólo de la segunda se hace cargo la ley, disponiendo en el art. 117, que, "si por las condiciones o cualidades personales del culpable, o por las relaciones entre el culpable y el ofendido, cambia el título del delito respecto de alguno de los que a él han concurrido, también los otros responden del mismo delito". Un primer defecto de esta fórmula está en designar como "culpable" al sujeto de la relación calificante; mientras que, si los demás también "responden del mismo delito", son culpables también ellos. Manifiestamente, la ley debería decir "si por las condiciones o cualidades personales de alguno de los concurrentes, o por las relaciones entre él y el ofendido, cambia el título del delito..."; y no es esto una pedantería, puesto que con la palabra "culpable" pudiera hacer suponer la ley que la relación calificante deba existir respecto de aquel de los concurrentes que veremos se llama el *ejecutor*; mientras puede ocurrir que también su existencia respecto de un concurrente distinto haga que cambie el título del delito (por ejemplo, si el funcionario público, en lugar de ejecutar materialmente la sustracción del dinero encomendado a él a causa de su función, la hace ejecutar por un tercero, existe, sin embargo, el peculado). Así rectificadas, en los límites de la interpretación, dispone, pues, la fórmula que, si la calificación hace cambiar el título del delito, se comunica de uno a todos y cada uno de los demás concurrentes. Pero (y ésta es sin duda la observación más grave) queda fuera la hipótesis en que del defecto de calificación se siga no ya una diversa punibilidad, sino la no punibilidad del hecho. Si se toma a la letra el art. 117, no basta ciertamente para establecer la punibilidad, por ejemplo, de quien determine o ayude a una mujer a cometer adulterio (art. 559, Cód. pen.); que tal punibilidad esté, como suele decirse, pacíficamente admitida, sólo quiere decir que los intérpretes no se hacen cargo de las dificultades opuestas a su reconocimiento por el texto del art. 117 en relación con el art. 1 del Cód. pen. y con el art. 14 de las disposiciones generales legislativas. El hecho es que, como respecto de la persona distinta de la mujer que la persuade al adulterio y facilita su ejecución, no tanto cambia el título del delito con ocasión de la relación concurrente entre la ejecutora y el ofendido, cuanto se hace delito un hecho que en otra forma no lo sería, textualmente a esta hipótesis no se adapta el art. 117, y aparte esta norma no hay ninguna otra que consienta su castigo; no ciertamente el art. 110, donde el concurso de varias personas en el delito se supone pero no se define y, por tanto, se deja abierta la cuestión cuando se verifica el concurso, o sea cuando el hecho de cada una de las personas constituya un delito; por eso, al castigo de quien haya determinado o facilitado el adulterio no se llega sino extendiendo el art. 117 por analogía, lo cual está ciertamente prohibido por el art. 14 de las disposiciones generales legislativas. Este planteamiento, esta prueba de fuego para el problema, no tan-

to se hace para obtener que el concurso en el adulterio o en casos análogos (piénsese, para poner otro ejemplo, en quien determine o ayude al funcionario público a la omisión o negativa de actos del cargo, previstas por el art. 328 del Cód. pen.) no se castigue, a lo cual, siendo el resultado contrario a la justicia, difícilmente se plegarían los prácticos, cualquiera que fuera la dificultad teórica que hubiera que vencer (y, después de todo, es éste el mal menor), sino para hacer que el alumno compruebe la grave imperfección del código sobre esta materia, y que, con ocasión de una reforma, habría que meditar atentamente. Me parece probable que de la meditación deba extraerse una fórmula según la cual, si *respecto de alguno de los agentes hay un delito calificado, la calificación se debe comunicar también a los otros*.

Sin embargo, este principio no ha sido completamente aplicado, porque a la proposición recién referida agrega el art. 117 que, “sin embargo, si éste (*scilicet*, el delito calificado), es más grave (*scilicet*, que el correspondiente delito no calificado), el juez puede, respecto de aquellos en quienes no existan las condiciones, las calidades o las relaciones antedichas, disminuir la pena”; norma de dudosa justicia, ya que, existiendo la intención del concurso, también el agente no calificado delibera, o por lo menos prevé la violación de la relación calificante (aunque yo no sea funcionario público, si determino a un funcionario público a cometer el hecho previsto por el art. 314 del Cód. pen., la violación de la confianza particular me es manifiestamente imputable también a mí); tanto más grave sería la injusticia si el art. 117 se refiriera también al caso de que, sin calificación, no tanto existiera un delito diverso cuanto que no existiera delito ninguno, caso éste respecto del cual ninguna disminución de pena estaría establecida (no se comprende por qué el determinador o el favorecedor del delito de peculado, y no, en cambio, el determinador o el auxiliar del delito de adulterio o de bigamia, pueda obtener, en comparación con el ejecutor, una disminución de pena).

Como la calificación constitutiva, así se comunica también, a los agentes que de ella están provistos, la calificación agravante, según el segundo apartado del art. 118; al menos cuando, como ocurre en la mayoría de los casos, la relación calificante haya “servido para facilitar la ejecución del delito”; así, si por lo que hace al ejecutor del hurto se da la calificación agravante prevista por el art. 61, n. 11, también se agrava el delito respecto de los concurrentes que no se encuentren con el ofendido en la misma relación.

En cambio, está excluida, por el art. 119<sup>1</sup> y por el art. 118<sup>3</sup>, la comunicación de la calificación impeditiva o atenuante, porque la calificación se comprende entre las circunstancias subjetivas (art. 70<sup>1</sup>, n. 2); por eso, el determinador o el favorecedor de un hurto previsto por el art. 649<sup>1</sup> se castiga según el art. 624 del Cód. pen.; y a quien, no siendo pariente próximo del evadido, determina o ayuda a un pariente próxi-

mo suyo a procurar la evasión, no se le aplica la atenuante prevista por el art. 386<sup>4</sup>, n. 1, del Cód. penal.

Por tanto, ya sobre el tema de la calificación, el régimen del concurso intencional dictado por el Código aparece incierto en su designio e incompleto en su ejecución. Pronto veremos que la incertidumbre y la imperfección se agravan cuando de los requisitos estáticos se pasa a los requisitos dinámicos del delito.

238. *El fin en el concurso intencional.* — También respecto del fin es posible una situación análoga a la que ahora hemos visto a propósito de la calificación; o sea, una diversa composición de los delitos concurrentes en el sentido de que exista un fin dado respecto de alguno y no de otro de ellos, situación ante la cual se plantea el problema de la comunicación. Y también para desenredar esta madeja conviene distinguir entre las diversas figuras, ya conocidas para nosotros, del fin *constitutivo, agravante o atenuante*.

Como para la calificación, también para el fin constitutivo se desdobra la hipótesis según que la ausencia de un fin dado excluya todo delito o un tipo de delito en lugar del cual entre un tipo diverso; por ejemplo, si quien sustrae una cosa mueble ajena no tiene el fin de sacar provecho de ella, la sustracción no es penalmente ilícita (art. 624, Cód. pen.); en cambio, si quien mediante violencia o amenaza constriñe a alguien a hacer que tolere u omite algo, no tiene el fin de procurarse para sí o de procurar a otro un injusto provecho con daño ajeno, el delito pasa de la *extorsión* (art. 629) a la *violencia privada* (art. 610, Cód. pen.).

También de estas dos hipótesis, como vimos que ocurría a propósito de la calificación, la ley ha tenido en cuenta solamente la segunda, con la norma del art. 116, cuya fórmula se refiere más bien a la intención que al fin (toda vez que ese momento del delito, según la concepción legislativa, va aún implícito en el otro), pero necesariamente debe extenderse también al fin: “cuando el delito cometido sea diverso del querido por alguno de los concurrentes, también éste responde de él...”. Evidentemente, en este precepto entra de manera textual la hipótesis, por ejemplo, de que uno de los concurrentes no tenga, y otro sí, el fin de procurar para sí o para otro un provecho injusto con daño ajeno; lo cual, como vimos, hace que sea extorsión la violencia privada. En esa hipótesis, por consiguiente, el fin se comunica de uno a otro entre los delitos concurrentes. Pero queda fuera de esa fórmula la otra hipótesis diferente, en que el fin no tanto modifica el delito, haciéndolo pasar de uno a otro tipo, cuanto hace que sea delito un hecho que sin ese fin no lo sería; pues no se trata aquí, respecto del agente a quien es extraño el fin, de haber querido un delito diverso del cometido, sino de no haber querido delito alguno: por tanto, si determina a uno a que sustraiga el reloj a un amigo común para gastar una broma, pero él, en cambio, se lo roba de veras, no podría aplicarse el art. 116 más que

por analogía; lo cual, como sabemos, está prohibido por el art. 1 del Cód. pen. y por el art. 14 de las disposiciones generales legislativas. Se da así una diferencia de trato en cuanto a la comunicación entre los delitos concurrentes del fin como requisito constitutivo en las dos hipótesis diversas en que dependa del fin el tipo de delito o lo haga, en cambio, el delito mismo, la cual, si de *lege condita* debe ser observada, de *lege condenda* deja al jurista sumamente perplejo; probablemente es éste un aspecto de la institución del concurso que debiera someterse en una reforma penal a una profunda reconsideración.

La fórmula del art. 116 no se detiene en las palabras que hasta ahora hemos reproducido; en efecto, se lee en él que el concurrente, aunque no haya querido el delito cometido, responde de él “si el evento es consecuencia de su acción u omisión”. A quien recuerde cómo la exigencia del nexo de causalidad entre la acción y el evento la establece con las mismas palabras el art. 40<sup>1</sup> del Cód. pen., podrá parecerle superflua esta segunda proposición del art. 116<sup>1</sup>; pero que así no sea, lo veremos dentro de poco, cuando, al estudiar el régimen del concurso intencional respecto de la acción, se vea claro que el principio de causalidad estatuido por el art. 40<sup>1</sup> está profundamente modificado en el sentido de que por el evento del delito concursal puede ser castigado un agente aunque su acción no haya sido concausa eficiente de él. Ahora bien, para que el agente responda de un delito distinto del querido y, en particular, de aquel al que se ajusta su fin, restablece el art. 116 la regla del art. 40<sup>1</sup>; por lo que, si el nexo de causalidad entre su acción y el evento no es el previsto por esa norma, su responsabilidad debé ser proporcionada a su fin y, en general, a su intención. Ello quiere decir, particularmente, que si se trata de un partícipe cuya “obra... haya tenido importancia mínima en la preparación o en la ejecución del delito” (cfr. art. 114<sup>1</sup>, Cód. pen.), no se le puede aplicar el art. 116.

El párrafo del art. 116 agrega que “si el delito cometido es más grave que el querido, se disminuye la pena respecto de quien quiso el delito menos grave”; esta norma modera la severidad del principio, pero no suprime su injusticia.

Puesto que, como dijimos y se verá mejor en el punto siguiente, en cuanto tenga valor agravante o atenuante, atañe el fin a una circunstancia subjetiva (art. 70, Cód. pen.), dentro de poco veremos, al estudiar el régimen del concurso intencional en orden a las circunstancias, cómo en esa hipótesis se excluye toda comunicación de delito a delito.

239. *La intención en el concurso intencional.* — También en cuanto a la intención está profundamente modificado, en el régimen del concurso intencional, el principio de la independencia de los delitos singulares. Según el art. 42<sup>1</sup>, no se debería castigar a cada uno de los partícipes más que en los límites de su intención; por tanto, si ningún evento punible se comprende en ella, no debería haber ninguna responsa-

bilidad; y, en cambio, si se comprende en ella un evento menos grave que el que se ha verificado por obra de otros agentes, debería ser castigado por aquél y no por éste. Conviene, dada la importancia del tema, que la aplicación de esta regla al concurso se aclare en orden a los diversos casos por medio de algunos ejemplos: supuesto que Ticio, por mandato de Cayo, haya tenido un encuentro con Sempronio y lo haya matado, pueden darse, en cuanto a la intención de Cayo, las siguientes hipótesis: éste, aun habiendo determinado a Ticio a pedir explicaciones a Sempronio de una ofensa, no ha deliberado ni previsto, no ya la muerte, sino ni siquiera que lo golpee; o ha previsto y deliberado los golpes, pero no ha deliberado ni previsto su muerte; o bien no ha deliberado la muerte, pero la previó o debió preverla; o por último, previó y deliberó su muerte. En el primer caso, según la regla del art. 42, no debiera ser castigado de ningún modo; en el segundo habría cometido un delito de lesiones; en el tercero, juntamente con éste, un homicidio culposo; y sólo en el cuarto, un homicidio doloso. Si establecemos, en cambio, la hipótesis de que Cayo, encargado por Ticio de tomar alguna cosa de Sempronio, se la arrebató, Ticio podrá no haber ni deliberado ni previsto la sustracción; o haberla previsto o debido prever, pero sin deliberarla; o haber previsto o deliberado la sustracción, pero no la violencia; o haber previsto o debido prever, pero no deliberado, esta última. En la primera hipótesis no podría ser castigado, y tampoco en la segunda, ya que no existe un delito de hurto culposo; en la tercera hipótesis, sería responsable de hurto y no de robo; y así, en la cuarta; porque, como el código no prevé el hurto, tampoco prevé el robo culposo.

La regla del art. 42<sup>1</sup> no la deroga el código respecto del concurso intencional mientras a la acción concurrente no corresponda la intención de un evento punible cualquiera; pero, en cambio, cuando hay intención de un evento punible, está estatuida la derogación por el art. 116, en el sentido de que la responsabilidad es proporcionada al evento realizado, no al evento previsto y deliberado. Por eso, mientras según los ejemplos aducidos Ticio, si no ha previsto ni deliberado siquiera el hurto o las lesiones, habiéndose cometido un robo o un homicidio, no responde de ningún delito; en cambio, si tuvo la intención del hurto y de las lesiones, y aunque no hubiera deliberado o previsto o debido prever ni el homicidio ni el robo, responde de ese homicidio o de ese robo.

Se entiende que, como lo advertimos en el punto anterior, esa responsabilidad se subordina a la existencia del nexo de causalidad eficiente entre la acción y el evento; por lo cual no bastaría, aparte otras cosas, que la acción del partícipe de ese evento, en cuanto no estuviese comprendido en su intención, fuese solamente una condición o una ocasión: suponiendo, por ejemplo, que los ladrones, en el acto de sustraer la cosa mueble al propietario y a fin de vencer su resistencia, lo hieren o lo matan, el delito de lesión personal o de homicidio no pue-

de ser puesto a cargo del co-reo que lo haya instigado al hurto, o del cómplice que vigilaba en la calle mientras él lo realizaba; porque la acción del primero no está ligada a la herida o a la muerte sino con un nexo ocasional, y la acción del segundo sólo lo está por un nexo condicional.

Además, según dijimos, aunque exista entre la acción del partícipe y el evento una relación de causalidad eficiente, que no se comprenda, sin embargo, ese evento, sino otra menos grave en su intención, es una circunstancia atenuante del delito (art. 116<sup>2</sup>).

No obstante esas dos cuatelas, la norma contenida en el art. 116<sup>1</sup> es ilógica e injusta: injusta, porque se aparta de la directiva fundamental de la responsabilidad según la intención; ilógica, por el contraste entre el trato de un caso y otro, de que el agente no tuviera intención del delito alguno o hubiera, en cambio, tenido intención de un delito menor que el cometido. Cuando se insiste, para justificarla, en la relación de causalidad entre la acción del concurrente y el evento más grave que el querido por él, el argumento peca de exceso evidente; pues, según el principio fundamental de la ley penal, no basta la causalidad sin la intención para constituir el delito, por lo que en el art. 116 no puede menos de advertirse una verdadera desviación del sistema hacia la responsabilidad penal objetiva.

240. *La acción en el concurso intencional.* — La más grave de las modificaciones que el principio de la interdependencia infiere al principio de la independencia de los delitos concurrentes por el concurso intencional, se refiere al nexo de causalidad, previsto por el art. 40 del Cód. pen., entre la acción y el evento.

Según el principio de independencia, el nexo causal entre acción y evento debe valorarse por sí respecto de cada una de las acciones concurrentes, de manera que, si de alguna de ellas no se puede decir que haya ocasionado el evento, en el sentido del art. 40 y del art. 41, debe excluirse el delito a cargo del agente: suponiendo, pues, que se hayan reunido, a invitación mía y en mi casa, dos hombres, uno de los cuales mate en ella al otro, no hay duda de que mi acción, consistente en la invitación, constituye una concausa del evento y no se podría desconocer en esa hipótesis un concurso fortuito en el delito de homicidio; pero como no se puede asignar a mi acción, en la generación del evento punible, otro valor que el ocasional, no habría yo cometido delito alguno; y no sería otra la solución si hubiera podido yo amparar al muerto contra la violencia y no lo hubiese hecho, ya que no concurre en tal caso la hipótesis prevista por el párrafo del art. 40.

Cualquiera advierte, sin embargo, que si la invitación del matado y del matador a mi casa la hubiese hecho yo de acuerdo con el segundo, a fin de que tuviera él a su alcance la víctima, o aun sin tal acuerdo hubiera podido yo prever que en tal ocasión ocurriría el

homicidio, respondería yo de homicidio, culposo o doloso, según que a la previsión del evento se uniera, o no, la deliberación. Por otra parte, nadie duda de que en un hurto concursal el co-agente que hace, como suele decirse, de poste o plantón, o sea que vigila a cierta distancia si llega la policía o algún otro que pueda estorbar la operación, aunque no tenga razón de realizar acción alguna, participa en el delito; mientras que, si hubiera que valorar aisladamente su conducta, no permitiría el art. 40 que se le infligiera pena alguna. Si tratamos de investigar el fundamento de esa intuición, nos será fácil encontrarlo en la verdad hace poco descubierta al observar que la intención del concurso implica la intención del delito: saber y deliberar, o solamente saber sin deliberar, o aun solamente deber saber que se concurre con la propia conducta a la producción de un daño prohibido, aunque en el cuadro de la causalidad no se pueda reconocer a ésta tal valor que por ella se ocasione el daño, significa asumir la responsabilidad del hecho de otro; o sea, de quien lo haya ocasionado. La conclusión deducible de ello es, *de iure condendo*, que cuando el concurso es intencional, *basta que el nexo de causalidad exigido por el art. 40, se encuentre no ya entre cada una de las acciones singulares, sino entre alguna de ellas y el daño*; cuando por lo menos una de las acciones concurrentes tiene, respecto del evento, función de concausa eficiente, también las otras, si hay en quien las lleva a cabo intención del concurso, constituyen delito, aunque su función sea simplemente condicional u ocasional.

Si se busca la fórmula de este principio en el capítulo del Código penal dedicado al delito concursal, se observa con sorpresa que la exigencia de su formulación expresa ha escapado al legislador, en lo cual está, sin duda, otro defecto, más bien notable, de la sistematización legislativa de la institución. Sin embargo, resulta implícitamente del art. 114<sup>1</sup>, donde se prevé que “la obra prestada por alguna de las personas que han concurrido en el delito a tenor de los arts. 110 y 113 haya tenido importancia mínima en la preparación o en la ejecución del delito”, y en ello se reconoce una circunstancia atenuante, que debe calcularse en la categoría de las atenuantes *inherentes a la acción*. La importancia mínima de la obra se resuelve en un nexo causal entre una acción singular y el evento; por lo cual, aun sin ella, hubiera ocurrido el evento, en forma que no se le puede atribuir el carácter de concausa eficiente. Desde el mismo punto de vista debe meditararse también la norma contenida en el art. 116<sup>1</sup>, la cual, como vimos, admite la punibilidad del concurrente respecto de un delito diverso del delito querido sólo “si el evento es consecuencia de su acción u omisión”. Nótese la identidad de esta fórmula con la del primer apartado del art. 40 del Cód. pen.; y reflexiónese que, si debiera aplicarse ese primer apartado a cualquiera de las acciones combinadas en el delito concursal, la condición puesta así en la norma estatuida por el art. 116<sup>1</sup> sería superflua; en una palabra, si depen-



diese de cualquier concurrente la responsabilidad de que el evento fuera "consecuencia de su acción u omisión", en el sentido exigido por el art. 40, las últimas palabras del art. 116<sup>1</sup> no tendría razón alguna de ser. En cambio, que el nexo causal exigido por el art. 40<sup>1</sup> se haya puesto como un límite a la grave norma del art. 116<sup>1</sup>, supone lógicamente la inaplicabilidad de la regla en materia de causalidad sobre el delito concursal.

241. *Valoración causal de los delitos concurrentes.*—Si en virtud del principio de la dependencia de los delitos concurrentes, que hemos visto ahora ser propio del concurso intencional, alguno de los agentes puede ser castigado por un evento que, de no haber tenido él la intención del concurso, no hubiera podido ponerse a su cargo, ello no excluye, sin embargo, que, según el otro principio de la pluralidad de los delitos concurrentes, que no está suprimido, sino solamente limitado por el otro, se debe tomar en cuenta la posición causal de cada una de las acciones, a fin de determinar la gravedad de cada uno de los delitos en concurso.

En este aspecto presenta, en primer lugar, la mayor importancia la distinción entre acciones *causalmente eficientes* del evento y acciones con él *sólo condicional u ocasionalmente relacionadas* y en segundo lugar, la distinción entre acciones *inmediata o sólo mediatamente relacionadas* con ese mismo evento.

a) A la primera de estas distinciones se remiten las figuras del *co-reo* y del *cómplice*, elaboradas por la vieja doctrina italiana y reconocidas por el Código ZANARDELLI (arts. 63 y sigtes.); un error de esta doctrina y, de reflejo, de dicho código fué ciertamente el de no haber sabido desarrollar en el plano racional esta distinción, intuída más que construída por ellos; pero si la doctrina posterior hubiese trabajado sobre este tema enérgicamente, el resultado hubiese sido el de aclararla más que el de suprimirla. La intuición contenida en la fórmula del *co-reo* y del *cómplice* se refería a la diferencia entre la acción concurrente que, por estar unida al evento por una relación de concausalidad eficiente, bastaría por sí sola para determinar la punibilidad del agente, y la otra, en cambio, en que, no habiendo relación causal con el evento, sino condicional u ocasional, si no concurría con otras acciones punibles, no tendría en sí sola la razón de la punibilidad. Por qué la acción de este segundo tipo, en comparación con la del primero, tenga carácter secundario, es muy claro; pues la gravedad del delito en ella es respecto de la otra, indudablemente menor. Pero no cabría llegar a esa claridad antes de diagnosticar con previsión, mediante la distinción entre concausa eficiente, condicional u ocasional, el problema de la causalidad en el delito. De hecho, quien observe con atención los arts. 63 y 64 del Código ZANARDELLI, el primero de los cuales diseñaba la figura del *co-reo* y el segundo la del *cómplice*, advertirá cuán incierto fuera ese diseño, sobre todo por la

confusión entre el criterio de la *eficiencia* y el criterio de la *inmediación* de la relación causal.

b) Es, en efecto, una diferencia totalmente distinta de la diferencia hasta ahora considerada, la referente a la relación mediata o inmediata de la acción concurrente con el evento, en el sentido de que esa acción esté relacionada o no, con él, mediante otra de las acciones que concurren a determinarlo; en otras palabras, las acciones concurrentes pueden ser recíprocamente dependientes o independientes; en este segundo caso, no así en el primero, se habla de *acción* o de *agente inmediato* en comparación con la *acción* o el *agente mediato*; por ejemplo, si dos personas sujetan a una tercera y la precipitan por un despeñadero, ambas acciones concurrentes son inmediatas; pero, si en cambio, uno de los dos agentes coopera empujando al otro, quien a su vez empuja a la víctima, una de las dos acciones está ocasionada por la otra, que aparece, por tanto, como concausa mediata del evento. En ese ejemplo, la acción mediata tiene la misma naturaleza que la acción inmediata; pero es fácil imaginar otros casos en que tenga, por el contrario, naturaleza diversa; y así, se puede suponer que uno de los dos homicidas cargue el arma y que el otro la descargue sobre la víctima, o que uno de ellos provoque o refuerce en el otro la resolución de cometer el delito. La figura del *agente mediato* (digo *agente* y no *autor* porque, como lo he hecho notar en otra parte, la palabra *autor* tiene en el lenguaje del derecho un significado particular y no hay ninguna razón para que las denominaciones del derecho penal no deban coordinarse con las exigencias generales de la ciencia jurídica) es propia, por consiguiente, del concurso de los delitos, en el sentido que un agente no puede ser mediato sino en cuanto haya otro agente inmediato del acontecimiento punible; pero se encuentra también esta figura en el campo del concurso impropio y, por tanto, particularmente, en las hipótesis que hemos estudiado en el aspecto de la *sustitución penal*.

Las dos distinciones, entre acción *principal* o *secundaria* y entre acción *inmediata* o *mediata*, son independientes la una de la otra, de manera que una acción principal puede ser mediata, y viceversa, una acción inmediata puede ser secundaria; por ejemplo, la determinación al delito integra ciertamente la figura del co-reo y, por tanto, la de la acción principal, aun siendo típicamente mediata; por otra parte, el cómplice que vigila fuera de la casa en que se está cometiendo el delito, con el cometido de avisar si llega alguien, tiene igualmente sin duda la figura de un agente inmediato, aunque la acción tenga carácter secundario. Sin embargo, aunque los dos caracteres de *principalidad* o de *inmediación* de la acción puedan ser divergentes, pueden también ser convergentes; cuando uno y otro coinciden en la acción, al agente se le da el nombre de *ejecutor* del delito; con este nombre se suele distinguir, pues, en el grupo de los co-agentes, a alguien en quien se reconoce a la vez un *agente principal e inmediato*; por eso

no es, según el ejemplo recién ofrecido, ejecutor el determinador, sino un agente principal, ni el vigilante, aunque sea agente inmediato.

La coincidencia de los caracteres de principalidad y de inmediatez puede darse tanto en una sola como en varias acciones concurrentes. En el ejemplo poco antes ofrecido, de dos personas que agarran a una tercera y la precipitan por un despeñadero, los ejecutores son evidentemente dos; por tanto, si no puede haber delito concursal sin un ejecutor por lo menos, pueden ser los ejecutores más de uno. Puede darse igualmente un delito concursal en que todos los co-agentes sean ejecutores; como es posible, en cambio, que junto a los ejecutores haya co-reos o cómplices no ejecutores. Basta la posibilidad de un delito concursal con varios ejecutores para excluir el fundamento de la opinión según la cual el concurso tendría carácter accesorio, en el sentido de que en el delito concursal el núcleo principal esté constituido por un delito simple al que se agregan elementos accesorios. Por el contrario, cuando los ejecutores sean más de uno, es concursal propio el núcleo principal o fundamental del delito. La verdad es que sólo puede ser accesorio el concurso cuando, precisamente, el ejecutor sólo sea uno, en cuyo caso el concurso no hace más que agregar elementos innecesarios a la existencia del delito.

Cuando los ejecutores son varios, su acción puede ser tanto homogénea como heterogénea, tanto simultánea como sucesiva; si para acelerar la muerte de la víctima, a quien uno de los homicidas ha propinado el veneno, le dispara otro un tiro de revólver, los dos ejecutores cometen acciones, a la vez, heterogéneas y sucesivas.

Como antítesis a la figura de la *ejecución* está la de la *determinación*, denotada por la coincidencia de los dos caracteres de principalidad y de mediación causal; con el nombre de determinación se indica una *acción mediata que constituye causa eficiente de la acción inmediata*. De ordinario, esa acción tiene carácter imperativo o persuasivo, y se resuelve, por tanto, en una manifestación del pensamiento; pero puede consistir también, en cambio, en una mutación física sin la que no hubiera podido tener lugar la acción del determinado. Se da, en otros términos, al igual que una determinación *psíquica* para el delito, también una determinación *física* para él; un ejemplo típico de determinación física se encuentra en el *constreñimiento físico* previsto por el art. 46 del Cód. pen. No otra cosa que determinación física se puede admitir en el concurso entre delitos culposos, al que también el art. 113 extiende la agravante prevista por el art. 112<sup>1</sup>, ns. 3 y 4, en cuanto si uno de los co-agentes con la intención del concurso hubiese ordenado o aconsejado a otro la acción culposa, no respondería ya de culpa sino de dolo. La determinación entre delitos culposos no puede, pues, resolverse más que en tener la acción del uno función de *causa causae* [causa de la causa] respecto de la acción del otro, como ocurriría precisamente en la hipótesis, presentada como ejemplo no hace mucho, del encargado del armario

farmacéutico que coloca negligentemente un veneno fuera de su sitio y determina así el error del enfermero en la elección del frasco. A su vez, la determinación psíquica consiste en *una acción dirigida a suscitar en otro agente la intención del delito*. Precisamente en relación y en antítesis al concepto de *determinación (al delito)* está el concepto de *ejecución (del delito)*, en cuanto literalmente *ejecutar (eseguire)* no significa otra cosa que *seguir (ex-sequere)* un impulso ajeno. De la determinación (psíquica) se distingue la *incitación* al delito, que es también una acción (concurrente) mediata, pero no principal, en cuanto refuerza pero no hace surgir la intención.

Ahora bien, la diagnosis de la relación causal entre cada una de las acciones concurrentes y el evento tiene naturalmente suma importancia para la determinación, tanto legal como judicial, de la gravedad de cada uno de los delitos concurrentes: hemos indicado ya varias veces que la ley prevé, respecto de los delitos concurrentes, circunstancias agravantes o atenuantes relativas precisamente al valor causal de las acciones singulares; por otra parte, no hay duda de que el modo de ser de toda acción, de la que depende ese valor, constituye en todo caso una circunstancia determinativa, según el art. 133, n. 1, del Cód. penal.

A la falta de carácter causal eficiente (coeficiente) en la acción respecto del evento, ya vimos cómo atribuía el art. 114<sup>1</sup> eficacia atenuante: que “la obra prestada por alguna de las personas que hayan concurrido en el delito... haya tenido importancia mínima en la preparación o en la ejecución del delito”, no se puede resolver en otra forma que en esa falta; la “importancia mínima” de la obra quiere decir que, si no hubiesen concurrido las otras acciones, esa acción no tendría en sí caracteres suficientes para atribuir al agente una responsabilidad penal del evento. Según el art. 114<sup>2</sup>, “esta disposición no se aplica en los casos indicados por el art. 112”; esta norma se resuelve prácticamente en excluir la atenuante cuando el número de los agentes sea superior a cinco, lo cual deja algún tanto perplejo; en cambio, las otras hipótesis previstas por el art. 112<sup>1</sup> son lógicamente incompatibles con el caso previsto por el primer apartado del art. 114, en cuanto cada una de ellas considera una acción a la cual no puede reconocérsele eficacia mínima causal.

Por otra parte, se considera como circunstancia agravante del delito singular aquel modo de ser de la acción que atribuye un particular carácter de causalidad principal y mediata, a propósito de lo cual se delinean en el art. 112<sup>1</sup>, ns. 2, 3 y 4, las figuras del *promotor*, del *organizador*, del *director* y del *inductor* del delito. Lo que hay de común en estas figuras y constituye la razón de la agravante, es la intensa eficiencia de una acción que constituye causa mediata del evento; por lo que a la intensidad causal se junta el menor riesgo del agente. *Promotor* es el co-reo a quien se debe la iniciativa de la acción colectiva; *organizador*, el co-reo que hace su plan y distribuye las

partes; *director*, el co-reo que preside la ejecución del plan; *inductor*, no ya cualquier determinador respecto del ejecutor, sino el determinador de un ejecutor particularmente expuesto a la determinación, bien por su dependencia del determinador (n. 3), bien por su menor resistencia psíquica (n. 4). El último apartado del art. 112 estatuye que la agravante obra aunque "alguno de los partícipes del hecho no sea imputable o no sea punible". Si los caracteres descritos por el art. 112<sup>1</sup> ns. 2, 3 y 4 no existen, ello no quiere decir que el valor causal de la acción concurrente, y en particular su valor de determinación, sea insignificante para la gravedad del delito, sino que sólo actúa a modo de *circunstancia determinativa*, según el art. 133<sup>1</sup>, n. 1.

Por otra parte, según el art. 114<sup>3</sup>, constituye una circunstancia atenuante del delito singular la dependencia de la acción respecto de la sugestión ajena, cuando presente los caracteres del art. 112<sup>1</sup>, ns. 3 y 4; en efecto, el art. 114<sup>3</sup> dispone que "se puede disminuir la pena respecto de quien ha sido determinado a cometer el delito o a cooperar en él, cuando concurren las condiciones (*rectius*, circunstancias) establecidas en los ns. 3 y 4 del art. 112".

242. *El evento en el concurso intencional.* — También el delito concursal, como cualquier otro delito, es ante todo un daño punible; por lo cual, si ese daño no se verifica con las formas previstas por la ley, no existe un delito (*cogitationis poenam nemo patitur* [nadie padece la pena del pensamiento]); y no importa que la *cogitatio*, a diferencia de lo que ocurre en el delito singular, se manifieste en palabras o en actos que sirvan para la comunicación del pensamiento entre los partícipes, si no se consideran esas palabras o actos como evento punible por la ley.

Este principio lo enuncia el art. 115<sup>1</sup> y <sup>3</sup> para el caso de *acuerdo* "a fin de cometer un delito" o de *instigación aceptada* "para cometer un delito", a que no sigue la actuación de ese mismo delito; la instigación aceptada no es en verdad más que un acuerdo cuya iniciativa remonta exclusivamente a uno de los consintientes. En tales casos, la ley excluye para el solo hecho del acuerdo o de la aceptación de la instigación la existencia del delito, pero admite que tales hechos constituyen en quien los realiza un índice de peligrosidad social, en razón de lo cual se puede aplicar una medida de seguridad.

Pero hay daños tan graves socialmente, que, aun sin su actuación, considera la ley como evento punible la instigación a inferirlos, prescindiendo de que sean aceptados: unas veces la instigación se castiga cualquiera que sea el modo de hacerla (cfr. arts. 266, 302, Cód. pen.); otras veces, en cuanto tenga carácter de publicidad (arts. 303, 414, 415, Cód. pen.); otras, en cuanto vaya acompañada de la sustracción de modelos idóneos para la actuación del delito (art. 548, Cód. pen.); otras constituye delito aun la instigación a cometer actos moralmente ilícitos, aunque no estén penalmente prohibidos (arts. 531 y sigtes., 553, Cód. pen.).

Como si no se verifica un evento punible no debe ser castigado ninguno de los que se hayan puesto de acuerdo para cometerlo, así, si se produce un evento menos grave que aquel a que se dirigía el acuerdo o en general el fin de cada uno o de alguno de los concurrente, la responsabilidad de cada cual no puede extenderse más allá de los límites del evento ocurrido. A esta hipótesis se refiere implícitamente el art. 116 del Cód. pen., en cuanto la norma contenida en su segundo apartado supone, *a contrario*, que el delito cometido sea menos grave que el querido por alguno de los concurrentes a él; pero la verdad es que, cuando no se verifica, no habría necesidad de la norma estatuida en el primer apartado para limitar al delito cometido la responsabilidad de ese agente, ya que nadie puede ser castigado por una intención no traducida en acto. Por tanto, el primer apartado del art. 116 sólo dispone, realmente para el caso de que el delito cometido sea más grave, no también respecto del menos grave que el delito querido.

Pero el evento del delito ya vimos a su tiempo que es importante no sólo en sí, sino también por su relación con el fin del agente, a propósito de lo cual estudiamos la convergencia o la divergencia entre el fin y el evento; y, en el terreno de esta última, se nos mostraron las figuras del delito *culposo*, del delito *aberrante*, del delito *intentado* y del delito *preterintencional*. Ahora, el problema planteado por esa divergencia se presenta, naturalmente, e incluso con mayor probabilidad, en el campo del delito concursal, particularmente en orden a los agentes mediatos y secundarios. Excluido que el problema se refiera a la hipótesis de que el evento quede sin llegar al fin, como hace poco hemos visto, se circunscribe en la hipótesis inversa, que comprende los dos casos del *fin penalmente lícito a que corresponde un evento penalmente ilícito* y del *fin penalmente ilícito a que corresponde un evento cualitativa o cuantitativamente más grave*.

*De lege condita* este problema se resuelve mediante la aplicación del art. 116, Cód. pen. Puesto que, según vimos, es extraña al art. 116 la hipótesis del fin lícito, ésta se regula según los principios comunes: por tanto, si en el fin de alguno de los partícipes, no obstante estar ligada su acción al evento por una relación de causalidad eficiente, no se comprende ese evento, no podrá responder él más que de delito culposo, en cuanto haya culpa y el evento sea punible como tal, verificándose en tal caso concurso entre delito culposo y delito doloso; por tanto, si hay culpa, el agente a cuyo cargo se la haya comprobado sería castigado cuando el evento fuera un homicidio, pero no, en cambio, cuando fuera un hurto. Por otra parte, puesto que el art. 116 comprende cualquier hipótesis de divergencia entre el fin penalmente ilícito de alguno de los agentes y el evento del delito concursal, tanto si éste es cualitativamente más grave que el fin como si lo es cuantitativamente, responde en tal caso el agente como si el evento estuviese comprendido en el fin (salvo la disminución

admitida en el párrafo). Que esa regla del concurso contradiga al régimen del delito aberrante (arts. 82 y 83) y del delito preterintencional, no hay quien no lo vea: el hecho es que mientras quien, teniendo el fin de matar el caballo de otro mata al caballero, según el art. 83, responde de homicidio culposo; y, en cambio, si habiendo encargado alguien a otro que mate por venganza el caballo de su enemigo, el ejecutor, en lugar del caballo, mata al enemigo, de homicidio doloso responde no sólo el mandatario, sino también el mandante; y por otra parte, la disminución de pena del homicidio preterintencional (art. 584, Cód. pen.) en comparación con el homicidio ordinario, no se comprende por qué sea tan superior a la que, según los arts. 65 y 116<sup>2</sup>, se puede conceder al mandante que había encargado golpear, mientras el mandatario ha matado.

Me parece probable que el planteamiento del problema, tal como ahora lo hemos hecho, puede orientar hacia una solución de él menos imperfecta que la dada en la ley vigente, a cuyo efecto convendrá reflexionar que a la hipótesis del fin penalmente lícito de alguno de los partícipes responde la figura del *delito culposo*; a la del fin ilícito cualitativamente menos grave que el evento, la figura del *delito aberrante*; y al fin ilícito cuantitativamente inferior al evento, la figura del *delito preterintencional*. Esto no quiere decir que, suprimiendo el art. 116, basten para esa solución las normas sobre el delito culposo, sobre el delito aberrante y, menos aún, sobre el delito preterintencional, tal como ahora están formuladas en el código; por el contrario, tales normas deberían ser, en lo que al concurso se refiere, modificadas en el sentido de que en el caso de fin lícito, si ha habido culpa, se estatuya la punibilidad por el delito culposo aun cuando el hecho, de haberse cometido singularmente, no estuviera previsto por la ley como delito culposo; en el caso de fin ilícito cualitativamente inferior al evento, se estatuya igualmente la punibilidad por delito culposo independientemente de la culpa, aun cuando el hecho, singularmente cometido, no estuviera previsto por la ley como delito culposo; finalmente, en el caso de fin ilícito cuantitativamente inferior al evento, se estatuya siempre la punibilidad a título de delito preterintencional.

243. *Las circunstancias en el concurso intencional.*—Ya a propósito de la calificación y del fin en el concurso tuvimos ocasión de aludir al régimen de las circunstancias en el concurso, tal cual está estatuido, con referencia a la distinción, conocida ya del lector, entre *circunstancias objetivas y subjetivas* (cfr. art. 70, Cód. pen.), por los arts. 118 y 119 del Cód. penal.

Las circunstancias objetivas, tanto impeditivas como atenuantes o agravantes, se ponen a favor o a cargo de cada uno de los concurrentes; la fórmula exacta a este propósito es la del art. 119<sup>2</sup>, donde se dispone que “las circunstancias objetivas, que excluyen la pena, tienen efecto respecto de todos los que han concurrido al delito”; que luego, como dice el art. 118<sup>1</sup> respecto de las agravantes o atenuantes,

esas circunstancias obran a cargo o a favor de cada uno de los concurrentes, "aunque no sean conocidas", es una aplicación del principio ya estatuido por el art. 59<sup>1</sup>.

Las circunstancias subjetivas, en cambio, tanto impeditivas como atenuantes, "tienen efecto solamente respecto de la persona a quien se refieren" (art. 119<sup>1</sup>); pero las agravantes, aunque subjetivas, actúan también a cargo o a favor de los otros concurrentes "cuando han servido para facilitar la ejecución del delito" (reflexiónese, por ejemplo, sobre este tema, en la agravante prevista por el art. 61, n. 11), excepción hecha de las circunstancias "inherentes a la persona del culpable" (art. 70<sup>2</sup>).

244. *Las condiciones en el concurso intencional.* — El régimen de las condiciones en el concurso resulta de dos principios diversos, y hasta inversos, según se trate de condiciones constitutivas, resolutorias o modificativas.

Sobre el tema de las condiciones constitutivas, la ley sólo dispone en cuanto a las condiciones extrínsecas (querella, requerimiento, instancia), estatuyendo, en el art. 123 del Cód. pen., que "la querella se extiende de derecho a todos los que han cometido el delito", norma a que remite el art. 129<sup>2</sup> respecto del requerimiento y de la instancia. Eso quiere decir que, aunque se proponga la querella contra alguno solamente de los concurrentes, el hecho se hace punible respecto de todos; supuestas las razones por las que se subordina la punibilidad a la querella, al requerimiento o a la instancia, es obvio que, cuando propuesta la querella, el requerimiento o la instancia contra uno de los partícipes se tiene que seguir el proceso, desaparezca la conveniencia de exigir la misma condición también respecto de los demás. A las condiciones constitutivas intrínsecas ("condiciones objetivas de punibilidad", art. 44) aplica el mismo principio no tanto por analogía del art. 123, cuanto porque el evento ulterior, del que depende el delito, no puede menos de existir respecto de todos los que lo han cometido.

En cuanto a las condiciones resolutorias o modificativas, según el art. 182 del Cód. pen., "salvo que la ley disponga en otra forma, la extinción del delito o de la pena tiene efecto solamente respecto de aquellos a quienes se refiere la causa de extinción". Eso quiere decir que, en cuanto el evento deducido como condición se refiera sólo a alguno de los partícipes, no se extiende a los demás el efecto resolutorio o modificativo del delito. Constituye una derogación a este principio, en materia de remisión de la querella, la norma del art. 155<sup>2</sup>, según la cual "la remisión hecha a favor de uno solo de los que cometieron el delito se extiende a todos"; pero la derogación no es absoluta, en cuanto el delito no se extingue respecto de aquellos partícipes que hubieren rechazado la remisión. Otra derogación se en-



cuentra en el art. 161, que atribuye "efecto en cuanto a todos los que han cometido el delito" a la suspensión o interrupción de la prescripción.

#### SECCIÓN CUARTA

##### Del delito plurieventual

245. *Delito plurieventual.* — Ya llamamos a su tiempo la atención del alumno acerca del problema de la construcción de los tipos de delito, de la cual dijimos que era delicada y difícil obra de arte. Pero es oportuno agregar que esa obra, en su conjunto, no se ha inspirado hasta ahora en una concepción sistemática unitaria; los Códigos penales han ido formándose poco a poco, como las ciudades que sólo en cierto punto, después de ya surgidas, se someten al plano regulador; las reformas legislativas, también en el campo penal, asemejan verdaderamente mucho más a esas restauraciones de viejos conglomerados que a una construcción enteramente nueva; los propósitos de los reformadores son excelentes, pero su educación más exegética que sistemática, los hábitos, y la inmensa fuerza de la tradición oponen a una reforma profunda obstáculos sumamente difíciles de vencer. Así ocurre que la arquitectura de los códigos sigue siendo todavía más empírica que racional, especialmente en la parte relativa a los tipos de delito; particularmente, en la formación del Código penal italiano ha ocurrido que, habiendo la moderna doctrina trabajado mucho más en torno al esquema que a los tipos de delito, esta segunda parte del código ha sentido mucho menos que la primera el beneficio de la reforma, la cual se ha resuelto más bien en una introducción de nuevos tipos que en una simplificación de los ya existentes. Aludo a todo esto porque no me parece imposible, antes bien, lo considero probable y deseable, que en el estudio acerca del delito compuesto y del delito acumulativo, observando cómo a veces se acumula un delito con otro y a veces, en cambio, se absorbe un delito por otro, se pregunte el alumno si verdaderamente todas esas distinciones, combinaciones y complicaciones serán necesarias para la consecución de los fines de la institución penal y experimente una sensación de desconfianza y fastidio. A esa pregunta respondo resueltamente que no; o sea, que el derecho penal podría ser, y tendrá que acabar por ser, si la ciencia cumple con su deber, incomparablemente más sencillo que en la actualidad, pues la complicación es en gran parte fruto de nuestra ignorancia. Cuando se simplifique así el código, lo que quiere decir construirlo racionalmente, también la distinción entre delito *plurieventual* y delito *acumulativo* se podrá colocar en el museo de la historia del derecho. Por ahora, puesto que el derecho y el código

son lo que son, se necesita que discípulo y maestro nos limitemos, con buena voluntad, a seguir el hilo de Ariadna en este laberinto.

El art. 84<sup>1</sup> del Cód. pen. estatuye, pues, que “las disposiciones de los artículos precedentes no se aplican cuando la ley considera como elementos constitutivos, o como circunstancias agravantes de un solo delito, hechos que constituirían por sí mismos delito”. Puesto que “las disposiciones de los artículos precedentes” se refieren, como ya dijimos, al *delito acumulativo* y al *delito continuado*, ello quiere decir, en último análisis, que el *delito plurieventual* (o como dice la ley, *complejo*) se distingue del *delito acumulativo* y del *delito continuado*.

La distinción, como cualquiera ve, es toda ella relativa a la variedad de los *tipos de delito*: hay tipos *simples* y los hay *compuestos*; estos últimos se forman mediante la combinación de dos o más tipos simples. El alumno volverá provechosamente aquí con el pensamiento a lo que dijimos acerca de la analogía entre los actos y las cosas compuestas; el delito plurieventual se asemeja verdaderamente a las *res ex cohaerentibus*, las cuales resultan precisamente de la *cohaerentia* de varias *res unitae*. Por otra parte, si entre los lectores de este libro hay alguno perito ya en el derecho civil, su pensamiento podrá correr también, sobre el campo de este último, a los *contratos mixtos*, cuyo problema se aclararía probablemente mucho parangonándolos con los delitos compuestos; por ejemplo, el *contrato de trabajo con participación en los beneficios* (art. 2102, Cód. civ.) o la *aparcería* (art. 2141, Cód. civ.) merecerían ser estudiados desde este punto de vista.

El delito plurieventual se distingue, por consiguiente, del delito acumulativo en que los delitos singulares que lo componen pierden en él su individualidad, como pierde su *species* la parte de una cosa compuesta. Siempre que dos o más delitos son distintos, aunque económica o históricamente relacionados (ejemplo, art. 61, n. 2, Cód. pen.), la figura del delito compuesto debe ser excluída; ahora bien, el índice exterior de esa pérdida y, por tanto, de la existencia del delito compuesto, está en la *unidad de la pena*, la cual, para que haya delito compuesto, debe ser unitariamente prevista para el hecho global y no para los hechos singulares que lo componen: así resulta claramente del artículo 84<sup>2</sup>, aunque su fórmula sea extraña y hasta incoherente. Siendo el régimen del delito plurieventual diferente del régimen del delito acumulativo precisamente porque, como con claridad se dice en el art. 84<sup>1</sup>, no se aplican a él las disposiciones acerca de la acumulación de las penas (arts. 78 y 79, Cód. pen.), es igualmente claro que cuando deben aplicarse, en cambio, esas disposiciones, el delito no es plurieventual, sino acumulativo. Al estatuir, pues, que cuando las penas son diversas deben aplicarse esas disposiciones, reconoce la ley que en tal caso el delito es acumulativo y no en absoluto compuesto (o complejo, según su terminología); por consiguiente, el error o, mejor, la contradicción contenida en el segundo apartado del art. 84 está en hablar de

delito complejo (*rectius*, *plurieventual*) respecto de una hipótesis en que la ley misma excluye la complejidad.

246. *Delito plurieventual propio*.— La especie propia del delito plurieventual se da cuando, según la fórmula del art. 84, los “hechos que constituirían por sí mismos delito”, son “elementos constitutivos (*rectius*, requisitos)” de otro delito; mejor se dirá cuando la existencia, no sólo la gravedad del delito, depende de la combinación de hechos, cada uno de los cuales, constituye en sí un delito. Para encontrar un ejemplo de esta especie compare el alumno la fórmula del art. 628, Cód. pen. (robo) con la del art. 624 (*hurto*) y del art. 581 (*golpes*) o del art. 612 (*amenaza*), por donde verá claro que el delito de robo resulta de la combinación de un hurto con unos golpes o una amenaza; otros ejemplos de la misma especie pueden ofrecerle los arts. 522 y 523 (*rapto con fines de matrimonio y rapto con fines deshonestos*).

La figura del delito plurieventual propio no debe confundirse con la hipótesis diversa en la cual el hecho en que consiste el delito supone la existencia de un delito anterior: en tal caso, la ley habla de “delito que constituye el presupuesto de otro delito” (art. 170<sup>1</sup>, Cód. pen.); por ejemplo, el delito de *receptación* [o encubrimiento] (art. 648, Cód. pen.), en cuanto consiste en el hecho de quien “adquiere, recibe u oculta dinero o cosas provenientes de un delito cualquiera o, en general, se entromete en que sean adquiridas, recibidas u ocultadas”, no puede existir si no existe el delito anterior del que provienen el dinero o las cosas. Igualmente, el *uso de documento falso* (art. 489, Cód. pen.) supone su falsificación, la cual es un delito a su vez (arts. 476 y sigtes.). La distinción entre las dos figuras es mucho más fácil porque en la segunda hipótesis, si hay una *relación histórica* entre los dos delitos, se mantienen, sin embargo, *jurídicamente distintos*; tan distintos, que pueden y a veces deben ser cometidos por personas diferentes (así ocurre respecto de la receptación); mientras, en la primera, los dos delitos se funden en uno solo y no es posible, por tanto, que deje de cometerlo la misma persona.

247. *Delito plurieventual impropio*.— El art. 84 comprende en la noción del delito que el código llama *complejo* también la hipótesis de que los “hechos que constituirían por sí mismos delitos” estén previstos no ya como requisitos (“elementos constitutivos”), sino como “circunstancias agravantes de un solo delito”; mejor se dirá en que de tales hechos dependa no la existencia, sino la mayor gravedad del delito. En tal caso, el delito no es verdaderamente plurieventual, sino que viene a ser tal en cuanto sea agravado; por eso me parece justo designar esta segunda especie con la fórmula de delito *plurieventual impropio*. Tal hipótesis se verifica, por ejemplo, respecto de los *daños* (art. 635<sup>1</sup>, Cód. pen.), que según el art. 635<sup>3</sup>, n. 1, se agravan “si el hecho se comete con violencia en la persona” (art. 581) y “con amenaza” (art. 612).

Véanse, entre otros, también los arts. 385<sup>2</sup> (*evasión*), 386<sup>3</sup> (*evasión procurada*) 393<sup>1</sup> y 2 (*ejercicio arbitrario de los propios derechos con violencia en las personas*).

En cambio, da lugar a la *acumulación de delitos*, y no al *delito compuesto*, la combinación de un delito con otro, cuando el hecho de este segundo constituye una condición de aquél; si, por ejemplo, la muerte de la mujer considerada encinta ha sido ocasionada por impericia de quien ha llevado a cabo en ella actos abortivos, no sólo se responderá del delito previsto por el art. 550, Cód. pen., sino también de homicidio culposo (art. 589, Cód. pen.); para que se verifique el primero de esos delitos no es necesaria, como el lector sabe ya, la intención del segundo (art. 44, Cód. pen.); por lo que puede darse tal delito, aun siendo penalmente inocente de la muerte seguida de los actos abortivos, quien los ha llevado a cabo; pero en el caso contrario, que el hecho constitutivo del homicidio culposo sea condición del delito de actos abortivos, no comporta la aplicación del art. 84 del Cód. pen., sino las reglas acerca de la *acumulación de los delitos*.

También la figura del delito plurieventual impropio se confunde a menudo, pero no debe confundirse, con ciertas hipótesis en que atribuye la ley a un modo de ser del hecho no ya sólo virtud de agravar el delito, sino de modificar el tipo de él; por ejemplo, cuando la ofensa al honor se dirige a “un funcionario público, en presencia de él y a causa o en el ejercicio de sus funciones”, el delito de *injuria* (art. 594, Cód. pen.) se convierte en *ultraje* [desacato] (art. 341, Cód. pen.). Igualmente, cuando el *secuestro de personas* tiene el “fin de conseguir para sí o para otro un injusto provecho como precio de la liberación”, no constituye ya el delito previsto por el art. 605, sino el previsto por el art. 630 del Cód. pen. Ahora bien, es evidente que estos casos nada tienen de común con el delito compuesto, pues el hecho que constituye un delito no hace en modo alguno de circunstancia agravante de un delito diverso, sino que dos delitos diversos y distintos tienen el hecho en parte común.

248. *Independencia del delito plurieventual respecto de los delitos componentes.* — A diferencia de cualquier especie de delito colectivo y, por tanto, del delito *acumulativo*, del delito *continuado*, del delito *concursal*, el delito *plurieventual*, como especie de delito compuesto, es independiente de los delitos que lo componen. Eso quiere decir que de su existencia, particularmente respecto del delito compuesto propio, se juzga en orden al hecho global que lo constituye, no en orden a los hechos singulares que, tomados por separado, constituirían otros tantos delitos.

De este principio hace aplicación la ley en materia de condiciones resolutorias del delito, estatuyendo que “la causa extintiva de un delito que es elemento constitutivo o circunstancia agravante de un delito complejo, no se extiende al delito complejo” (art. 170<sup>2</sup>, Cód. pen.);

por ejemplo, si la amenaza, que entra a componer el robo (art. 628), se extingue por amnistía, ello es indiferente respecto del robo, al que no se extienda la amnistía; ocurre así porque, en el delito compuesto, el delito singular pierde su individualidad o, en otros términos, existe como parte del delito compuesto, pero no ya como delito autónomo.

El mismo principio gobierna las relaciones entre delito compuesto y delito singular en cuanto a cualquiera otra condición, constitutiva o modificativa del delito. Otra aplicación de él se encuentra en el art. 131 del Cód. pen., según el cual, "en los casos previstos por el art. 84, en cuanto al delito complejo (*rectius*, compuesto) se procede siempre de oficio, si respecto de alguno de los delitos que son elementos constitutivos o circunstancias agravantes de él se tiene que proceder de oficio". De este modo ha querido decir la ley que la necesidad de la querrela no se extiende al delito compuesto por el delito singular que entra a constituirlo, pero no ha conseguido formular bien su pensamiento, que debe invertir el intérprete: no es que se comunique la procedibilidad de oficio del delito singular al delito compuesto, sino que se excluye la comunicación de la no procedibilidad.

Por lo que hace a las circunstancias, es cierto igualmente que se las debe valorar, cualquiera que sea la especie a que pertenezcan, en orden al hecho global que constituye el delito compuesto, y no en orden a sus partes; pero no consigo encontrar casos en que pueda verificarse la separación respecto de una circunstancia entre delito plurieventual y delito singular.

## SECCIÓN QUINTA

### Del delito continuativo

249. *Delito continuativo*. — La figura del *delito continuativo* corresponde, como dice la palabra con que propongo se le designe, en el campo del delito compuesto, a la segunda especie del delito colectivo unipersonal, que es el *delito continuado*; se encuentra también en ella la intersección de acciones y de eventos homogéneos, en que está el carácter de la continuación. La diferencia entre delito continuativo y delito continuado es la que separa el delito compuesto del delito colectivo: mientras el delito continuado es una *universitas* de delitos singulares homogéneos, por lo que cada uno de ellos, aun combinándose con los demás, en el delito colectivo, no pierde su individualidad de delito, cada pareja de acción y de evento combinada con las demás en el delito continuativo no es en modo alguno un delito autónomo. Un ejemplo útil para ensayar esta distinción es la comparación entre el régimen penal de la infidelidad de la esposa y el

de la infidelidad del marido; aunque en el art. 559 del Cód. pen. haya creído el legislador que se sobreentendía el concepto de adulterio, lo cierto es que el interés del marido en la fidelidad de la esposa se considera lesionado por una sola cópula con otro hombre, sobre todo en orden al peligro de la generación ilegítima, mientras que el comercio carnal del marido con mujer distinta de la esposa sólo es punible a condición de que sea repetido, por lo que el delito cometido por el marido, en vez de *adulterio*, se llama *concubinato*. Según el art. 560, para constituir el delito no basta, sino que se necesita, una repetición de actos carnales, sin los cuales una mujer no viene a ser concubina de un hombre. El delito previsto por el art. 560 no es, pues, como el delito continuado, una secuela de delitos simples o singulares, sino un solo delito. Note a este propósito el lector la diferencia entre el *concubinato* y la *relación adulterina*, de que habla el tercer apartado del art. 559; esta última es una verdadera figura de *adulterio continuado*, por lo cual el art. 559<sup>3</sup> no hace más que modificar, en cuanto a la continuación en el adulterio, la norma general contenida en el segundo apartado del art. 81. Otros ejemplos de delito continuativo se encuentran en el art. 534 (*explotación de prostitutas*) o en el art. 572 (*malos tratos a la familia o contra niños*).

Como el evento del delito continuativo se extiende a todos los eventos singulares y se resuelve, por tanto, en la repetición de ellos, repetición para la cual es necesaria la continuidad de las acciones correlativas, hay que reconocer al delito continuativo el carácter de la permanencia. También en este aspecto difiere el delito continuativo del delito continuado; este último, como vimos, precisamente por ser una repetición de delitos, excluye la permanencia allí donde el delito continuativo, precisamente por ser un delito único, la incluye.

#### SECCIÓN SEXTA

##### Del delito plurisubjetivo

250. *Delito plurisubjetivo*. — Ya sabemos que el delito plurisubjetivo es un delito de *concurso necesario*, en el sentido de que, si no existe el concurso, no hay tal delito; por ejemplo, mientras que el hurto puede ser o no ser concursal, el *adulterio* o la *asociación para delinquir* no puede menos que consistir en una multiplicidad de acciones e implicar, por tanto, una pluralidad de agentes. Parafraseando la fórmula del art. 84 del Cód. pen., podemos llamar plurisubjetivo al delito en que una pluralidad de acciones y, por tanto, una pluralidad de agentes, entra como requisito constitutivo o como circunstancia agravante. Por consiguiente, cuando el delito puede cometerlo un solo

agente, no se trata de delito plurisubjetivo. A veces, la diagnosis del delito plurisubjetivo es sumamente fácil; por ejemplo, que un hurto o un homicidio no sea plurisubjetivo, y viceversa, que lo sean la *bigamia* (art. 556, Cód. pen.) o el *duelo* (art. 396), salta a la vista; pero alguna otra figura requiere mayor atención acerca de la distinción entre el agente y el paciente del delito; sobre este tema podrá el lector ejercitarse comparando, por ejemplo, el *adulterio* (art. 559) con la *violencia carnal* (art. 519), o el *soborno* (arts. 318 y sigtes.) con la *concusión* (art. 317). Cada uno de estos delitos presenta un encuentro de dos personas, pero sólo en el primero y en el tercero, no así en el segundo y en el cuarto, cada una de ellas obra o, en otras palabras, ocasiona con su acción el evento.

251. *Delito plurisubjetivo propio o impropio.*—La distinción entre delito *plurisubjetivo propio* y delito *plurisubjetivo impropio* es análoga a la que hemos formulado ya, con los mismos términos, en el campo del delito plurieventual: las más de las veces el concurso lo plantea la ley como requisito constitutivo del delito cuyo evento sea tal, que no pueda ser ocasionado más que por una pluralidad de acciones (ejemplo, *soborno de funcionario público*, arts. 318 y sigtes.; *asociación para delinquir*, art. 416, Cód. pen.), por lo que se debe hablar de *delito plurisubjetivo propio*; pero en algún caso, el concurso se prevé no ya como requisito constitutivo, sino a modo de circunstancia agravante: léanse a este propósito los arts. 339, 385<sup>2</sup>, 386<sup>3</sup> del Cód. pen., donde los delitos de *violencia*, *amenaza*, *resistencia a un funcionario público* o de *violencia* o *amenaza a un organismo político, administrativo o judicial* (arts. 336, 337, 338) o también de *evasión* o *evasión procurada* son agravados cuando los cometan *varias personas reunidas*.

Es evidente que tampoco al caso de delito plurisubjetivo impropio, aunque sólo fuese por aplicación analógica del art. 84, se pueden referir las normas sobre el concurso de personas en el delito.

252. *Clasificación del delito plurisubjetivo propio.*—Quien tenga la paciencia de recorrer el segundo libro del Código penal, advertirá fácilmente que la noción del delito plurisubjetivo propio comprende una serie de figuras entre las que, según diversos criterios, puede establecerse una clasificación.

Uno de esos criterios se refiere a la *homogeneidad* o *heterogeneidad* de las acciones concurrentes, según la cual precisamente se distingue el *delito plurisubjetivo homogéneo* del *delito plurisubjetivo heterogéneo*; compárense, en este aspecto, la *asociación para delinquir* (art. 416, Cód. pen.), el *abandono colectivo de funciones, empleos, servicios o trabajos públicos* (art. 330) o la *huelga* (art. 502<sup>2</sup>) con el *adulterio* (art. 559), el *concubinato* (art. 560) y el *soborno* (arts. 318

y sigtes).. Los tres primeros tipos son ejemplos de la primera categoría; y los tres últimos, de la segunda.

Un segundo criterio se puede referir a la *independencia* o *dependencia* de las acciones concurrentes, las cuales obran unas veces cada una por sí y otras veces en relación una con otra, relación que puede ser tanto simple como recíproca; en ese aspecto compare el alumno la *huelga* (art. 502<sup>2</sup>) con el *aborto en mujer que lo consienta* (art. 546) o con el *uso de las armas en duelo* (art. 396): cada uno de los huelguistas ejecuta una acción físicamente aislada, pero, en cambio, quien procura el aborto, actúa sobre el cuerpo de la mujer, y los duelistas tratan de herirse recíprocamente. Hasta ahora se ha presentado esta distinción *sub specie* de la *convergencia* o de la *divergencia* de las acciones, y se ha distinguido así entre delitos plurisubjetivos de *convergencia* (o también *delitos plurisubjetivos unilaterales*) y delitos de *encuentro* (o *delitos plurisubjetivos bilaterales*); pero me parece que, así planteada la distinción, es muy aproximativa: entre otras cosas, como ya lo indicamos, no siempre la divergencia o, mejor, dependencia entre las acciones presenta el carácter de la reciprocidad, como bien aparece de la comparación entre el aborto sobre *mujer que lo consienta* y el *duelo*, o entre el *soborno en acto de oficio* (art. 318) y el *adulterio* (art. 559); como quiera que sea, la fórmula de la dependencia me parece más precisa que la hasta ahora adoptada.

También en otro aspecto se nota que hay entre los delitos plurisubjetivos propios algunos en que la acción de los concurrentes consiste en una *recíproca declaración de voluntad*, a diferencia de aquellos en que la acción tiene el carácter de *operación*. Son necesarias al alumno, para comprender bien esta distinción, ciertas nociones de teoría general que se refieren precisamente a la diferencia entre las *declaraciones* y las *operaciones jurídicas*, con trascendencia también en el campo del derecho penal: compárense, en este aspecto, la *asociación para delinquir* (art. 416, Cód. pen.) con la *huelga* (art. 502<sup>2</sup>). De la simple lectura de las dos normas contenidas en los artículos ahora citados resulta que para la asociación basta una recíproca voluntad de los agentes, mientras para la huelga es necesario el abandono o la turbación del trabajo. Siguiendo líneas conocidas de la teoría general, en el primer grupo de los delitos plurisubjetivos, que se podrán llamar *delitos convencionales*, habrá que distinguir ulteriormente entre el caso en que la convención se defina como *acuerdo* y aquel, en cambio, en que tenga la figura del *contrato*; pertenece al primer caso, por ejemplo, la *conspiración política* (arts. 304 y sigtes., Cód. pen.) y al segundo el *soborno* (art. 318); a propósito de lo cual invitamos al alumno a que se informe acerca de la clasificación, en la teoría general, de las declaraciones complejas de voluntad.

También de los delitos plurisubjetivos unos pertenecen y otros no pertenecen a la categoría de delitos *calificados*: mientras el art. 416 considera como sujeto de la *asociación para delinquir* a una *persona*



cualquiera, el art. 559 del Cód. pen. designa, en cambio, sujeto del *adulterio* a una esposa y el art. 560 a un *marido* como sujeto del *concubinato*. Entre los delitos *plurisubjetivos* *calificados* unos lo son *simple* o *unilateralmente*, otros *recíproca* o *plurilateralmente* *calificados*; por ejemplo, todos los concurrentes en el delito de *abandono colectivo de funciones, empleos, servicios o trabajos públicos* deben tener la calificación prevista por el art. 330 del Cód. pen., así como todos los concurrentes en el delito de *huelga* deben ser “trabajadores adscritos a establecimientos, haciendas u oficios” (art. 502<sup>2</sup>), mientras que sólo el sobornado debe ser funcionario público (art. 318), así como sólo uno de los dos concurrentes en el delito de *adulterio* o de *concubinato* se exige que esté unido en matrimonio con persona distinta del otro concurrente (si ambos estuviesen casados, podrían acumularse, si concurren los requisitos, el *adulterio* con el *concubinato*).

Finalmente, se puede distinguir entre los delitos *plurisubjetivos* según que para cometerlos sea necesaria y suficiente *una pareja* o *mayor número de concurrentes*; compare el alumno la pareja de la mujer adúltera y su amante o del funcionario público sobornado y su sobornado, con las tres o más personas necesarias para constituir la asociación para delinquir o la huelga. En este aspecto resulta también interesante la comparación entre los arts. 304 y 305 del Cód. penal.

253. *Régimen del delito plurisubjetivo*. — Como el delito *plurieventual* (en la terminología del código, *delito complejo*) excluye la *acumulación de delitos*, el delito *plurisubjetivo* excluye el *delito concursal*. No debe entenderse esto en el sentido de que, como un delito *plurieventual* puede acumularse con otro delito (por ejemplo, el robo con la lesión personal o con el homicidio), tampoco pueda haber concurso en un delito *plurisubjetivo* (por ejemplo, el intermediario entre el funcionario público sobornado y el sobornado es ciertamente un concurrente en el soborno), sino en el de que, como no hay *acumulación* entre los delitos singulares combinados en el delito *plurieventual*, tampoco hay concurso entre los agentes cuyas acciones se combinan en el delito *plurisubjetivo*. Por consiguiente, si el Código, sobre esta delicada y complicada materia de las combinaciones entre los delitos, estuviese armónicamente construido, al final del capítulo tercero del título cuarto del libro primero, dedicado al “concurso de personas en el delito”, debería contener una norma, análoga a la del art. 84, en la cual se dijera que las disposiciones precedentes, o sea las reglas acerca del concurso, no se aplican cuando, para usar el lenguaje de la ley, el concurso de varias personas se considera como elemento constitutivo o como circunstancia agravante de un delito.

Aunque no exista esta norma, el principio relativo resulta, sin embargo, del sistema del Código penal, aunque sólo fuese en cuanto está en él establecido el castigo de los agentes singulares independientemente del art. 110. Véanse, entre otros, los arts. 321, 556<sup>1</sup>, 559<sup>2</sup>,

560<sup>2</sup>, donde se conmina la pena al sobornador o al co-reo de bigamia, adulterio o concubinato, de lo que no habría necesidad si se aplicase en tales casos el art. 110. Ninguna de las reglas, pues, que constituyen el régimen particular del concurso intencional de delitos se aplica pues al delito plurisubjetivo, *que se regula, en cambio, respecto de cada uno de los agentes como un delito singular*. Esto quiere decir, especialmente, que respecto de cada uno de los agentes deben valorarse los diversos momentos del delito, económico, psicológico y físico; no pueden encontrar aplicación los arts. 112, 114 y 116; ni, en cuanto a las circunstancias, los arts. 118 y 119. No se excluye, sin embargo, que respecto de este o de aquel delito plurisubjetivo haya que tomar en cuenta el diverso valor causal de la acción de cada uno de los agentes en orden al evento. Véanse, a este propósito, los arts. 270<sup>4</sup>, 271<sup>3</sup>, 274<sup>4</sup>, 284<sup>2</sup>, 306 del Cód. pen., donde se contienen normas análogas a las establecidas en los arts. 112 y 114 a propósito del concurso intencional.

## **ÍNDICE ALFABÉTICO**

## ÍNDICE ALFABÉTICO

---

### A

#### ABANDONO

- colectivo de empleos, 295.
- de funciones, 295.
- de servicios, 295.
- de trabajos públicos, 295.

#### Aberratio, 248.

— *causae*, 163.

— *delicti*, 163.

— *ictus*, 163.

ABORTO procurado, 46. Véase *Actos abortivos*.

#### ABSOLUCIÓN, 27.

ABUSO del derecho. Véase *Ejercicio arbitrario de los propios derechos*.

#### ACCIÓN

- Circunstancias agravantes inherentes a la ..., 187.
- Circunstancias atenuantes inherentes a la ..., 190.
- Circunstancias determinativas inherentes a la ..., 197.
- en el concurso intencional, 279.
- Delitos de ..., 155.
- del delito, 167.
- Diferencia cuantitativa entre ... y evento, 241.
- Distinción entre los conceptos del hecho, del acto, del evento, de la ..., 152.
- impositiva del evento, 191.
- interrupción de la ..., 191.
- Unidad del evento con pluralidad de ..., 238.

#### Acto

- abortivos sobre mujer considerada encinta, 123, 157, 202. Véase *Aborto*.
- acumulativo. Distinción entre ... y acto continuado, 260.
- Análisis del ..., 152.
- antijurídico, 117.
- complejo, 234.

— continuado. Distinción entre acto acumulativo y ..., 260.

— Distinción entre los conceptos del hecho, del ..., del evento, de la acción, 152.

— ilícitos contra personas privadas enemigas, 100.

— en daño de bienes enemigos, 100.

— Delito como ..., 89, 117.

— imperativos, 114.

— jurídicos. Combinaciones de los ..., 234.

— Delito como ..., 116.

— penales, 34.

— obscenos, 245.

#### ACTUACIÓN, 127.

— Circunstancias impositivas inherentes a la ..., 181.

ACUERDO a fin de cometer un delito, 285.

#### ACUMULACIÓN

— de delitos, 238, 241, 250.

— heterogénea, 241, 245.

— preterintencional, 248.

— homogénea, 241, 242.

— excesiva, 245.

— preterintencional, 243.

— impropia, 249, 250, 251.

— propia, 250.

— homogénea. Importancia jurídica de la ..., 255.

— heterogénea. Importancia jurídica de la ..., 253.

#### ADOLESCENTE, 61, 63, 126.

— Imputabilidad atenuada de los ..., 189.

— Perdón judicial de los ..., 218.

— Semiimputabilidad atenuada de los ..., 189.

#### ADMINISTRACIÓN

— de justicia. Delitos contra la ..., 51.

— pública. Delitos contra la ..., 51.

ADULTERIO, 48, 76, 107, 110, 245, 294, 295.

ADULTO

— embriagados, 63.

— enfermos, 63.

— narcotizados, 63.

AFECCIÓN. Valor de ..., 189.

AGENTE

— Doctrina alemana del tipo de ..., 55.

— mediato, 282.

ALCOHOL, 62.

ALTERACIÓN. Medios de ..., 43.

ALTERNATIVIDAD. Principio de la ..., 247.

AMBIENTE, 19.

— Delito de ..., 67.

AMENAZA, 43, 76.

AMNISTÍA, 203, 215.

ANTI JURIDICIDAD, 117.

ANTROPOLOGÍA, 3, 55.

— criminal, 3.

APARCERÍA, 290.

APROPiación indebida, 107.

ARMA, 43.

— en duelo. Uso de ..., 296.

— Uso legítimo de las ..., 181.

ARREPENTIMIENTO, 26, 225.

ASCENDIENTE, 109.

ASISTENCIA familiar. Incumplimiento de la obligación de ..., 110.

ASOCIACIÓN

— para delinquir, 40, 42, 294, 295, 296.

— profesional, 50.

ATENTADO a la moral familiar, 43.

ATENUACIÓN espontánea de las consecuencias del delito. Reparación, eliminación o ..., 226.

AUTOINTEGRACIÓN, 20.

AUTOR. Derecho de ..., 48.

AUTORIDAD, 90.

— Orden legítima de la ..., 90.

## B

BENEFICIOS. Contrato de trabajo con participación en los ..., 290.

BIEN, 36, 44, 242.

— agredido, 73.

— disputado, 76.

— enemigo. Actos ilícitos en daño de ..., 100.

BIGAMIA, 110.

*Bonus pater familias*, 63. Véase *Diligens pater familias*. Véase *Padre*.

BUENA

— costumbres. Delitos contra la moralidad pública y las ..., 46, 52.

— fe, 144.

## C

CALIFICACIÓN

— agravante o atenuante, 112.

— constitutiva, 110.

— impeditiva, 111.

— modificativa, 111.

CAPACIDAD

— para delinquir, 19, 64.

— Circunstancias agravantes inherentes a la ..., 184.

— Circunstancias determinativas inherentes a la ..., 193.

— de entender, 135.

— o de querer, 61.

— penal, 57.

— pasiva, 71.

— de las personas. Requisitos de ..., 126.

— de prever, 135.

CAPITAL en el delito, 42.

CARÁCTER, 19.

— Delito de ..., 67.

CARRARA, Francesco, 12.

CARTA, 43.

CASO

— fortuito, 131, 136.

— Distinción del ..., del error no culpable, 137.

CASTIGO, 4, 8.

CAUSA, 167.

— Concepto de ..., 129.

— del contrato, 129.

— del delito, 130.

— eficiente, 167.

— de honor, 158.

— del negocio, 130.

CAUSALIDAD

— adecuada, 169.

— eficiente, 169.

— Juicio de ..., 171.

— Teoría de la ..., 168.

CIRCUNSTANCIAS, 157.

— agravantes, 157, 178, 184, 198.

— o atenuantes desconocidas, 161.

— Concurso de ... o atenuantes homogéneas, 199.

— Concurso de ... con circunstancias atenuantes, 200.

— Concurso de las circunstancias determinativas con ... o atenuantes, 199.

- Concurso de varias ... o de varias circunstancias atenuantes, 199.
- inherentes a la acción, 187.
- inherentes a la capacidad para delinquir, 184.
- inherentes al evento, 187.
- inherentes al fin, 186.
- inherentes a la imputabilidad, 184.
- inherentes al instrumento del delito, 184.
- inherentes a la imputabilidad, 184.
- inherentes al instrumento del delito, 184.
- inherentes a la intención, 186.
- inherentes a la persona ofendida, 185.
- inherentes a la relación penal, 185.
- atenuantes, 157, 178, 189.
- Concurso de circunstancias agravantes con ..., 200.
- Concurso de las circunstancias determinativas con circunstancias agravantes o ..., 199.
- Concurso de varias circunstancias agravantes o de varias ..., 199.
- desconocidas. Circunstancias agravantes o ..., 161.
- especiales, 198.
- homogéneas. Concurso de circunstancias agravantes o ..., 199.
- inherentes a la acción, 190.
- inherentes al evento, 192.
- inherentes a la imputabilidad, 189.
- inherentes a la intención, 190.
- inherentes a la relación penal, 189.
- Concurso de las ..., 179, 198.
- en el concurso intencional, 287.
- del delito, 176.
- determinativas, 179, 192, 285.
- Concurso de las ... con circunstancias agravantes o atenuantes, 199.
- inherentes a la acción, 197.
- inherentes a la capacidad para delinquir, 193.
- inherentes a los cuerpos del delito, 193.
- inherentes al evento, 197.
- inherentes al fin, 195.
- inherentes a la intención, 195.
- inherentes a la relación penal, 194.
- Valor de las ..., 192.
- especiales. Circunstancias generales y ..., 176.
- Concurso de circunstancias generales con ..., 198.
- generales. Clasificación de las ..., 178.
- Concurso de ... con circunstancias especiales, 198.
- y especiales, 176.
- impeditiva, 143, 157, 179, 180.
- inherentes a la actuación, 181.
- inherentes al fin, 191.
- inherentes a la imputabilidad, 180.
- inherentes a la intención, 181.
- inherentes a la relación penal, 180.
- objetivas. Circunstancias subjetivas y ..., 177.
- con requisitos. Concurso de ..., 198.
- subjetivas y objetivas, 177.
- CIUDADANO, 109.
- Delitos comunes cometidos por el ... o por el extranjero en el extranjero, 208.
- CLEMENCIA, 215.
- CLIENTELA, 48.
- CÓDIGO
  - penal, 2, 9.
  - penales militares de paz y de guerra, 10.
  - de procedimiento penal, 2, 9.
  - Rocco, 10.
  - Zanardelli, 10.
- Cogitationis poenam nemo patitur* 56, 151, 285.
- COLABORACIÓN, 40.
- en el delito, 40, 41.
- COMERCIO
  - Delitos contra la economía pública, la industria y el ..., 52.
  - con el enemigo, 52.
  - Marcas de fábrica y de ..., 48.
- COMISIÓN
  - Delitos por ..., 39.
  - Delito por ... o por omisión, 172, 173.
- COMPETICIONES deportivas. Muerte o lesión personal ocasionada mediante ..., 95.
- CÓMPLICE, 281.
- CONCAUSA, 167.

- CONCIENCIA, 60, 135.
- CONCUBINATO, 48, 110, 240, 294, 295.
- CONCURSO
- de las circunstancias, 179, 198.
  - de circunstancias agravantes o atenuantes homogéneas, 199.
  - de circunstancias agravantes con circunstancias atenuantes, 200.
  - de las circunstancias determinativas con circunstancias agravantes o atenuantes, 199.
  - de circunstancias generales con circunstancias especiales, 198.
  - de circunstancias con requisitos, 198.
  - concertado, 269.
  - de condiciones, 231.
  - culposo, 269.
  - de delitos, 238, 241, 265.
  - en el delito, 265.
  - en el delito. Problema del ..., 266.
  - entre delitos dolosos o delitos culposos, 270.
  - Delito mediante ..., 41.
  - doloso, 269.
  - fortuito, 267, 268.
  - impropio, 266.
  - impropio. Concurso propio o ... en el delito, 265.
  - intencional, 268.
  - Acción en el ..., 279.
  - Calificación en el ..., 273.
  - Circunstancias en el ..., 287.
  - Condiciones en el ..., 288.
  - Evento en el ..., 285.
  - Fin en el ..., 276.
  - Imputabilidad en el ..., 273.
  - Intención en el ..., 277.
  - Interdependencia de los delitos concurrentes en el ..., 272.
  - Problema del ..., 271.
  - no concertado, 269.
  - de personas en el delito, 40, 238, 239.
  - propio o concurso impropio en el delito, 265.
  - de varias circunstancias agravantes o de varias circunstancias atenuantes, 199.
- CONCUSIÓN, 295.
- CONDENA, 27.
- No existe el delito sin la ..., 27.
  - penal, 26.
- CONDENADO. Muerte del ..., 231.
- Condicio facti, 203.
- iuris, 203.
- CONDICIÓN, 157, 167.
- agravantes, 224.
  - atenuantes, 225.
  - Clasificación de las ..., 202.
  - Concurso de ..., 231.
  - en el concurso intencional, 288.
  - constitutivas, 205.
  - Clasificación de las ..., 205.
  - extrínsecas, 207.
  - intrínsecas, 206.
  - del delito, 202.
  - extrínsecas, 205.
  - legal, 203.
  - modificativas, 224.
  - objetiva del delito, 206.
  - de la pena, 205.
  - de procedibilidad, 205.
  - de punibilidad, 205.
  - resolutorias del delito, 212.
  - voluntaria, 203.
- CONEXIÓN de los delitos, 245.
- CONFLICTO
- de intereses, 76.
  - calificado por un deber y por un poder, 80.
  - Composición política del ..., 80.
- CONSENTIMIENTO del derechohabiente, 92, 181.
- del ofendido, 71.
- CONSPIRACIÓN política, 296.
- CONSTREÑIMIENTO físico, 181, 283.
- físico. Daño irrogado por ... o por fuerza mayor, 130.
- CONTAGIO venéreo, 46.
- CONTINUACIÓN
- de delitos, 258.
  - en el delito, 238.
  - Eficacia jurídica de la ..., 263.
  - Independencia de los delitos en..., 262.
- CONTRATO
- Causa del ..., 129.
  - mixtos, 290.
  - de trabajo, 40.
  - de trabajo con participación en los beneficios, 290.
- CONTRAVENCIÓN, 3.
- Delitos y ..., 86.
  - Distinción entre delitos y ..., 159.
- CÓNYUGE, 109.
- Derecho sobre la persona del ..., 85.
- Co-REO, 281.
- CORRESPONDENCIA. Revelación del contenido de la ..., 247.
- Violación, sustracción o supresión de ..., 46, 247.
- CORTE de assises, 11.

**COSA, 36.**

- colectivas, 235.
- colectivas. Distinción de las cosas compuestas respecto de las ..., 47.
- complejas. Distinción de las cosas simples respecto de las ..., 47.
- compuestas, 235.
- compuestas. Distinción de las ... respecto de las cosas colectivas, 47.
- comunes. Sustracción de ..., 109.
- Delitos sobre las ..., 48.
- Distinción entre ... y personas como elementos del delito, 35.
- flúidas. Véase *Hurto de electricidad*.
- flúidas. Distinción entre cosas sólidas y ..., 47.
- inmateriales. Distinción entre cosas materiales e ..., 48.
- inmuebles. Distinción entre cosas muebles y ..., 47.
- como materia del delito, 46.
- propia. Fraudulenta destrucción de la ... o mutilación de la propia persona, 132.
- Requisitos de idoneidad de las ..., 126.
- simples. Distinción de las ... respecto de las complejas, 47.
- sólidas. Distinción entre ... y cosas flúidas, 47.
- COSTUMBRE, 79.** Véase *Buenas Costumbres*. Véase *Ethos*. Véase *Mos*.
- CRUELDAD, 186, 197.**
- CUERPO**
- del delito, 37, 53.
- Circunstancias determinativas inherentes a los ..., 193.
- Clasificación de los ..., 38.
- Delito sobre el propio ..., 46.
- CULPA, 159.**
- grave, 195.
- leve, 195.
- levisima, 195.
- con previsión, 141.
- responsabilidad penal sin ..., 150.
- sin previsión, 138, 139.
- CULTO, 50.**
- CUSTODIO, 112.**

**D**

- Damnum, 27.*
- sin *iniuria*, 106.
- DAÑO, 37, 45, 46, 242.**
- de los bienes enemigos. Actos ilícitos en ..., 100.

- Delitos de ..., 37, 154, 155.
- estimable, 188.
- irrogado con el consentimiento del derechohabiente, 92.
- por constreñimiento físico o por fuerza mayor, 130.
- en el cumplimiento de una obligación, 90.
- Imprevisión del ..., 135.
- por la necesidad de cumplir una obligación inherente a una función pública, 96.
- por la necesidad del ejercicio del derecho sobre la persona, 102.
- por la necesidad del ejercicio de una facultad, 101.
- sin tentación, 130.
- moral, 188.
- no estimable, 188.
- no resarcible en dinero, 188.
- ocasionado en el ejercicio de una facultad, 91.
- ocasionado en guerra, 99.
- patrimonial, 188.
- resarcible, 188.
- Resarcimiento del ..., 83.
- DEBER, 77, 87.**
- Conflicto de intereses calificado por un ... y por un poder, 80.
- Cumplimiento de un ..., 181.
- para con enfermos. Violación de los ... heridos, náufragos o muertos y para con el personal sanitario, 100.
- ético, 81.
- ético o moral, 79.
- jurídico, 81.
- DEFENSA.** Véase *Legítima defensa*.
- social. Fórmula de la ..., 19.
- DELIBERACIÓN, 60.**
- Delito con ..., 142.
- del delito, 139.
- Delitos sin ..., 141.
- Error en la ..., 144.
- del fin, 139.
- DELINCUENCIA, 40, 56.**
- habitual, 190.
- profesional, 190.
- por tendencia, 190.
- DELINCUENTE**
- habitual, 40.
- Personalidad del ..., 40.
- profesional, 40.
- reincidente específico, 40.
- por tendencia, 65.
- DELINQUIR.** Capacidad para ..., 64.
- Tendencia a ..., 65.



- DELITO, 2, 3.
- aberrante, 162, 245, 286.
  - Abrogación del ..., 213.
  - de acción, 155.
  - Acción del ..., 167.
  - como acto ilícito, 89, 177..
  - como acto jurídico, 116.
  - Actuación del ..., 151.
  - Acuerdo a fin de cometer un ..., 285.
  - Acumulación de ..., 238, 241.
  - acumulados. Independencia de los ..., 256.
  - acumulativo, 236, 238, 290.
  - acumulativo heterogéneo 246.
  - administrativos, 110.
  - Agravación voluntaria de las consecuencias del ..., 225.
  - aislado, 68.
  - de ambiente, 67.
  - Asociación a fin de cometer varios ..., 42.
  - Asociación para el ..., 40.
  - asociativo, 40, 43.
  - Calidad del fin como requisito constitutivo del ..., 131.
  - calificados, 110.
  - Capital en el ..., 42.
  - de carácter, 67.
  - Caracteres del ..., 193.
  - Carácter constitutivo del ..., 27.
  - Causa del ... 130.
  - Circunstancias del ..., 176.
  - Circunstancias agravantes inherentes al instrumento del ..., 184.
  - Circunstancias determinativas inherentes a los cuerpos del ..., 193.
  - Clasificación de los cuerpos del ..., 38.
  - Clasificación de los momentos del ..., 127.
  - Clasificación de los requisitos del ..., 121.
  - Clasificación subjetiva de los ..., 67.
  - Colaboración en el ..., 40, 41.
  - colectivo, 237.
  - — Clasificación del ..., 237.
  - — unipersonales, 265.
  - Combinaciones de ..., 232.
  - cometido en el extranjero. Traslado al territorio del Estado del culpable de un ..., 208.
  - por comisión, 39.
  - de comisión por omisión, 173.
  - por comisión o por omisión, 172.
  - Complejidad de ....., 233.
  - complejo, 235 238, 290, 291.
  - complejo. Clasificación del ..., 235.
  - componentes. Independencia del delito plurieventual respecto de los ..., 292.
  - compuesto, 237, 239, 290.
  - comunes cometidos por el ciudadano o por el extranjero en el extranjero, 208.
  - — y delitos políticos, 208.
  - — Delitos simples o..., 110.
  - concursal, 40, 237, 238.
  - Concurso de ..., 238, 241, 265.
  - Concurso en el ..., 265.
  - Concurso de personas en el ..., 40, 238, 239.
  - Concurso propio o concurso impropio en el ..., 265.
  - concurrentes. Interdependencias de los ... en el concurso intencional, 272.
  - — Pluralidad de ..., 266.
  - — Valoración causal de los ..., 281.
  - Condiciones del ..., 202.
  - Condición objetiva del ..., 206.
  - Condiciones resolutorias del ..., 212.
  - Conexión de los ..., 245.
  - Contenido del ..., 52.
  - Continuación de ..., 258.
  - Continuación en el ..., 238.
  - en continuación. Independencia de los ..., 262.
  - continuado, 237, 240, 258, 290, 293.
  - continuativo, 240, 293.
  - contra la administración de justicia, 51.
  - contra la administración pública, 51.
  - contra la economía pública, la industria y el comercio, 52.
  - contra el Estado, 52.
  - contra la fe pública, 51.
  - contra el honor, 45.
  - contra la incolumidad pública, 51.
  - contra la integridad y la sanidad de la stirpe, 46.
  - contra las leyes y los usos de la guerra, 100.
  - contra la libertad individual, 45.
  - contra la moralidad pública y las buenas costumbres, 46, 52.
  - contra el orden público, 51.
  - contra la persona, 51.

- contra la personalidad del Estado, 51.
- contra los prisioneros de guerra, 100.
- y contravenciones, 86.
- convencionales, 296.
- La cosa como materia del ..., 46.
- Cuerpos del ..., 37, 53.
- culposo, 159, 286.
- culposos. Concurso entre delitos dolosos y ....., 270.
- de daño, 37, 154, 155.
- con deliberación, 142.
- Deliberación del ..., 139.
- sin deliberación, 141.
- Desarrollo del ....., 115.
- Diagnósis del ..., 57, 61.
- de difamación o injuria, 35.
- Diferencia entre el ... y el pecado, 3, 151.
- Diferencia entre posibilidad y probabilidad del ..., 64.
- Director del ..., 284.
- Distinción entre ... y contravenciones, 159.
- Distinción entre cosas y personas como elementos del ..., 35.
- Divergencia cuantitativa entre el fin y el evento del ..., 164.
- doloso, 156.
- dolosos. Concurso entre ... y delitos culposos, 270.
- de duración, 175.
- Elementos del ..., 35.
- Elemento objetivo del ..., 128.
- Elementos personales del ..., 36.
- Elementos reales del ..., 36.
- Elemento subjetivo del ..., 128.
- Encargo de ..., 41, 43.
- de encuentro, 296.
- Esquema del ..., 123.
- Establecimiento del ..., 43.
- Estructura física del ..., 36.
- Estructura psíquica del ..., 52.
- evento del ..., 153.
- de evento, 155.
- de evento intrascendente, 155.
- excesivo, 164.
- Exceso en el ..., 164.
- Extinción del ..., 212, 221.
- familiares, 110.
- Familias de ..., 124.
- Fin del ..., 127, 128.
- Fin como requisito agravante o atenuante del ..., 132.
- Finanzas del ..., 43.
- Forma del ..., 9, 118.
- Forma legal del ..., 124.
- Forma típica del ..., 119.
- formal, 154.
- habitual, 68.
- Habitualidad del ..., 66.
- Habitualidad o profesionalidad del ..., 185.
- como hecho jurídico, 23, 27.
- es un hecho jurídico, 115.
- como hecho moral, 27.
- El hombre como materia del ..., 44.
- Importancia jurídica de la acumulación de ..., 250.
- de imprenta, 150.
- Incongruencia del concepto de extinción del ..., 212.
- individuales, 45, 49.
- Inductor del ..., 284.
- de injuria, 105.
- de injuria o de difamación, 35.
- instantáneo o permanente, 174.
- Instrumentos del ..., 38.
- Intención del ..., 133.
- sin intención, 150.
- intentado, 164, 165, 286. Véase *Tentativa*.
- Interés colectivo particularmente lesionado por el ..., 52.
- judiciales, 110.
- Juridicidad del ..., 115.
- Materia del ..., 43.
- material, 154.
- mediante concurso, 41.
- Momentos del ..., 126.
- Momento económico del ..., 128.
- Momento psicológico del ..., 133.
- No existe el ... sin la condena, 27.
- de ocasión, 67.
- por omisión, 39, 56.
- de omisión impropio, 173.
- Organizador del ..., 284.
- Partes del ..., 53.
- Participación en el ..., 58.
- de peligro, 37, 154, 155.
- de pena variable, 192.
- permanente. Delito instantáneo o ..., 174.
- Personalidad del ..., 57.
- plurieventual, 240, 289.
- — impropio, 291.
- — Independencia del ... respecto de los delitos componentes, 292.
- — propio, 291.
- plurisubjetivo, 240, 294.
- — bilaterales, 296.

- impropio. Delito plurisubjetivo propio o ..., 295.
- propio. Clasificación del ..., 295.
- propio o impropio, 295.
- Régimen del ..., 297.
- unilaterales, 296.
- políticos, 110.
- políticos. Delitos comunes y ..., 208.
- preterintencional, 164, 166, 286.
- Previsión del ..., 134.
- Problema del concurso en el ..., 266.
- profesional, 68.
- Profesionalidad en el ..., 67.
- Progresión de ..., 246.
- Promotor del ..., 284.
- putativo, 160.
- de receptación, 291.
- Reparación, eliminación o atenuación espontánea de las consecuencias del ..., 204, 226.
- Reparación espontánea de las consecuencias del ..., 204.
- repetido, 68.
- Requisitos del ..., 120, 193.
- simples o comunes, 110.
- sobre las cosas, 48.
- sobre el hombre, 45.
- sobre la propia persona, 46.
- sobre el propio cuerpo, 46.
- sociales, 49, 52, 110.
- La sociedad como materia del ..., 48.
- de tendencia, 67.
- Tentativa de ..., 164.
- Trabajo del ..., 39.
- Unidad o pluralidad de los ..., 232.
- Delitto*, 3.
- Demens*, 58.
- DEPOSITARIO próximo, 112.
- DEPÓSITO necesario, 107.
- DERECHO
  - de autor, 48.
  - disponibles o no disponibles, 94.
  - Ejercicio de un ..., 181.
  - interno, 99.
  - Intrascendencia del error de ..., 145.
  - y ley penal, 8.
  - natural, 80.
  - penal, 2.
  - Carácter sancionador del ..., 6.
  - legal, 24.
  - libre, 20, 25.
- Relaciones entre el ... y la economía, 42.
- y proceso penal, 11.
- de propiedad, 85.
- sobre la persona del cónyuge, 85.
- sobre la persona. Daño irrogado por la necesidad del ejercicio del ..., 102.
- sobre la propia persona, 85.
- subjetivo, 95.
- DERECHOHABIENTE
  - consentimiento del ..., 181.
  - Daño irrogado con el consentimiento del ..., 92.
- DESCENDIENTE, 109.
- DESIGNIO criminoso, 260, 263.
- DESISTIMIENTO, 191.
- DESTRUCCIÓN fraudulenta de la cosa propia o mutilación de la propia persona, 132.
- DETENCIÓN preventiva, 205.
- DETERMINACIÓN, 283.
- Diferencia entre ... e instigación, 41.
- DETERMINISMO, 139.
- DIFAMACIÓN, 43.
- Delito de injuria o de ..., 35.
- DILIGENCIA, 142.
- Relaciones entre obediencia y..., 149.
- Diligens pater familias*, 138. Véase *Bonus pater familias*. Véase *Padre*.
- DINÁMICA, 2.
- penal, 33.
- DINERO
  - Daño no resarcible en ..., 188.
  - Ventaja estimable en ..., 188.
- DIRECTOR del delito, 284.
- DISCRECIÓN. Rendición a ..., 100.
- DISCRECIONALIDAD de la pena, 178.
- DOCUMENTO
  - falso. Uso de ..., 291.
  - público, 43.
- DOLO, 142.
- alternativo, 158.
- del concurso, 269.
- específico, 132.
- específico. Fórmula del ..., 129.
- genérico, 132.
- indeterminado, 158.
- Intensidad del ..., 196.
- como requisito constitutivo, 158.
- DOMICILIO. Violación de ..., 43, 46.
- Dominus*, 45.
- Dovere*, 87.
- DUELO. Uso de armas en ..., 296.

# E

## ECONOMÍA

- pública. Delitos contra la ..., la industria y el comercio, 52.
- Relaciones entre el derecho penal y la ..., 42.

## EDAD, 61.

## EJECUCIÓN penal, 2.

## EJERCICIO

- arbitrario de los propios derechos, 132.
- de un derecho, 181.
- de una facultad. Daño irrogado por la necesidad del ..., 101.
- de una facultad. Daño ocasionado en el ..., 91.

## ELECTRICIDAD. Hurto de ..., 47. Véase Cosas *flúidas*.

## ELIMINACIÓN espontánea. Reparación ..., o atenuación espontánea de las consecuencias del delito, 204, 226.

## EMBRIAGUEZ, 62.

- no plena. Imputabilidad atenuada de los que estén afectados de ..., 189.
- no plena. Semiimputabilidad de los que estén afectados de ..., 189.

## EMPLEOS. Abandono colectivo de..., 295.

## ENCARGO de delito, 41.

- Delito por ..., 43.

## ENCUBRIMIENTO bélico, 52.

## ENCUENTRO. Delitos de ..., 296.

## ENEMIGO. Comercio con el ..., 52.

## ENERGÍA, 47.

## ENFERMEDAD, 61.

- mental, 62, 126.
- mental. Imputabilidad por ..., 121.

## ENFERMOS. Violación de los deberes para con ..., heridos, náufragos o muertos y para con el personal sanitario, 100.

## ENGAÑO de personas incapaces, 246.

## ENTENDER. Capacidad de ..., 135.

## EQUIDAD. Juicio de ..., 20.

## ERROR

- acerca de la juridicidad del hecho, 146.
- culposo, 136, 164.
- en la deliberación, 144.
- de derecho. Intrascendencia del ..., 145.
- excusable, 136.
- fortuito, 136.

- inexcusable. Imprevisión por..., 138.

- judicial, 205.

- judicial negativo, 27.

- judicial positivo, 27.

- *judicis facit crimen*, 27.

- *judicis facit ius*, 27.

- no culposo, 137.

- no culposo. Distinción del caso fortuito del ... 137.

- no excusable, 136.

- en la previsión, 135.

## ESCLAVITUD. Reducción a ..., 45.

## ESCUELA clásica, 12.

- positiva, 12.

## ESPECIALIDAD. Principio de la ..., 247.

## ESPIONAJE, 76.

## ESPÍRITU. *Infirmas* del ..., 180.

## ESTABLECIMIENTO, 47.

- Arbitraria invasión de ..., 48.

- del delito, 43.

## ESTADO, 49.

- Delitos contra el ..., 52

- Delitos contra la personalidad del ..., 51.

- emotivos o pasionales, 189.

- mental, 61, 62.

- mental voluntariamente procurado, 62.

- de necesidad, 96, 101, 102, 143, 181.

- pasionales. Estados emotivos o ..., 189.

- Traslado al territorio del ... del culpable de un delito cometido en el extranjero, 208.

- Tribunal especial para la defensa del ..., 11.

## ESTAFA, 236.

## ESTÁTICA, 2.

- penal, 33.

## ESTIRPE. Delitos contra la integridad y la sanidad de la ..., 46.

## ESTRUCTURA. Distinción entre función y ..., 1.

- psíquica del delito, 52.

## ESTUDIO. Medios de ..., 12.

## ESTUPEFACCIÓN, 62. Véase *Narco-tismo*.

## *Ethos*, 79. Véase *Costumbre*. Véase *Mos*.

## EVENTO. Acción impeditiva del ..., 191.

- Circunstancias agravantes inherentes al ..., 187.

- Circunstancias atenuantes inherentes al ..., 192.

- Circunstancias determinativas inherentes al ..., 197.
- en el concurso intencional, 285.
- dañoso, 36, 153.
- del delito, 153.
- del delito. Divergencia cuantitativa entre el fin y el ..., 164.
- Delitos de ..., 155.
- Diferencia cuantitativa entre acción y ..., 241.
- Distinción entre los conceptos del hecho, del acto, del ... de la acción, 152.
- intrascendente. Delito de ..., 155.
- Relaciones entre el fin y el ..., 155.
- Trascendencia jurídica del ....., 155.
- Unidad del ..., con pluralidad de acciones, 238.

**EXCESO**

- culposo, 189.
- en el delito, 164.
- en la legítima defensa, 189.

**EXCUSABILIDAD, 137.****EXPERIENCIA. Regla de ..., 137, 196.****EXPIACIÓN, 8, 22, 34.**

- Fórmula de la ..., 17.
- Omisión de la ..., 221.
- penal, 28.

**EXTORSIÓN, 276.**

- EXTRANJERO. Delitos comunes cometidos por el ciudadano o por el ... en el extranjero, 208.**
- Traslado al territorio del Estado del culpable de un delito cometido en el ..., 208.

**F****FÁBRICA. Marcas de ..., y de comercio, 48.*****Factum infectum fieri nequit*, 212.****FACULTAD, 95.**

- Daño ocasionado en el ejercicio de una ..., 91, 101.

**FALSEDAD, 76, 236.****FALSO testimonio, 49.****FALTA, 3.****FAMILIA, 49.**

- malos tratos a la ... o contra niños, 294.

***Fattispecie*, 118.****FE. Véase Buena fe.**

- pública. Delitos contra la ..., 51.

**FERRI, Enrico, 12.****FIDELIDAD, 86.****FIN**

- Actuación del ..., 151.
- agravante, 276.
- atenuante, 276.
- Calidad del ... como requisito constitutivo del delito, 131.
- Circunstancias agravantes inherentes al ..., 186.
- Circunstancias determinativas inherentes al ..., 195.
- Circunstancias impeditivas inherentes al ..., 181.
- en el concurso intencional, 276.
- constitutivo, 276.
- Deliberación del ..., 139.
- del delito, 127.
- deshonestos. Rapto con ..., 291.
- Divergencia cuantitativa entre el ..., el evento del delito, 164.
- Relaciones entre el ... y el evento, 185.
- como requisito agravante o atenuante del delito, 132.
- Verificación del ..., 134.

**FINANZAS del delito, 43.****FLÚIDO. Véase Cosas flúidas. Hurto de electricidad.****FORMA**

- libre, 119.
- vinculada, 119.

**FRAUDE**

- comercial, 48.
- procesal, 49, 132.

**FUERZA**

- mayor, 137.
- mayor. Daño irrogado por consuetudinario físico o por ..., 130.

**FUNCIÓN**

- Abandono colectivo de ..., 295.
- administrativa. Distinción entre función judicial y ..., 18.
- y estructura. Distinción entre ..., 1.
- judicial. Distinción entre ... y función administrativa, 18.
- militar, 99.
- pública, 98.
- pública. Daño irrogado por la necesidad de cumplir una obligación inherente a una ..., 96.

**FUNCIONARIO**

- público, 90, 109, 110.
- Resistencia a un ..., 43.
- Soborno del ..., 240.

**G****GRACIA, 215.**

- Indulto y ..., 229.

GUERRA

- Delitos contra las leyes y los usos de la ..., 100.
- Delitos contra los prisioneros de ..., 100.
- Daño ocasionado en ..., 99.

H

HABITUALIDAD

- del delito, 66.
- o profesionalidad del delito, 185.

HECHO

- ajeno. Responsabilidad por el ..., 114, 151.
- Distinción entre los conceptos del ..., del acto, del evento, de la acción, 152.
- Error acerca de la juridicidad del ..., 146.
- jurídico. Delito como ..., 23, 27, 115.
- jurídicos penales, 34.
- moral. Delito como ..., 27.

HERIDOS. Violación de los deberes para con enfermos ..., náufragos o muertos y para con el personal sanitario, 100.

HETEROINTEGRACIÓN, 20.

HUJO, 109.

HIPERCAPACIDAD, 58.

HIPOCAPACIDAD, 58, 189.

HISTORIA de la legislación penal italiana, 10.

HOMBRE

- como materia del delito, 44.
- Delitos sobre el ..., 45.
- Estudio del ..., 57.
- medio, 63.
- HOMICIDIO, 43, 46, 49.
- por causa de honor, 198.
- consentido, 95.
- culposo, 256.
- preterintencional. Lesión u ..., 43.

HONOR

- Causa de ..., 158.
- Delitos contra el ..., 45.
- Homicidio por causa de ..., 198.

HUELGA, 296.

HURTO, 47.

— de electricidad, 47. Véase *Cosas flúidas*.

I

IGLESIA, 49.

IGNORANCIA, 6.

— de la ley penal, 145.

*Ignorantia iuris non excusat*, 137.

— *legis non excusat*, 144.

ILEGALIDAD penal, 20.

ILÍCITO civil, 117.

— penal, 117.

IMPERICIA, 63, 138.

IMPOTENCIA procurada para la procreación, 46.

IMPRESA. Delitos de ..., 150.

IMPREVISIÓN del daño irrogado, 135.

— por error inexcusable, 138.

IMPRUDENCIA, 63, 196.

IMPUNIBILIDAD por enfermedad mental, 121.

IMPUTABILIDAD, 58, 59, 64.

— atenuada, 63.

— de los adolescentes, 189.

— de los que estén afectados de embriaguez no plena, 189.

— de los que estén afectados de sordomudez, 189.

— de los que estén afectados de vicio parcial de mente, 189.

— Circunstancias agravantes inherentes a la ..., 184.

— Circunstancias atenuantes inherentes a la ..., 189.

— Circunstancias impeditivas inherentes a la ..., 180.

— Concepto negativo de la no ..., 60.

— Concepto positivo de la ..., 60.

— en el concurso intencional, 273.

INCAPACIDAD penal del rey y del pontífice, 58.

INCESTO, 110.

INCOLUMIDAD pública. Delitos contra la ..., 51.

INDUCTOR del delito, 284.

INDULTO, 215.

— y gracia, 229.

INDUSTRIA. Delitos contra la economía pública, la ... y el comercio, 52.

INEXCUSABILIDAD, 137.

*Infans*, 58.

*Infirmitas* del espíritu, 180.

INGENIO. Obras del ..., 48.

*Iniuria*, 103.

INJURIA, 45, 76, 236, 243.

— Delito de ..., 105.

— Delito de ... o de difamación, 35.

INSTANCIA, 71, 211.

INSTIGACIÓN aceptada, 285.

— Diferencia entre determinación e ..., 41.

INSTITUCIÓN, 1.

— Fin y efecto de la ..., 2.

— jurídica penal, 1, 2.

— penal, 2.

— División de la ..., 8.

- Efectos de la ..., 23.
- Estructura de la ..., 31.
- Fines de la ..., 17.
- Función de la ..., 15.
- Humanidad de la ..., 23.
- INSTRUMENTO del delito, 38.
- del delito. Circunstancias agravantes inherentes al ..., 184.
- INTEGRIDAD. Delitos contra la ... y la sanidad de la estirpe, 46.
- INTENCIÓN, 59, 127, 128, 129, 147.
- Circunstancias agravantes inherentes a la ..., 186.
- Circunstancias atenuantes inherentes a la ..., 190.
- Circunstancias determinativas inherentes a la ..., 195.
- Circunstancias impeditivas inherentes a la ..., 181.
- en el concurso intencional, 277.
- del delito, 133.
- Delito sin ..., 150.
- INTERÉS, 36, 44, 242.
- colectivo particularmente lesionado por el delito, 52.
- Composición política del conflicto de ..., 80.
- Conflicto de ..., 76.
- Conflicto de ... calificado por un deber y por un poder, 80.
- lesionado, 73.
- INTERVALO lúcido, 63.
- INTOXICACIÓN crónica, 62.
- INVENTOS industriales, 48.
- industriales. Patentes de ..., 48.

## J

*Judicare in causa propria*, 105.

## JUEZ

- Falta dolosa de ejecución de una providencia del ..., 132.
- Poder discrecional del ... en la aplicación de la pena, 26.

## JUICIO, 8, 34.

- analógico, 20.
- de causalidad, 171.
- de equidad, 20.
- de licitud, 146.
- Omisión del ..., 221.
- penal, 2.
- de probabilidad, 171.

JURIDICIDAD del hecho. Error acerca de la ..., 146.

JUSTICIA. Delitos contra la administración de la ..., 51.

## L

LAGUNA de la ley penal, 20.

— Problema de las ..., 20.

LEGALIDAD penal. Principio de la ..., 24.

LEGISLACIÓN penal italiana. Historia de la ..., 10.

LEGÍTIMA defensa, 101, 143, 181.

— Daño irrogado por ..., 103.

— Exceso en la ..., 189.

LEGITIMACIÓN. Requisitos de ..., 126.

## LESIÓN

— y homicidio preterintencional, 43.

— personal, 46, 236.

— culposas, 256.

— Muerte o ... ocasionada mediante competiciones deportivas, 95.

— Muerte o ... ocasionada mediante operaciones quirúrgicas, 95.

LEY, 75, 137.

— Delitos contra las ... y los usos de la guerra, 10.

— financieras. Violaciones de las ..., 10.

— moral, 4.

— natural, 4.

— de la naturaleza, 137.

— penal, 5.

— Aplicabilidad analógica de la ..., 24.

— Derecho y ..., 8.

— especiales, 10.

— Fin accesorio de la ..., 19.

— Fin principal de la ..., 19.

— Ignorancia de la ..., 145.

— Laguna de la ..., 20.

LIBERACIÓN condicional, 227.

LIBERTAD condicional, 26.

— individual. Delitos contra la ..., 45.

*Liberum corpus aestimationem non recipit*, 188.

LICITUD. Juicio de ..., 146.

LITERATURA jurídica, 12.

LUCRO. Motivos de ..., 188.

## M

MALOS tratos a la familia o contra niños, 294.

*Malum passionis ob malum actionis*, 104.

MALVERSACIÓN, 198.

MARCAS de fábrica y de comercio, 48.

— falsas, 48.  
**MATERIA**, 47.  
 — del delito, 43.  
 — — La cosa como ..., 46.  
 — — El hombre como ..., 44.  
 — — La sociedad como ..., 48.  
**MATRIMONIO**. Rapto con fines de ..., 291.  
**MEDIDA** de seguridad, 18, 42, 220.  
**MENORES** de catorce años, 60.  
 — Tribunal de ..., 10.  
**MÉTODO**, 1.  
**MOMENTOS** del delito. Clasificación de los ..., 127.  
 — psicológico del delito, 133.  
**MORAL** familiar. Atentado a la ..., 43.  
**MORALIDAD** pública. Delitos contra la ..., y las buenas costumbres, 46, 52.  
**Mos**, 79. Véase *Costumbre*. Véase *Ethos*.  
**MOTIVO**  
 — abyecto, 132.  
 — de lucro, 188.  
 — noble, 132.  
 — de particular valor moral, 132.  
**MUERTE**  
 — del condenado, 231.  
 — o lesión personal ocasionada mediante competiciones deportivas, 95.  
 — del reo, 212.  
**MUERTOS**. Violación de los deberes para con enfermos, heridos, náufragos o ... y para con el personal sanitario, 100.  
**MUJER**  
 — Aborto procurado por la ..., 46.  
 — considerada encinta. Actos abortivos sobre ..., 123, 157, 202.  
**MUTILACIÓN**  
 — fraudulenta de la propia persona, 46.  
 — de persona, 71.  
 — de la propia persona. Fraudulenta destrucción de la cosa propia o ..., 132.

## N

**NARCOTISMO**, 62. Véase *Estupefacción*.  
**NATURALEZA**. Ley de la ..., 137.  
**NAÚFRAGOS**. Violación de los deberes para con enfermos, heridos ... o muertos y para con el personal sanitario, 100.  
*Necatio servi*, 45.

**NECESIDAD**  
 — de cumplir una obligación inherente a una función pública. Daño irrogado por la ..., 96.  
 — de ejercicio. Daño irrogado por la ..., de una facultad, 101.  
 — Daño irrogado por la ... del ejercicio del derecho sobre la persona, 102.  
 — Estado de ..., 96, 101, 102, 143, 181.  
**NEGLIGENCIA**, 63, 142, 196.  
**NEGOCIO**  
 — Causa del ..., 130.  
 — jurídicos, 71, 114.  
 — jurídicos penales, 93.  
**NIÑO**, 61, 63.  
 — Malos tratos a la familia o contra ..., 294.  
**No imputabilidad**, 60.  
 — imputabilidad. Concepto negativo de la ..., 60.  
*Nullum crimen sine lege*, 19.

## O

*Obbligazione*, 87.  
*Obbligo*, 87.  
**OBEDIENCIA**. Relaciones entre ... y diligencia, 149.  
**OBJETOS** jurídicos. Combinaciones de los ..., 234.  
**OBLACIÓN**, 226.  
**OBLIGACIÓN**, 87.  
 — de asistencia familiar. Incumplimiento de la ..., 110.  
 — Daño irrogado en el cumplimiento de una ..., 90.  
 — Daño irrogado por la necesidad de cumplir una ... inherente a una función pública, 96.  
 — negativas, 173.  
 — omisivas, 173.  
**OBRA**  
 — del ingenio, 48.  
 — literarias o artísticas, 48.  
**OCASIÓN**, 167.  
 — Delito de ..., 67.  
**OFENDIDO**, 7, 45, 69, 70.  
 — Consentimiento del ..., 71.  
 — Identificación del ..., 73.  
 — Personalidad jurídica del ..., 73.  
 — Pluralidad de ..., 74.  
**OFENSA**, 45, 53, 103.  
 — injusta, 103, 106.  
**OFENSOR**, 54.  
**OMISIÓN**  
 — Delitos por ..., 39, 56.



- Delito de comisión por ..., 173.
- Delito por comisión o por ..., 172.
- Delito de ..., impropio, 173.
- del juicio, 221.
- de la expiación, 221.
- OPERACIONES quirúrgicas. Muerte o lesión personal ocasionada mediante ..., 95.
- ORDEN
  - legítima de la autoridad, 90.
  - público. Delitos contra el ..., 51.
- ORGANIZADOR del delito, 284.

## P

- PACIENTE, 45.
- PADRE, 109. Véase *Bonus pater familias*, *Diligens pater familias*.
- PARENTE próximo. *Status* de ..., 112.
- PARTICIPACIÓN en los beneficios.
  - Contrato de trabajo con ..., 290.
  - en el delito, 58.
- PASIÓN, 6.
- PATENTES de inventos industriales, 48.
- PECADO. Diferencia entre el delito y el ..., 3, 151.
- PECULADO, 107, 198.
- PELIGRO. Delitos de ..., 37, 154, 155.
- PELIGROSIDAD social, 68.
- PENA, 3, 4.
  - accesorias, 220.
  - Agravación progresiva de la ..., 252.
  - Condiciones de la ..., 205.
  - Discrecionalidad de la ..., 178.
  - específica o individual, 26.
  - Extinción de la ..., 221.
  - Extinción de la ... por transcurso del tiempo, 229.
  - Fin accesorio de la ..., 18.
  - Fin principal de la ..., 17.
  - genérica o típica, 26.
  - individual. Pena específica o ..., 26.
  - individual. Principio de la ..., 26.
  - Poder discrecional del juez en la aplicación de la ..., 26.
  - privada, 7, 105.
  - pública, 7.
  - como situación jurídica, 25.
  - Sujeto activo de la ..., 7.
  - Suspensión condicional de la ..., 26, 218, 219.
  - típica. Pena genérica o ..., 26.
  - variable. Delito de ..., 192.
- PENITENCIA, 5, 225.
- PERDÓN, 22, 215.
  - condicional, 218.
  - judicial, 26, 218.
  - judicial de los adolescentes, 218.
- PERJUDICADO, 69.
- PERSONA, 51, 52.
  - compleja, 73.
  - Concurso de ... en el delito, 40, 238, 239.
  - del cónyuge. Derecho sobre la ..., 85.
  - Daño irrogado por la necesidad del ejercicio del derecho sobre la ..., 102.
  - Delitos contra la ..., 51.
  - Delito sobre la propia ..., 46.
  - Distinción entre cosas y ... como elementos del delito, 35.
  - física, 73.
  - incapaces. Engaño de ..., 246.
  - jurídica, 73.
  - jurídicas. Responsabilidad penal de las ..., 57.
  - Mutilación de ..., 71.
  - Mutilación fraudulenta de la propia ..., 46.
  - ofendida. Circunstancias agravantes inherentes a la ..., 185.
  - privadas enemigas. Actos ilícitos contra ..., 100.
  - propia. Derecho sobre la ..., 85.
  - propia. Fraudulenta destrucción de la cosa propia o mutilación de la ..., 132.
  - Requisitos de capacidad de las 126.
  - simple, 73.
- PERSONAL sanitario. Violación de los deberes para con enfermos, heridos, naufragos o muertos y para con el ..., 100.
- PERSONALIDAD, 51.
  - del Estado. Delitos contra la ..., 51.
  - jurídica del ofendido, 73.
- PLAGIO, 45.
- PLURALIDAD
  - de acciones. Unidad del evento con ..., 238.
  - de delitos concurrentes, 266.
  - de ofendidos, 74.
- PODER, 79.
  - Conflicto de interés calificado por un deber y por un ..., 80.
  - discrecional del juez en la aplicación de la pena, 26.
  - ético, 81.
  - jurídico, 74, 81.

POEMA, 13.  
 POESÍA, 13.  
 PONTÍFICE. Incapacidad penal del rey y del ..., 58.  
 POSIBILIDAD del delito. Diferencia entre ... y probabilidad del delito, 64.  
 POTESTAD pública, 90.  
 PRECEPTO, 6, 81.  
 — Garantía del ... mediante la sanción restitutoria, 83.  
 PREMEDITACIÓN, 196.  
 PRENSA, 43.  
 PRESCRIPCIÓN, 221, 230.  
 — adquisitiva, 221.  
 — extintiva, 221.  
 — Plazo de ..., 223.  
 PREVER. Capacidad de ..., 135.  
 PREVISIÓN, 60, 143, 135.  
 — Culpa con ..., 141.  
 — Culpa sin ..., 138, 139.  
 — del delito, 134.  
 — Error en la ..., 135.  
 PRINCIPIO  
 — de la alternatividad, 247.  
 — de la especialidad, 247.  
 — de la legalidad penal, 24.  
 — de la pena individual, 26.  
 — de la subsidiariedad, 247.  
 PRISIONEROS de guerra. Delitos contra los ..., 100.  
 PROBABILIDAD. Juicio de ..., 171.  
 PROCEBILIDAD. Condiciones de ..., 205.  
 PROCEDIMIENTO, 8.  
 — punitivo, 8.  
 PROCESO  
 — penales, 2, 3, 7.  
 — — de conocimiento, 21, 34.  
 — — Derecho y ..., 11.  
 — — de ejecución, 20, 34.  
 — — ejecutivo, 21.  
 — — Fin accesorio del ..., 21.  
 — — Fin principal del ..., 21.  
 — — jurisdiccional, 20.  
 PROCREACIÓN. Impotencia procurada para la ..., 46.  
 PROFESIONALIDAD en el delito, 67.  
 — del delito. Habitualidad o ..., 185.  
 PROGRESIÓN de delitos, 246.  
 PROMOTOR del delito, 284.  
 PROPIEDAD. Derecho de ..., 85.  
 PROSTITUTAS. Explotación de ..., 294.  
 PROVIDENCIA del juez. Falta dolosa de ejecución de una ..., 132.  
 PROVOCACIÓN, 106, 189.  
 PSICOLOGÍA, 55.

PUBLICIDAD. Medios de ..., 43.  
 PUNIBILIDAD. Condiciones de ..., 205.

## Q

QUERELLA, 71, 208.  
 — Remisión de la ..., 216.  
*Quoad rem publicam*, 105.

## R

RAPTO, 46.  
 — con fines deshonestos, 291.  
 — con fines de matrimonio, 291.  
 RAZÓN económica, 260.  
*Reato*, 3.  
 RECEPCIÓN. Delito de ..., 291.  
 RECLUSIÓN, 29.  
 — sagrada, 29.  
*Rechtswidrig*, 117.  
*Rechtswidrigkeit*, 117.  
 REGICIDIO, 49.  
 REGLA, 137.  
 — de experiencia, 137, 196.  
 REHABILITACIÓN, 228.  
 REINCIDENCIA, 66, 201.  
 — específica, 66.  
 REINCIDENTE, 66.  
 RELACIÓN, 75.  
 — calificante, 108.  
 — jurídica, 81.  
 — — civil, 83.  
 — — penal, 83.  
 — — procesal. Contenido de la ..., 87.  
 — penales, 74.  
 — — Análisis de la ..., 75.  
 — — Calificación de la ..., 75, 107.  
 — — calificada, 107.  
 — — Circunstancias agravantes inherentes a la ..., 185.  
 — — Circunstancias atenuantes inherentes a la ..., 189.  
 — — Circunstancias determinativas inherentes a la ..., 194.  
 — — Circunstancias impeditivas inherentes a la ..., 180.  
 — — Contenido económico de la ..., 75, 76.  
 — — Contenido ético de la ..., 75, 77.  
 — — Contenido político de la ..., 75, 80.  
 — — Limitación de la ..., 75, 96.  
 — — Sustitución de la ..., 75, 112.  
 RELIGIÓN, 50.  
 RENDICIÓN a discreción, 100.

REO, 27, 54.  
 — Muerte del ..., 212.  
 REPARACIÓN, 83, 204, 226.  
 REPRESENTACIÓN, 114.  
 REQUERIMIENTO, 71, 210.  
 REQUISITO, 157.  
 — agravantes, 122.  
 — atenuantes, 122.  
 — de capacidad de las personas, 126.  
 — Concurso de circunstancias con ..., 198.  
 — constitutivos dinámicos. Requisitos constitutivos estáticos y ..., 126.  
 — constitutivo. Dolo como ..., 158.  
 — constitutivos estáticos y dinámicos, 126.  
 — del delito. Clasificación de los ..., 121.  
 — de idoneidad de las cosas, 126.  
 — impositivos, 122.  
 — de legitimación, 126.

### Res

— *ex cohaerentibus*, 235.  
 — *ex distantibus*, 235.  
 — *furtiva*, 69, 77, 86, 157, 162.  
 — *nullius*, 69.

RESARCIMIENTO, 226.

— del daño, 83.  
 RESISTENCIA a un funcionario público, 43.

### RESPONSABILIDAD

— por el hecho ajeno, 114, 151.  
 — penal indirecta, 151.  
 — — objetiva, 150.  
 — — sin culpa, 150.

RESTITUCIÓN, 83, 226.

RETORSIÓN, 105.

RETRIBUCIÓN. Fórmula de la ..., 17, 19.

REVELACIÓN del contenido de la correspondencia, 247.

— de secretos industriales, 48.

REX, 58.

REY. Incapacidad penal del ... o del pontífice, 58.

ROBO, 240.

## S

SABOTAJE, 48.

SANCIÓN, 81.

— reparatoria. Garantía del precepto mediante la ..., 83.

SANIDAD de la estirpe. Delitos contra la integridad y la ..., 46.

Scientia maleficii, 271, 272.

SECRETOS industriales. Revelación de ..., 48.

SEGURIDAD. Medida de ..., 18, 42, 220.

SEMIIMPUTABILIDAD, 201.

— de los que estén afectados de embriaguez no plena, 189.

— de los que estén afectados de sordomudez, 189.

— de los que estén afectados de vicio parcial de mente, 189.

— atenuada de los adolescentes, 189.

SENTENCIA extranjera, 229.

SERVICIOS. Abandono colectivo de ..., 295.

— público, 98.

Servus, 45.

SEVICIA, 186, 197.

SITUACIÓN jurídica, 87.

— jurídica. La pena como ..., 25.

SOBORNO, 295, 296.

— del funcionario público, 240.

### SOCIEDAD

— comercial, 50.

— comerciales. Disposiciones penales en materia de ..., 52.

— con... materia del delito, 48.

— religiosa, 50.

SOCIOLOGÍA, 3.

SORDOMUDEZ, 62.

— Imputabilidad atenuada de los que estén afectados de ..., 189.

— Semiimputabilidad de los que estén afectados de ..., 189.

Status, 109.

— familiar, 111.

— de pariente próximo, 112.

STOPATTO, 10.

SUBSIDIARIEDAD. Principio de la ..., 247.

SUPRESIÓN de correspondencia. Violación, sustracción o ..., 46, 247.

SUSPENSIÓN condicional de la pena 26, 218, 219.

### SUSTANCIA

— corrosivas, 43.

— estupefacientes, 62.

— narcóticas, 43.

— venenosas, 43.

SUSTITUCIÓN, 114.

— penal, 282.

SUSTRACCIÓN de cosas comunes, 109.

— o supresión de correspondencia. Violación ..., 46, 247.

## T

Taterschaft, 172.

Tatertypus, 55.

TELÉFONO, 43.

TELÉGRAFO, 43.



TENDENCIA. Delincuente por ..., 65.  
— a delinquir, 65.

— Delito de ..., 67.

TENTACIÓN. Daño irrogado sin ..., 130.

TENTATIVA, 164, 191. Véase *Delito intentado*.

TEORÍA de la causalidad, 168.

TERCERO, 7.

TERRITORIO del Estado. Traslado al ... del culpable de un delito cometido en el extranjero, 208.

TESTIMONIO. Véase *Falso testimonio*.

TIEMPO. Extinción de la pena por transcurso del ..., 229.

TRABAJO

—Autónomo. Distinción entre ... y trabajo dependiente, 39.

— Contrato de ..., 40.

— Contrato de ... con participación en los beneficios, 290.

— del delito, 39.

— gratuito. Distinción entre ... y trabajo retribuido, 39.

— intelectual. Distinción entre trabajo manual y ..., 39.

— públicos. Abandono colectivo de ..., 295.

TRASLADO al territorio del Estado del culpable de un delito cometido en el extranjero, 208.

TRIBUNAL especial para la defensa del Estado, 11.

— de menores, 10.

## U

ULTRAJE, 43.

*Universitas rerum*, 42.

Uso

— de las armas en duelo, 296.

— legítimo de las armas, 181.

USUCAPIÓN, 221.

USURA, 246.

USURPACIÓN, 47.

## V

VALOR

— de afección, 189.

— social. Motivo de particular ..., 132.

VENTAJA estimable en dinero, 188.

VERDUGO, 39.

VICIO

— parcial de mente. Imputabilidad atenuada de los que estén afectados de ..., 189.

— parcaill de mente. Semiimputabilidad de los que estén afectados de ..., 189.

VIDA monacal, 29.

VILIPENDIO religioso, 49, 76.

*Vim vi repellere licet*, 105.

*Vindicta*. Fórmula de la ..., 17.

VIOLACIÓN

— de los deberes para con enfermos, heridos, náufragos o muertos y para con el personal sanitario, 100.

— de domicilio, 43, 46.

— sustracción o supresión de correspondencia, 46, 247.

VIOLENCIA, 43.

— alevosa, 100.

— carnal, 46, 49, 295.

— privada, 45, 276.

*Vis cui resisti non potest*, 131.

— major, 136, 181.

VOLUNTAD, 60, 128.

Se terminó la impresión de este  
libro el 15 noviembre 1952, en  
los Talleres Gráficos "YUNQUE"  
Pozos 968 - Buenos Aires.