

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOYOLA MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

Nº INVENTARIO: _____

COMPRA CANJE DUMMUN

FECHA: 10 MAR. 2004

PRECIO: _____

PROCEDENCIA: _____

PAIS: COLOMBIA

NUMERO
CLASIFICACION

343

M763C

1440

EL-1

CONFERENCIAS DE DERECHO PENAL GENERAL.

343
M 65C

R.1096

PROFESOR : DR. JOSE ANTONIO MONTALVO.

- 1940 -

LUIS IGNACIO SEGURA A.
Abogado

Materia de la Ciencia Penal. Hay un hecho cons^{tan}te y no contro^{vertido} en la historia de la humanidad, a saber: que en todos los tiempos y naciones se han esta^{blecido} sanciones o penas para los violadores del orden jurídico.

La violación del orden jurídico, que es lo que constituye el delito; el hombre como sujeto de esa violación; y la sanción con que se reprime o castiga al violador, son las tres materias de que trata como ciencia el derecho penal.

Las ciencias jurídicas encuentran todo su fundamento en la moral, ciencia esta última que constituye la norma que debe regirlas. Cabe observar que en Europa, y más particularmente en Francia, se acentúa actualmente una corriente que tiende a impregnar de moral el Derecho Civil, y que sin embargo, por una curiosa paradoja, no se ve que el Derecho Penal trate de impregnarse de moral, siendo así que son más íntimas las relaciones que los unen. Y la razón de este último aserto consiste en que al paso que en el Derecho Civil se tiende a la defensa de los derechos materiales, físicos o económicos, y en él se contemplan las personas como sujetos y objetos de obligaciones patrimoniales; en el Derecho Penal se contempla al hombre como persona humana y no sólo como individuo de la colectividad, y se estudia en él el problema trascendental de la responsabilidad; por lo cual el imperio de la moral debería estar más acentuado en tratándose del Derecho Penal.

Criterio materialista y criterio espiritualista.

Podría desarrollarse un curso de derecho penal sobre el tema de "las Escuelas de Derecho Penal", y es que si en algún ramal del Derecho se observa una notable evolución y abundan las teorías y las Escuelas, es en del Derecho Penal. Sin embargo, hoy podemos considerar todas estas teorías como polarizadas en dos extremos: la escuela de la defensa social y la escuela espiri-

tualista. Se puede decir que hay un criterio materialista y otro espiritualista en el Derecho Penal, según sean de una o de otra índole las ideas que se profesen sobre la naturaleza del hombre, sobre la sociedad y sobre el derecho.

Los materialistas consideran al hombre como un animal, perfeccionado es cierto, pero animal solamente. Ven a la sociedad como un rebaño o conglomerado en que los hombres y sus luchas, luchas violentas por la posesión de los elementos necesarios para la vida, se han ido pacificando por su propia voluntaria sujeción a un poder o autoridad superior, que impone normas o leyes provenientes no de principios superiores sino de la necesidad y de los hechos mismos. Dentro de esta idea materialista, este rebaño, formado por cada sociedad política de hombres, a fin de protegerse contra los actos violentos o atentatorios de cada uno de los individuos que lo componen, ha establecido una ley de sanciones conminatorias, o código penal, aplicable al violador de un orden no jurídico y superior a la simple voluntad humana, si no del orden materialmente establecido; y no para hacer en el delincuente un acto de justicia (palabra carente de sentido dentro de tales teorías) sino para impedirle que vuelva a violar ese orden material y para amedrentar a los que no han delinquido y apartarlos así, de antemano, del peligro violatorio.

A este propósito se encuentra en el célebre libro sobre "GOG" del escritor Papini, se encuentra un capítulo titulado "proceso a los inocentes" cuyo resumen es el siguiente. No hay objeto, en conformidad con las ideas defensivas de la sociedad, para procesar a los criminales porque la sociedad no puede defenderse cuando ya se cometió el delito; la sociedad sólo puede y debe defenderse de aquellos que no han cometido delitos. Al efecto debe formarse una junta en cada lugar para que estudie el vecindario y haciendo una recogida general, abra proceso contra los inocentes.

Dentro de este sistema de ideas, lo principal es la sociedad y lo secundario es el individuo. La sociedad se explica como un grupo organizado por los más fuertes o los más audaces, los cuales imponen su voluntad a toda la sociedad. Así resultan las leyes, expresión de la voluntad de una minoría que se adueña del poder para sojuzgar a la mayoría, pero que, por una verdadera paradoja, se consideran como la expresión de la voluntad general.

La pena, dentro de esta concepción del hombre y de la sociedad, es simplemente una reacción defensiva de la sociedad contra el individuo, no porque éste haya quebrantado el derecho como norma superior al querer humano, sino porque ha violado las normas impuestas o normas positivas que garantizan el orden material.

Para los que profesan la filosofía espi-ritualista, o profundizando más, la filosofía cristiana, en el hombre no hay solamente un animal, sino además un alma inmortal, inteligente y libre que funciona mediante un organismo material. El hombre ha sido hecho para vivir en sociedad y perfeccionarse; tiene una finalidad ultraterrena y la sociedad tiene un fin infravalente en comparación con el fin humano. La sociedad es el medio que facilita el perfeccionamiento del hombre. La sociedad necesita de autoridad que la gobierne so pena de perecer y ésta a su vez necesita de norma a la cual sujetarse. Dentro de este criterio "La ley es ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis, promulgata" (Definición de Santo Tomás de Aquino).

La sociabilidad del hombre. Es conforme a la naturaleza del hombre la vida en sociedad, por eso ya el Filósofo griego lo definía como 'animal político', es decir animal hecho para vivir en sociedad. Que la sociabilidad es en el hombre una necesidad o una tendencia de la ley natural, lo demuestran, además del consentimiento universal las si

güentes razones:

a) - La infancia del hombre es la más desvalida entre la de todos los seres vivientes y el niño sin los cuidados que él mismo y su madre podrían recibir en la vida social, parece - ría.

b) - La vida del aislamiento absoluto incapacitaría al hombre para su defensa, ya de las fieras, ya de los elementos naturales.

c) - Las necesidades intelectuales del hombre no podrían satisfacerse si cada uno viviera aislado de los demás, y la labor intelectual de cada uno sería desaprovechada por los demás, el progreso adquirido por cada generación sería intransmisible a la generación siguiente. Sólo merced al estado de la vida social ha logrado la sociedad el grado inmenso de cultura que hoy puede ostentar en los diversos ramos de las ciencias, artes, industrias, etc.

d) - Las necesidades afectivas tampoco podría llenarlas el hombre fuera de la sociedad pues ella imponen afectos estables y convivencia del hombre por lo menos con sus padres y hermanos, esposa e hijos.

e) - Las necesidades morales, o sea aquellas relativas al perfeccionamiento del hombre, también requirien la vida social y la mutua y constante cooperación de unos hombres en favor de otros.

En el libro de Bredand, "el estado y el derecho individual", se hace ver por medio del examen de las ideas políticas, que el hombre, débil por su naturaleza, tiene entre sus necesidades primordiales la de la protección; por esto al asociarse va con el caudillo que es el más fuerte y el que por tanto puede darle mayor protección.

Esto explica porqué una nación no ve su enemigo en otra nación sino en el caudillo que la dirige, y que un partido político no sienta o

dios contra sus contrarios sino contra el caudillo que es su jefe. Pero a través de la historia ha ocurrido que el caudillo no siempre es desinteresado y se entrega a la depravación y al despotismo, y por esta razón, para dominar al caudillo se han inventado los cuerpos colegiados o asambleas deliberantes.

Pero como también es cierto que la tiranía de un cuerpo colegiado es peor que la de un caudillo, se dicta la norma o ley que la regula, y como en manos de la corporación está el cambiarla, existe la ley fundamental o carta constitucional a la cual debe en todo momento someterse. Por fin el último reducto contra el despotismo y contra la barbarie que tiene el hombre, es la idea que tiene el hombre de una ley o norma superior que es la ley natural.

El Estado y el Individuo. - Poniendo frente a frente los conceptos de Estado y de individuo, tenemos lo siguiente: La palabra pueblo, indica una noción etnográfica: grupo de hombres unidos entre sí por vínculos de raza, religión, lengua y costumbres. País es un vocablo que tiene significación exclusivamente geográfica, aplicable a una comarca o a un territorio determinado. La palabra nación indica una noción política que une estos dos conceptos anteriores y sirve para indicar un pueblo organizado políticamente en un país o territorio propio. Por estado, finalmente, se entiende la personificación jurídica de la nación.

Tanto en el orden del tiempo, como en el orden del derecho, es primero el individuo que el pueblo y por consiguiente, los derechos del hombre como tal, los derechos naturales, son anteriores a los de la sociedad civil o estado a que pertenezca. El hombre no ha sido hecho para la sociedad sino la sociedad para el hombre, para que él pueda conseguir su fin temporal de perfeccionamiento, y mediante éste, su último fin.

Eliminamos pues las tesis materialistas en que se funda el absolutismo político que considera a la sociedad como fin de sí misma y al individuo humano como medio o simple instrumento para el fin social.

En Derecho Penal es siempre muy importante tener presentes estas nociones porque se le encontrarse el concepto de que la sociedad y el individuo son como un organismo y su célula correspondiente. Esta comparación no es aceptable literalmente, pues en el fondo carece de verdad pues las células son partículas hechas para formar el organismo, carecen de individualidad propia; en tratándose de los seres humanos, al contrario, la sociedad ha sido hecha para beneficio y servicio de los individuos asociados, quienes siempre conservan su propia individualidad. La célula social no es el individuo sino la familia.

Tampoco adoptamos las ideas individualistas extremadas, que desconocen la ley natural de la existencia de la sociedad y que miran al poder o autoridad de ésta como una simple delegación del poder de cada individuo hecha por un pacto social, expreso o tácito, o como una imposición de la violencia organizada.

Hay una escuela de derecho que confunde el derecho y la ley, pero entre estos dos conceptos hay que hacer una distinción neta: el legislador está sometido al derecho y la ciencia del derecho es precursora de la legislación. Puede contemplarse así el derecho como la ciencia o norma de la legislación positiva, descartando la idea de que el poder público es la delegación de la voluntad individual (Rousseau), fuera de que tal tesis no tiene ninguna justificación histórica.

El orden universal realizado por el cumplimiento de las leyes físicas y de las leyes morales.

Todos los seres están sometidos a las leyes, los cuerpos inertes cumplen necesariamente las leyes físicas y otras que rigen la mate-

ria inanimada. Los seres que gozan de vida cumplen también necesariamente aquellas leyes de la materia inerte y además todas las leyes biológicas que les son propias. A todos los seres inferiores les han sido impuestas las leyes de la naturaleza.

Pero el autor de ésta quiso que al hombre, sujeto como animal a estas leyes, le fuera en su condición de sér racional no impuesta si no propuesta para su observancia la ley natu - ral, la ley moral como ley de su fin. Por eso se ha dicho que el deber es la imposibilidad metafísica de una posibilidad física.

La armonía resulta del cumplimiento de la leyes y constituye el orden el cual se fundamenta en la subordinación de los fines secundarios al principal o único. Por eso toda la Filosofía de Platón gira al rededor de la te - sis de la armonía universal que se produce por el orden.

Hay orden físico que es el puntual cumplimiento de las leyes físicas. La transgresión de las leyes físicas o biológicas produce el transtorno en el orden físico y aun puede acarrear la destrucción del cuerpo inerte o del animal que causó el desorden. Así el menor transtorno en el acompasado movimiento de los cuerpos siderales produciría el cataclismo universal.

Hay también orden moral, que es el fiel cumplimiento de las leyes morales naturales. La destrucción del orden moral implicaría el absurdo de la destrucción del mismo autor de él que es Dios. Por eso, aun cuando el hombre pretende violar el orden moral, no puede ocurrir efectivamente el transtorno, pues la ley moral es invulnerable y se restablece automáticamente por medio de la justicia, caso de ser quebrantada.

Ya vimos que el hombre está hecho naturalmente para la vida social, lo cual no quiere decir que cada uno de los hombres tenga nece

sariamente que vivir en sociedad. Ya dijo san to Tomás: "El hombre ha sido hecho necesariamen- te para la sociedad como para la virtud" lo que no significa que no pueda haber hombres que no sea virtuosos. La sociedad, a su vez, necesi- ta dirección que, como ya vimos, puede ser de dos clases, una que pudiéramos llamar personl y otra impositiva, que es la ley.

Ahora bien, si el hombre viviera como Dios manda, cumpliendo fielmente la ley moral, la humanidad viviría dentro del orden; pero - como dice Florián - el hombre es un desorienta do violador del orden y por eso hay que contem- plarlo así.

Todos los hombres deben cumplir la ley moral, pero hay ciertas leyes morales necesas- rias, naturales, como minimum para que el hom- bre viva en sociedad. El estricto cumplimiento de las leyes naturales morales necesarias pa- ra la vida de los hombres en sociedad, produce el orden jurídico o sea el derecho, y la viola- ción del derecho, atenta contra el orden jurí- dico, puesto que "el derecho es vínculo de soli- daridad para el género humano"

Todo hombre que tenga uso de razón, pu- puede conocer por medio de ésta, las leyes mo- rales naturales que son necesarias para vivir en sociedad y si su voluntad es normal puede cumplirlas.

Pero como a medida que la cultura huma- na avanza y que progresa en lo material, van ha- ciéndose más y más complejas las relaciones de- unos hombres con otros, relaciones intelectua- -les, amistosas, comerciales, industriales, etc tiene la sociedad que proveer al desarrollo de aquellas leyes morales y reglamentar con carác- ter general las aplicaciones de las mismas. Es- to es lo que hacen las leyes positivas, que son la promulgación de la ley moral.

El cumplimiento de las leyes positivas

morales es el orden legal y la violacion de ellas rompe o transtorna dicho orden.

Teniendo el hombre, por naturaleza, que vivir en sociedad, ha de cumplir no solamente - las leyes de la materia y de la moral que Dios le ha impuesto para que alcance su fin, sino también aquellas leyes morales naturales que la vida de asociación requiere, mediante el cumplimiento de las cuales, los hombres se respetan recíprocamente sus derechos, e impera la justicia entre ellos.

A este respecto conviene recontar que la justicia es de tres clases: conmutativa que es la que preside las relaciones de los hombres entre sí. Distributiva que es la que preside las relaciones del soberano y sus súbditos. Legal que es la del súbdito hacia el ciudadano. En derecho penal se contempla generalmente la justicia distributiva, pero como esta división es meramente lógica, suelen presentarse numerosas interferencias.

Ahora bien, así como cuando se rompe el orden físico, este reacciona inmediatamente, también se presenta esta reacción contra el transgresor del orden legal, en forma de sanción. De aquí que la ley humana esté siempre acompañada de sanción para garantizar su efectividad; de lo contrario no pasaría de ser una ley platónica o pírrica. Y hay una ley positiva que no contiene sino sanciones que es la ley penal, ley mediante la cual se hacen efectivas las otras leyes y que es por excelencia la que sostiene y defiende el orden jurídico.

El derecho no es, como lo afirman quienes pretenden aplicar el evolucionismo a las ciencias morales y jurídicas, simplemente la situación creada por la lucha del hombre contra el hombre, de la cual resulta el predominio de los grupos más audaces o más fuertes, traducido en la legislación positiva. Al contrario, el derecho es el fin social, y por él, que es elemento norma superior a los elementos materiales y con

vivencias, y a los caprichos humanos, ty por conseguir que él impere, luchan y deben luchar y empeñarse hombres y sociedades. Como hermosamente dice Pessina: "El hombre tiene ante la ley ética del mundo el derecho de luchar para que el derecho reine en el mundo como soberano, en medio de la inevitable pugna de los intereses".

En la vida social, regula el estado la armonía de los legítimos intereses, armonía que realiza el imperio del derecho. Pero esa armonía no puede el estado imponerla caprichosamente sino que tiene que obedecer a normas superiores. El derecho no es producto artificioso creado por el hombre, ni es el simple interés social, ni es siquiera la combinación de estos dos intereses, de manera que nisiquiera la conveniencia utilitaria dela sociedad y del individuo podría explicar el derecho. El derecho es la vida de las leyes morales en las relaciones sociales.

Medidas de prevención y sanciones para la efectividad del derecho positivo.

Si todos los miembros de la sociedad p política observaran las leyes que el Estado dicta, reinaría el orden legal; y si las legisladores y estados dictaran esas normas positivas sacándolas de la ley moral natural, todas las naciones humanas vivirían en la armonía que produce el orden jurídico. Por desgracia, el extravío de los gobernantes, el egoísmo, las pasiones desenfrenadas, los intereses personales de familia o de grupo, el error, etc. desvían la voluntad del hombre y suelen ocasionar que abuse de sus derechos. De manera que el hombre vive traspasando el derecho y la sociedad tiene que tomar medidas conducentes a evitar dicha violación del derecho o a restablecer el orden jurídico.

Estas medidas son en general de cuatro géneros:
a) - Medidas de prevención social, que consisten en la educación, del pueblo, en la en-

señanza de la religión, la cultura general, la profilaxis médica y moral, la organización económica que tienda a la dicha terrena del individuo, de la familia y de la comunidad; todas estas medidas tienden a retraer al hombre del mal jurídico;

b) - Medidas de carácter civil, como son, por una parte la ejecución forzada de las obligaciones civiles, y por otra la anulación de los actos celebrados fuera de las normas legales, y el deber de pagar indemnación cuando se ha violado el derecho privado.

c) - Medidas de policía: por las cuales se evita, mediante la vigilancia y hasta por la coacción física, que se viole el orden.

d) - Medidas penales, que vienen en último término, cuando la insuficiencia de las medidas anteriores o la voluntad depravada del hombre hacen que se quebrante el orden legal. Al imponer la pena se priva al violador de un bien, para restablecer, por este medio el orden legal jurídico.

En el derecho moderno se cuenta además con las medidas de seguridad, para los delincuentes lócos, dementes, etc. Establecimientos diferentes de los manicomios para enfermos mentales inofensivos.

Es claro que con las medidas de carácter penal no se trata de conseguir la igualdad numérica entre el derecho violado y el bien de que se priva al violador de aquel derecho, sino de una equivalencia moral con que se realiza la justicia en la medida en que el hombre, dada su falibilidad y su pequeñez, puede realizarla. La justicia perfecta solamente la consigue Dios.

La justicia humana tiene que ser obra de la conciencia jurídico social, y ésta se revela en dos formas: en abstracto, en la promulgación de esa conciencia jurídica de la sociedad, y en concreta, en cada caso particular,

por las decisiones de los tribunales y de los jueces humanos.

Importancia del Derecho Penal. Consideraremos tres aspectos importantes en el estudio de esta ciencia:

a) - Aspecto histórico, porque según parece la leyes primitivas fueron casi todas penales y el progreso del Derecho Penal y la Civilización han sido paralelos. A medida que avanza el progreso jurídico en el mundo, el código penal tiende a empobrecerse en favor del código civil; así, por ejemplo, antiguamente se castigaba el no pago de las deudas, primitivamente, en la disposición por parte del acreedor de la vida misma del deudor forma ésta absurda, y luego, en la edad media, con la servidumbre. Hoy día en cambio se estima que ello engendra obligación meramente civil. Pero la ley de acciones y reacciones que rige en el mundo, se observa también que el progreso de la civilización material va enriqueciéndose si así podemos decir, al derecho penal, con nuevas formas de delincuencia, mientras el hombre primitivo se caracteriza por la delincuencia violenta, la civilización a trocado la violencia por el fraude.

b) - Aspecto práctico. Porque la ley penal es indispensable para garantizar la efectividad de las demás leyes. Por eso al código penal se le llama la ley de sanciones. Podemos considerar una pirámida cuya base es el derecho constitucional y la cumbre el derecho penal que, aun cuando es más reducido, lo domina todo, y de ahí parten las aristas que forman la figura geométrica. A diferencia de otras disciplinas jurídicas, el derecho penal no proviene de artificiosos convencionalismos. Así podemos observar que mientras en el juicio civil se discuten derechos patrimoniales, por regla general renunciables, en el derecho penal siempre hay una cuestión de orden público; mientras el derecho civil busca la verdad meramente formal,

el derecho penal va tras la verdad trascendental, investigando el problema insondable de la responsabilidad. De estas especialidades características se desprenden las siguientes consecuencias:

Los derechos civiles son generalmente renunciables, en derecho penal no lo son.

En derecho civil la confesión de parte es relevación de prueba; en el derecho penal, aun cuando haya confesión de parte, si la justicia por medios diferentes no puede evidenciar el delito, no se puede condenar.

3 - Aspecto científico. Porque el derecho penal tiene estrechas relaciones con un gran número de ciencias como vamos a verlo.

Relaciones entre el derecho penal y otras ciencias. Considerando únicamente las que de manera más próxima tienen que ver con el derecho penal tenemos que distinguir tres grupos:

1° - Ciencias cuyo estudio se presume al estudiar el Derecho Penal.

2° - Ciencias conexiones con el Derecho Penal.

3° - Ciencias auxiliares y complementarias del Derecho Penal.

Estudiaremos por separada cada uno de estos tres grupos.

1) - El Derecho penal como cualquier ciencia, no podría estudiarse sin el conocimiento previo de la lógica o ciencia que dirige el conocimiento hacia la verdad. Y al igual de las demás ciencias jurídicas se funda en la ética o ciencias de las costumbres, que concretada al Derecho es la Filosofía del Derecho.

2) - Son ciencias conexas al Derecho Penal: El derecho Público Interno, puesto que el ejercicio de la tutela jurídica por parte del Estado, y en concreto, el hecho mismo de aplicar sanciones en nombre del poder público, son manifestaciones de la soberanía; y la conquista moderna de la separación de los poderes públicos, que entrega el juzgamiento de los a -

cusados y la imposición de las penas al órgano o poder judicial como rama autónoma de la soberanía, es fundamental en el estudio del Derecho Público interno, así como la garantía y respeto de los Derechos Privados frente al Estado. El Derecho Internacional también tiene grandes conexiones con el Derecho Penal, pues con el desarrollo del intercambio comercial y de las comunicaciones entre las naciones, se ha hecho posible una verdadera organización internacional del crimen. Así, han surgido los tratados de extradición entre las naciones, etc. con base en el principio de la 'solidaridad de las naciones contra la ubicuidad del crimen'. Ha empezado a hablarse insistentemente en los últimos tiempos de Derecho Internacional Penal, aun cuando hasta el presente no ha pasado de ser una bella utopía.

Con el Derecho civil son tan estrechas las relaciones del D. Penal que basta observar - como cuando se juzgan insuficientes las sanciones civiles a causa de la gravedad de la falta, de la imposibilidad de preverla, de la perversidad que revela su autor, etc., surge la sanción penal.

Con la Economía Política también puede considerarse relacionado el Derecho Penal pues los factores económicos influyen no poco en el aumento o disminución de la criminalidad.

3-) - En este tercer grupo están las ciencias penales propiamente dichas; puesto que el Derecho Penal estudia el delincuente, el delito y la pena, ~~xxx~~ a la luz de las leyes físicas, de las leyes naturales y de las leyes sociales, tiene que servir de los conocimientos que le brindan las siguientes ciencias:

La antropología, o sea el estudio del hombre basado en los conocimientos generales suministrados por la anatomía, o ciencia de la composición del cuerpo; por la fisiología o ciencia del funcionamiento normal del organismo; y de la patología o ciencia de las enfer-

medades.

Y aquí viene un problema capital: suele decirse que hay una antropología criminal distinta de la antropología general; los espiritualistas sostienen la necesidad de los estudios de la antropología general, pero los materialistas dicen que es el estudio del hombre delincuente por oposición al normal.

La sicología y especialmente la experimental, o sea el estudio experimental de los fenómenos psíquicos.

En la Escuela clásica, que se identifica con la escuela filosófica individualista, se decía que no puede haber laboratorio de almas. La doctrina espiritualista dice que necesita el laboratorio porque no considera el alma como una abstracción, sino como una fuerza que opera mediante un organismo material y se necesita el estudio de esas manifestaciones que trascienden de lo psíquico a lo exterior para la individualización de la responsabilidad.

La medicina legal, o sea la aplicación de los conocimientos médicos a la justicia penal y que comprende entre otras ciencias importantes la psiquiatría forense o estudio de las enfermedades mentales en relación con el delito.

Ahora, el estudio de las sanciones es tan importante, que de ahí se deriva el nombre de derecho penal, que tradicionalmente ha tenido esta ciencia. Pero los sistemas de sanciones han tenido un desarrollo tan considerable en los últimos tiempos, especialmente con las medidas de seguridad, que se creyeron en el derecho de llamarla ciencia penitenciaria; y aun más se quiere comprender el estudio de los medios de prevención del delito y se denominan con el nombre de Política Criminal.

Desde luego, forma parte de este grupo de ciencias, la Sociología, en cuanto estudia los hechos y fenómenos sociales que influ -

yen en la producción del delito, o las causas sociales de la criminalidad y la policía científica.

A propósito de las ciencias auxiliares del Derecho Penal, el profesor Huguenev, catedrático en la Universidad de París, hace el siguiente resumen:

— "En primer lugar figura la ciencia penitenciaria, que luego se llamó Penología y más tarde Política Criminal para abarcar el estudio no solo de las medidas de justicia (para abarcar el estudio no sólo de las medidas de justicia) sino de todas las medidas represivas y preventivas.

En segundo lugar viene la Criminalología a descubrir las verdaderas fuentes del delito, o factores que influyen en su formación. Primeramente se busca esta causa del crimen en la estructura física del hombre y aparece así la Antropología criminal, que hizo célebre a Lombroso. Más tarde se creyó encontrar la verdadera causa del delito considerándolo como un producto del medio social, y surgió la Sociología Criminal que tuvo por principal protagonista a Ferrri y que, con apoyo en la estadística criminal menos ha logrado dar con la verdadera clave de la delincuencia; por lo cual los investigadores se han lanzado hacia la psicología y la Psiquiatría y aun más, a lo que hoy se llama la Biología Criminal, tratando de averiguar en los criminales, cuáles son las causas verdaderas de sus delitos, pero que no ha producido en realidad resultados más seguros.

Pero aun si por este camino se llegaran a descubrir las verdaderas causas del crimen, no podríamos llegar a suprimirlo, por eso se impone la conclusión de que en la lucha contra el delito la criminalología no basta." —

Por qué razón? El autor antes citado no la dá, pero es esta: Puede haber factores

exteriores que influyen en la criminalidad, como la miseria, la falta de educación, etc. de suerte que hay medios propicios y medios impropios para el delito, y entre estos últimos unos son más y otros son menos. Pero, quiere esto decir que el delito proviene de estas circunstancias? En manera alguna, esta es una circunstancia externa, es el terreno, que diría Garófalo. Y este terreno para dar fruto necesita la planta que fructifique; esta planta a su vez necesita semilla, y esta semilla, en tratándose del delito no se encuentra sino en la voluntad humana, factor de difícil investigación científica y e imposible de suprimir.

Es tan inquietante este problema, tan interesante esta relación entre el poder de la voluntad humana y el mal que aflige al Universo que el genio de Leibnitz bautizó una de sus obras con este nombre "La libertad humana y el origen del mal".

TEORIA GENERAL DEL DERECHO PENAL.

División: En esta parte de nuestro estudio tenemos que considerar tres grandes cuestiones:

- ✓ 1 - El Delito.
 - ✓ 2 - La Responsabilidad.
 - ✓ 3 - Las penas o sanciones.
-

* Leibnitz - "La libertad humana y el origen del mal"

TEORIA GENERAL DE LA INFRACCION PUNIBLE (DELITO).

Es un hecho histórico que todas las sociedades humanas en todos los tiempos han establecido sanciones para reprimir ciertas violaciones del orden jurídico. Este hecho tiene dos aspectos, uno constante, o absoluto, y otro contingente o relativo. El primero es el hecho en sí mismo, el segundo consiste en que no en todos los tiempos han sido delictuosos los mismos hechos, ni se han aplicado las mismas penas.

En general en la investigación científica suele emplearse uno de estos dos métodos: el método inductivo propio de las ciencias experimentales, que de la observación de los hechos concretos llega a las conclusiones generales. Y el método deductivo, propio de las ciencias que necesitan razonamiento, como las matemáticas o la metafísica, que partiendo de los principios generales llega por deducción a resolver los problemas particulares y concretos.

En cuestiones jurídico penales es necesario valerse de ambos métodos de conocimiento, porque siendo la ciencia penal una ciencia jurídica basada en la filosofía del derecho la que a su vez se basa en la ética, tiene que haber un conjunto de principios generales de donde por medio del raciocinio se llega a conclusiones particulares. Pero como por otra parte el delito es un hecho externo y tangible, se trata también de investigar hechos concretos por medio del método inductivo. Necesitamos pues el método deductivo por tratarse del derecho; y el método inductivo por tratarse del delito, o sea por tratarse de hechos. En otras palabras, aplicamos el análisis y la síntesis. Con este doble método vamos a estudiar el delito.

El estudio del delito puede hacerse - con dos criterios: de jure condendo lo estudia el filósofo, el sociólogo, el criminalista, propiamente dicho, que miran los hechos que deberían estar considerados como delitos en el

Código Penal. Este estudio puede también considerarse por dos aspectos: analizándolo tal como está el hecho en el código y b) estudiando las razones que tuvo el legislador para considerarlo como delito.

Si se estudia el delito tal como está en el código, basta con este criterio simplista: el delito es todo hecho u omisión contemplado bajo sanción en el código penal. La dificultad se presenta al estudiar filosóficamente el delito, sea para dictar el código penal, sea para ~~bustar~~ la razón última que tuvo el legislador para catalogar ciertos hechos como delitos.

Suele llamarse derecho penal especial, el análisis de cada una de las especies de delitos contemplados en el código penal y Derecho Penal General, el estudio de la doctrina.

En castellano decimos en general delito, para significar lo que los franceses llaman la infracción punible, y los italianos "il reato", quizá porque en estas lenguas no hay una palabra general. En Francia y en las legislaciones modernas se hace distinción entre los crímenes que son los delitos más atroces castigados con las más severas penas, los delitos propiamente tales, ó y las contravenciones, que son las pequeñas infracciones susceptibles de medidas o castigos de policía. Entre nosotros solo hemos (llamado) hablado de delitos en general llamando también del mismo modo y manera impropia las contravenciones.

Noción general del delito.

Si estudiamos el delito tal como está en el código, tendremos que seguir éste en todas sus líneas; y si lo vamos a considerar filosóficamente también llegaremos en un momento dado a relacionarlo con el código penal. Porque debe adelantarse que uno de los elementos constitutivos del delito es la incriminación legal, ya que en la práctica es hecho delictuoso el que está en el código penal, y en la teoría

el que debe estar. Hablemos pues de delito legal aun cuando hay muchos otros hechos que deberían ser considerados como delitos.

En todo delito debe haber siempre un fondo ilícito. No todo hecho ilícito es delictuoso, pero todo delito sí es un hecho ilícito. Hay numerosos actos meramente inmorales y que no alcanzan a ser antijurídicos, que no se califican como delitos; por eso no todos los hechos ilícitos quedan considerados como delitos; en primer lugar porque muchos de ellos quedan en la conciencia moral sin que lleguen a ser conocidos por la sociedad, y en segundo lugar porque la sociedad no tiene medios de convicción respecto de esos hechos meramente internos. De ahí que en derecho penal no se admita la sola confesión de parte como suficiente para condenar.

Tenemos pues que el genero próximo del delito está en la violación del derecho; hay que buscar la diferencia específica.

Vimos ya las diferentes medidas que toma la sociedad contra el mal jurídico; esto nos puede dar la ley para conocer la índole del delito. Un deudor deja de pagar su deuda, tenemos las medidas compulsivas de carácter civil para hacerle cumplir su obligación; al mismo tiempo, un sujeto se apodera indebidamente de una parte de su patrimonio, el engañado puede valerse de las medidas coactivas de carácter civil para obtener la devolución, pero puede también acudir a la justicia penal para que se castigue el hecho. Cuál es la diferencia? En ambos casos ha habido violación del derecho, se trata en ambos casos de hechos jurídicamente ilícitos, por qué, pues, en el segundo caso hay lugar a la intervención de la justicia penal además de la civil?

Necimos que al tratar de definir el delito se ha dado el genero próximo al decir que es la violación del derecho. Pero esta noción es muy amplia porque dentro de las violaciones del derecho hay muchos hechos que no son delictivos.

to. Para encontrar esta diferencia es necesario considerar el delito no sólo por su aspecto objetivo del mal material con violación del orden jurídico, sino también por su aspecto subjetivo, qué es él y qué causas tiene.

El cadáver de un hombre no implica un delito de homicidio, el cadáver de un hombre muerto violentamente no lo implica tampoco, el cadáver de un hombre con el corazón traspasado por una bala disparada por otro, puede no ser delito. Y esto último puede acontecer por diversas eventualidades: o porque el que la disparó lo hizo sin culpa, o porque estaba loco, o porque lo hizo en defensa legítima. Existe en tal caso la apariencia misma material del delito, pero falta la esencia misma del acto antijurídico.

El acto antijurídico que sólo perjudica un interés individual no puede considerarse como delito, o mejor, como ilícito ante el derecho penal. Los actos antijurídicos, causados por un ser humano, en cuanto tal, y que atenten contra la tranquilidad pública o la seguridad social general, esos son delitos. De aquí que Carrara, no precisamente al tratar del delito, en una de sus frases elocuentes hubiera dicho: "el delito implica la intranquilidad para los buenos y el mal ejemplo para los malos". El hombre que tiene la desgracia de matar a otro en legítima defensa no intranquiliza sino a los pícaros, no a los buenos, ni da mal ejemplo a nadie. Sí lo da el que mata sin razón alguna y es un elemento perturbador que produce la intranquilidad general, todos nos sentimos amenazados por ése o por cualquier otro. De ahí el clamor de la humanidad que considera la impunidad como factor de delincuencia.

La apacible convivencia de los miembros de la sociedad y la tranquilidad pública resulta de la seguridad que las personas que viven según la ley, tienen de que se les harán respetar sus derechos. Hay una protección potencial del Estado y aun cuando en un momento dado no haya protección, nos sentimos amparados.

Ilícito penal e ilícito civil

Hay ciertos hechos que atentan contra el derecho individual es decir son ilícitos civiles, pero que atentan además contra la seguridad pública y que son penalmente ilícitos. Constituyen estos los delitos materiales.

Hay por último, hechos que no causan perjuicios individuales, pero que por la intranquilidad pública que producen, tales son los delitos formales.

Los delitos materiales son pues aquellos en que se requiere para que pueda imponerse la pena, que sea efectivo el daño causado. Por oposición los delitos formales son aquellos actos jurídicamente ilícitos, penados por la ley en sí, sin tener en cuenta el resultado que produzcan. Así, por ejemplo, el envenenamiento de las fuentes abastecedoras de agua de una población constituye un gravísimo atentado contra la tranquilidad pública y la seguridad a que tiene derecho el grupo social respectivo. En algunos países llega a propagarse tanto el delito de falsificación de monedas, que el legislador se ve obligado a constituir en delito formal la simple tenencia de los elementos de falsificación o de las monedas falsificadas, aun cuando ningún hucho haya hecho el ~~venedor~~ tenedor de ellas, y entonces ese solo hecho se castiga. Otras veces, en un estado grave de inseguridad social, se prohíbe el libre porte de armas y municiones, y entonces el solo hecho de llevarlas es castigado.

De la misma manera que la sociedad se defiende contra todos los hechos dañosos causados por fuerzas meramente mecánicas y físicas, como los cataclismos, las epidemias, etc. males todos ellos que amenazan a la existencia humana y la tranquilidad pública, tiene que defenderse también contra el delito. Pero en este caso último, actuará la sociedad su defensa lo mismo que en el caso anterior ?

No, hace su defensa en forma específica da, consistente en la ejecución de la justicia.

En las escuelas de derecho penal se hace un contraposition entre la defensa de la sociedad y la justicia. La primera es concepción de la Escuela Positivista; la segunda de la Escuela Clásica. Habría oposición entre estas dos concepciones? Sí y no: porque la mejor defensa de la sociedad es la realización de la justicia.

Tenemos que el delito es la violación transcendental del derecho que afecta a toda la sociedad y que no puede repararse por medio distinto de la sanción pública. El deudor que no paga a su acreedor comete una injusticia que se repara por medio de la indemnización de perjuicios, pero tratándose de un delito la violación del derecho es más transcendental y se hace necesaria la pena.

Hay una relación constante e inversa entre la capacidad de defensa de los derechos y la ilicitud penal o civil de los hechos antijurídicos. Más claro, cuando el individuo dispone de medios suficientes para defender su derecho, la violación de ellos no constituye delito y allí donde acaba al capacidad de defensa el hecho antijurídico empieza a ser delito. Esto es: el delito va siendo más y más grave, mientras menor sea la posibilidad de defensa de la víctima. Esto se ve perfectamente en la gama de los delitos contra la propiedad: si tengo establecido un negocio y busco un empleado para su manejo, debo cuidarme de que tal empleado sea honrado y debo siempre mantenerlo bajo vigilancia, si no cumplo con estos medios de defensa, puede el empleado cometer contra mí un abuso de confianza, delito que es menos grave que la estafa, y esta menos grave que el hurto, el que a su vez es menos grave que el robo. A primera vista parece que el más grave de estos delitos sea el abuso de confianza, pero en todas las legislaciones está menos gravemente castigado, precisamente porque la víctima tenía más medios para defenderse. En el último caso, en cambio, la vic

tima había puesto todos los medios para defenderse y ante la insuficiencia de ellos el poder público está en la obligación de tutelar el derecho reprimiendo en forma más energética su violación.

Del sujeto y del objeto del delito. El sujeto del delito es la persona humana. Decimos esto, que puede parecer trivial, porque el sentido jurídico de la humanidad no pocas veces ha sufrido errores en este sentido. Así, se ha dado el caso de prostrar animales, nombrándoles un defensor que respondiera por ellos en juicio. Pero prescindiendo de esta aberración, se sabe que en muchas ocasiones se ha condenado a las gentes en efigie, y que también se ha presentado el procesamiento colectivo, imputando un hecho a una colectividad. En derecho moderno se discute si ciertas comunidades pueden ser susceptibles o no de ser sujetos del delito.

Se insiste en estudiar estos puntos de vista por esta otra razón: en el hombre se dan actos humanos y actos de hombre. Los primeros son los que ejecuta la persona humana con conocimiento intelectual del fin particular de la acción, con voluntad libre. Los segundos son aquellos que el hombre ejecuta por su sola condición de animal. Un loco, por ejemplo, puede causar un daño material pero no un daño jurídico.

El objeto del delito es el derecho, es decir, el derecho es la meta sobre la cual cae el delito. El choque o contraposición entre la actividad humana y el derecho es lo que produce el delito. De ahí que los clásicos hayan supuestos al derecho y al delito como dos fuerzas opuestas cuya resultante es la sanción penal.

Así en nuestras legislaciones se han considerado delictuosos hechos irreverentes a la religión. La interpretación antigua de esto era que lo que constituía un atentado contra la divinidad era delito, y los hechos irreverentes eran considerados delitos por ser contra Dios.

Hoy día la interpretación es xistinta: el hecho irreverente es delictuoso porque la generalidad de los ciudadanos tienen derecho a profesar tan quilmente sus creencias y a que no se irrespeten sus sentimientos religiosos. En todos los países hay disposiciones que castigan a los que públicamente maltratan a los animales; no siendo los animales sujeto de derecho, se explican estas medidas jurídicamente porque tal acto va a violar el derecho que tienen los ciudadanos a que se les respete su tranquilidad, su sensibilidad.

De manera que el objeto del delito es el derecho, tomando objeto en sentido filosófico, es decir, como el punto al cual vulnera el delito.

Elementos constitutivos del delito. Vimos ya como el carácter exterior del delito es la incriminación legal. Pero este es un criterio externo; la esencia del delito no puede estar en esta circunstancia, puesto que se trata precisamente de saber cuándo el legislador debe erigir un hecho en delito. Hay que buscarle pues una diferencia intrínseca.

Los mismos escritores positivistas reconocen que es insuperable la construcción jurídica del delito hecha por Carrara, cuando dice que en el delito hay que contemplar una fuerza moral, y una fuerza física, y tanto la una como la otra objetiva y subjetivamente.

La fuerza moral por su aspecto subjerivo consiste en la intervención de la voluntad y de la inteligencia en el delito, y por su aspecto objetivo es el mal ejemplo. La fuerza física por su aspecto subjetivo es la actividad corporal, los actos externos realizados por el delincuente, y por su aspecto objetivo es la ofensa al derecho, o sea, el daño material que se ha derivado del delito.

El daño puede ser inmediato o directo a una persona o a un grupo determinado y mediato o moral a toda la colectividad, por la intranquilidad

dad causada; la intranquilidad de los buenos y el mal ejemplo para los malos, de que habló Carrara, o como dice Florián: "El debilitamiento de la opinión de seguridad".

Quando en un grupo social merodeancier^{merodear} los delitos que quedan impunes se produce un mal político grave, que consiste en la desconfianza del ciudadano; se piensa que el poder del estado no es capaz de hacer justicia y que vivimos permanentemente amenazados. Tal es el mal moral o mediato que causa el delito.

Extrayendo de estas nociones, los elementos constitutivos del delito, podemos con el profesor francés, reducirlos a tres:

1 - La incriminación legal, o sea que el hecho esté contemplado como delito en el Código Penal.

2 - Un elemento material, externo y objetivo, o sea que el hecho sea perturbador del derecho, que atente contra la tranquilidad representada en el derecho.

3) Un elemento moral, subjetivo, representado por la intervención de la voluntad humana.

Si un rayo da muerte a un hombre, nadie dirá que en tal hecho hay un delito, porque aunque hay el elemento material queda faltando el aspecto interno o elemento moral, sin el cual no hay delito; si me veo en el desgraciado caso de dar muerte a un hombre en legítima defensa, tampoco hay delito porque falta el elemento moral, porque no hay violación del derecho. Para que haya delito, además del elemento material, se necesita la violación del derecho por obra humana, no del animal hombre.

Respecto de la intervención de la voluntad en el delito hay que contemplar varias formas: el delito puede ocurrir por dolo o por culpa. Hay dolo cuando el agente tiene la voluntad de ejecutar el hecho material o externo

y la intención de producir el resultado acaecido. Hay culpa cuando el agente tiene la voluntad de ejecutar el acto externo pero sin la intención positiva de producir el efecto o resultado. El elemento esencial de la culpa es la no previsibilidad del resultado; si el resultado es imprevisible hay culpa y no hay responsabilidad.

Si disparo para herir o para dar muerte y el resultado se produce, hay delito con dolo. Si por diversión tiro una piedra y causo una herida a un transeúnte, hecho que no preví pudiendo dolo prever, ciertamente yo no tenía la intención de herir a nadie, pero el acto no es inocente porque lo ejecuto con voluntad. Hay entonces culpa.

Hay otra clase de culpa, que es el descuido o negligencia. Un cirujano que no emplea todos los medios de asepsia y antisepsia y causa la muerte del paciente, ciertamente no se propuso tal resultado, pero no puede estar en igual situación jurídica con otro cirujano que sí haya puesto en su paciente todo el cuidado necesario.

Podríamos englobar las dos formas de culpa de que hemos hablado, así: imprevisibilidad y descuido bajo este término general, imprudencia.

Pero como se vé, todo está dominado por la voluntad humana y tiene que haber un conocimiento más o menos perfecto o imperfecto de la cosa. Voluntad con conocimiento perfecto o sea con intención es el dolo. Voluntad con conocimiento imperfecto o sin intención es la culpa.

De aquí la división de los delitos en intencionales y no intencionales, que es sólo un nombre que no corresponde a la realidad. Porque en primer lugar, para que el delito exista en la ley no se exige la prueba positiva de la intención especial; y en segundo lugar, respecto de todo delito se necesita que haya voluntad en el agente.

Pero hay ciertas clases de delitos que requieren especial intención, delitos que se encuentran regados en el código, que al referirse a ellos se expresa: "El que a sabiendas", "el que con intención de hacer daño", y que constituyen los mal llamados delitos intencionales.

Refiriéndonos a la fuerza física en el delito, tenemos delitos por acción y delitos por omisión, y otros, no contemplados por Carrara, que son los delitos de comisión por omisión.

Un delito por acción es, por ejemplo, un homicidio; un delito por omisión comete por ejemplo, el juez que sin motivo deja de ir a su oficina; y hay ocasiones en que las omisiones revistan tal importancia que presentan un aspecto positivo, por ejemplo, el abandono de un niño pequeño, muerto luego por un automóvil; la madre viene equivaliendo en este caso a la rueda del automóvil, porque está en la naturaleza humana el amor de la madre por la vida del hijo, y este acto no es explicable sino por la voluntad humana de haber incurrido en una omisión que es una verdadera comisión. Lo mismo sucede en el caso de un guardavías que por descuido no arregla las vías y se produce un desastre: la omisión del guardavías al no cumplir con su deber equivale a un verdadero acto positivo.

Tenemos, pues, que en todo caso, tres son los elementos constitutivos del delito: la incriminación legal, un elemento moral que es el acto de la persona humana, y un elemento material que es la actividad antijurídica traducidos en hechos externos de la persona humana.

Teorizantes del derecho penal en una y otra escuela se han empeñado en considerar al delito grave o leve según uno de sus elementos constitutivos solamente. Y ese es un error: la gravedad del delito se determina por la concurrencia de los dos elementos, voluntad y ejecución, según los clásicos; voluntas sceleris y effectus sceleris o sea el daño.

Es una verdad que no exige demostración que a mayor delito corresponde mayor pena. Objetivamente, quien roba a dos, peca más que quien roba a uno; subjetivamente, la perversidad del autor le comunica mayor intensidad de gravedad a su acción delictuosa. Este concepto científico del derecho penal coincide con la idea general del vulgo respecto de la mayor o menor gravedad de la acción humana.

Elementos constitutivos especiales de cada delito.

Fuera de estos elementos generales a todo delito, que es lo que hemos estudiado últimamente, cada clase de delito tiene sus elementos constitutivos especiales, que luego estudiaremos. Así por ejemplo, el robo, además de las características generales del delito, tiene como elementos constitutivos especiales, la apropiación indebida de una cosa ajena por medio de la violencia. Estos elementos esenciales a constitutivos de los delitos se encuentran determinados en el código penal.

Circunstancias de los delitos.

Pero es necesario no confundir ni los elementos generales de todo delito de que hablamos atrás, ni sus elementos constitutivos especiales, a los que acabamos de hacer referencia, con las circunstancias del delito que hay que considerar en cada caso particular y determinado.

Cada hecho delictuoso está caracterizado por las circunstancias que lo rodean y que el derecho llama tradicionalmente agravantes o atenuantes, según que aumenten o disminuyan la fuerza física o material del delito.

Tanto las circunstancias agravantes como las atenuantes pueden ser personales o subjetivas y reales u objetivas, según que residan en en la persona que delinque o que sean materiales e independientes de la persona. Así por ejemplo es una circunstancia atenuante subjeti-

va, en los delitos contra las personas, el hecho de que el delincuente haya sido provocado por la víctima; y es una circunstancia agravante subjetiva, las relaciones de parentesco. Es una circunstancia agravante objetiva, en el robo, el efectuarlo durante la noche, y es atenuante objetiva la circunstancia de que el robo se cometa en pleno día.

Hay circunstancias agravantes y atenuantes de tal importancia, que son suficientes para crear dentro de determinada especie de delito una subespecie, entonces se llaman circunstancias modificadoras. Así, por ejemplo, la circunstancia del parentesco en los delitos contra las personas es agravante siempre; pero si el parentesco es de hijo a padre es de tal importancia que viene como circunstancia modificadora a constituir el delito de parricidio. Lo mismo puede decirse del uxoricidio (entre esposos), o del fratricidio (entre hermanos); delitos que en generalmente se comprenden bajo la denominación genérica de parricidios, según los códigos penales nuestros.

Para efectos de la penalidad, el juez no puede cargarle al reo una misma o sola circunstancia por doble aspecto. No podría decirle a un delincuente: le condeno a veinte años de presidio porque usted cometió un homicidio, castigado con prisión de ocho a diez años; pero además un parricidio castigado con prisión de quince a veinte años. Sino que el juez debe moverse dentro de la escala de castigo de cada delito, según el grado de peligrosidad del delincuente.

De manera que la mayor o menor cuantía de la pena, entre otras cosas tiene que ir en relación con las circunstancias que rodean el delito. Por eso el legislador establece penas más o menos severas, según sea mayor o menor la gravedad de las mismas.

Todo esto demuestra que no puede prescindirse en derecho penal del criterio de obje-

tividad sin que esto quiera decir que tal criterio se tenga como exclusivo. Esto porque en los tiempos modernos ha solido repetirse mucho que "no hay delitos sino delincuentes", principio que fue tomado de este otro: "no hay enfermedades sino enfermos" y que no tiene sino un valor muy relativo. Porque la medicina no niega la existencia de las enfermedades cuando aplica ese dicho, sino que pretende por medio de él recalcar la importancia que tiene la idiosincracia de cada persona, en tal forma que lo que hace bien a un paciente de determinada enfermedad, no obra lo mismo sobre otro, aquejado de igual dolencia, y por paradoja se ha llegado a decir que no hay enfermedades sino enfermos.

Y es falso también que no haya delitos sino delincuentes, porque hay delitos y hay delincuentes; no hay dos hombres que hayan delinquido en circunstancias iguales: cada uno es cada uno y hay que tratarlo como es. De aquí la teoría de Saleilles de la "individualización de la pena", en donde aconseja dotar a la sociedad de medios que permitan adaptar la pena a las condiciones peculiares del delincuente. Pero esto no quiere decir en forma alguna que no haya delitos.

Ilicitud moral de la acción y la omisión en relación con el delito.

Hay hechos clasificados de delitos y que son naturalmente delitos; pero hay otros hechos que sin ser inmorales se catalogan como delitos.

El estado no es precisamente una institución moralizadora; por eso la observación de Santo Tomás de que como todas las leyes que se dictan son para la comunidad, para la generalidad, y esta no es de santos, no puede imponerse por la ley la virtud, al menos en cierto grado. Y a esto se agrega que el estado no podría tener agentes con autoridad moral suficiente para imponer el cumplimiento estricto de la ley moral.

Claro que es necesario a la sociedad - el honeste vivere, pero el estado no puede imponer por ley un principio puramente ético, sino sólo aquellos conceptos éticos que más se acercuen y se refieran a las relaciones jurídicas entre los hombres. Pero tampoco puede el estado tolerar las manifestaciones públicas de inmoralidad, de ahí que erige en delitos hechos de esa clase, aun cuando no vaya contra un determinado derecho, sino por ser de una inmoralidad antisocial, v.gr., la trata de blancas, la corrupción de menores.

El delito, como lo hemos venido viendo es una violación de derecho, pero no toda violación de derecho es delito, sino solamente aquellas que son incompatibles con la existencia social.

Ahora bien, será libre el legislador - para erigir en delito cualquier acto? Nó, el legislador está restringido por la ley jurídica, insperada a su vez en la ley moral, De manera que, en general, los hechos contra la ley moral son delitos naturales, y hay otros delitos de pura creación legal.

Así podríamos agrupar las acciones que el legislador tiene en cuenta, en la forma siguiente:

a) - Acciones que son injustas de suyo, que van contra el derecho natural, y que el legislador erige en delitos y castiga.

b) - Hay otras acciones, injustas de suyo, que debieran ser punibles, pero que escapan a la previsión del legislador. Se trata entonces de los que llama Ferri 'delincuentes astutos y afortunados' y que al decir del mismo 'caminan por los espacios blancos de los códigos penales' .

c) - Hay otras acciones que son también injustas de suyo, pero que el legislador no estima necesario ni útil castigar para conservar el orden social.

d) - Y finalmente, hay acciones que no son de por sí injustas, pero que el legislador para procurar el bien y evitar el mal, restringe en favor del orden social y de la libertad individual, v.gr., las penas que el legislador establece para la extralimitación de funciones. Estos son delitos de creación legal, pero estos delitos legales siempre proceden de la ley natural, o porque están contemplados en ella, o porque son un corolario lógico de la subordinación del individuo a la sociedad.

Elemento moral o subjetivo del delito. Ya vimos que tres son los elementos de todo delito: incriminación legal, elemento material y objetivo, y elemento moral o subjetivo. Estudiando este último en particular podemos hacer las siguientes consideraciones.

El análisis de las operaciones de la voluntad humana en la ejecución de los actos es tan difícil de hacer, que ha constituido el rompecabezas de la filosofía para pensadores de diferentes tendencias.

Uno de los elementos más complejos, y a la vez más sencillos, que hay que considerar en la volición, es que la voluntad no puede querer el mal en cuanto mal. La voluntad sólo puede querer lo que el entendimiento, veraz o equívocamente, le proponga como bien. De ahí el principio de Platón: "El hombre no quiere el acto malo como malo sino como acto". Así, cuando nos dejamos llevar hacia el mal, estamos engañados por el espejismo de un bien. Por otra parte tampoco puede la voluntad dejar de querer el bien absoluto, llámesele como se quiera.

Como ya se anotó anteriormente, x de dos maneras puede intervenir la voluntad en el delito: por dolo y por culpa. Vamos a estudiar la primera de dichas formas.

Ideas que en la evolución del derecho penal ha habido del dolo.

Las ideas que en materia penal se han tenido de El dolo pueden reducirse a tres:

1) - Se ha concretado la idea de dolo en la idea de maldad o de intención perversa o depravada.

2) - También se ha concretado la idea de dolo en la conciencia de la ilicitud jurídica del acto.

3) - Finalmente, según la idea que parece ser la del moderno positivismo penal, el dolo se identifica con el hecho mismo que es constitutivo de la infracción punible.

Concepto del dolo en las distintas legislaciones positivas.

En los sistemas legislativos o códigos penales, se ha contemplado el dolo en una de estas tres formas:

a) - Como la intención cierta y particular de significado antisocial y pudiéramos decir abyecto. Fue adoptada esta idea general por los códigos de los estados seccionales que hoy constituyen a Alemania. Al unificarse estos estados también se unificó la legislación, y en el código que actualmente rige se ha consignado esta idea: es el dolo es la determinación de ejecutar un acto unida a la conciencia de que es contrario a la ley, o más claramente, la voluntad de ejecutar un acto a sabiendas de que está castigado.

b) - También se han contemplado el dolo en las legislaciones como el elemento intencional genérico de la voluntad del acto; es decir, hechos punibles que se pueden considerar plenamente voluntarios. Este sistema es el de los códigos de Hungría, Grecia, Japón y del Código español anterior a la última reforma. En el antiguo código penal colombiano se decía: "El delito es la voluntaria y maliciosa infracción de la ley. Esta voluntad y malicia se presumen". Establecía pues, la presunción de dolo en el delito.

c) - Por último, hay códigos penales -- que no hablan de dolo sino que se limitan a determinar los elementos de la imputabilidad. El nuevo código penal colombiano está en este grupo.

Teoría general del dolo. Varias teorías se han formulado y varias opiniones profesado acerca de lo que debe entenderse por dolo, ya se considere penal o civilmente.

momento { Algunos consideran que hay un dolo mayor o menor, según que el agente haya reflexionado más o menos en su acción; y a veces el parecer trivial del vulgo es el mas sabio: así se suele juzgar por el común de las genetes más se veramente al que comete un acto ilícito después de haberlo reflexionado, que al que lo comete súbitamente.

Voluntad { Otros consideran que hay dolo mayor o menor, según sea mayor o menor e± la voluntad moral al obrar; y hay razón para considerarlo así: cuando un hombre se ve obligado a obrar desaparece la voluntad moral y desaparece también el dolo, y mientras de más libertad disponga será más maliciosa su acción.

Intención { También se ha dicho que le comunica mayor gravedad al dolo la mayor persistencia de la intención. No hay igual dolo en un delincuente habitual, cuya voluntad persevera en el mal, ha aun siendo en un solo delito, sino que es mayor que en el que mata repentinamente.

Algunos en fin, han creído que el dolo depende la mayor o menor importancia de la norma jurídica que se viole.

En esto, como en muchas otras cosas, parece ser cierto que la verdad no se encuentra exclusivamente en ninguna de estas opiniones, si no que han de tenerse en cuenta todas ellas.

Alkmena, autor insospechable de extre-

mismos, da este concepto del dolo: "La voluntad dirigida a la ejecución del delito suele denominarse voluntas sceleris o más sencillamente, dolo".

En general los elementos del dolo podemos concretarlos en tres:

- a) - Conocimiento, que algunos llaman - reflexión y otros conciencia psicológica.
- b) - Voluntad, y
- c) - Intención.

Al ejecutarse una acción punible puede contemplarse la operación subjetiva por uno de estos aspectos:

- a) Voluntad de ejecutar el acto: voluntad.
- b) Voluntad de producir el resultado: intención.

La intención, a su vez, puede ser:

- a) - Voluntad directamente dolosa.
- b) - Voluntad indirectamente dolosa.
- c) - Y existe además la voluntad apenas culpable.

Hay voluntad de ejecutar el acto, voluntad de producir el resultado y voluntad directamente dolosa, en este caso: cuando disparo sobre una persona para darle muerte. Hay voluntad indirectamente dolosa cuando disparo sobre una persona para hierirla y le causo la muerte. Hay voluntad simplemente culpable cuando manejo un automóvil sin saber y causo daños a un transeúnte.

La voluntad de ejecutar un acto, hacer un disparo, por ejemplo es una voluntad común, común a todos los grados de la infracción punible. La voluntad de producir el resultado es ya el elemento que especifica al dolo, y lo que lo distingue de la voluntad indirecta y de la voluntad apenas culpable porque en estas no está sino el primer elemento.

En cuanto a la previsión del fin particular de la acción, puede ser más o menos confusa. El hombre normal que goza de buenas facultades, prevee los posibles eventos de sus actos; peor hay sujetos humanos que obran sin reflexionar, sin prever el resultado de sus actos. Los ingleses expresan estos fenómenos diciendo que hay hombres que saben pensar completo y otros que piensan incompletamente.

La previsibilidad de una acción tiene una escala sumamente rica. A este respecto nos dice Alimena: "en el lenguaje matemático la probabilidad se (presenta) representa con una quebrado cuyo numerador indica los casos favorables y el denominador indica los casos posibles. Así la fracción $1/100$ como la fracción $99/100$, representa dos probabilidades diversas. En el lenguaje común al contrario decimos que un acontecimiento es probable cuando el número de las hipótesis favorables supera en cualquier modo al de las hipótesis desfavorables: así decimos que es probable el acontecimiento que se presenta con la fracción $51/100$ e improbable el acontecimiento que se representa con la fracción $49/100$, mientras que la fracción $50/100$ indica un estado inerte, indiferente!"

Y continúa Alimena: " Me parece, pues, justo, que para la imputación de los hechos que dependen de nuestra voluntad activa, no debe bastar la primera probabilidad, sino también la tercera y la segunda, es o sea, es también imputable aquel hecho que parece comprobable a la conciencia del reo, a nuestra conciencia y a la conciencia de los asociados; pero tan poco probable que toca casi en lo improbable. Es decir, para hacer imputable el delito basta aquella probabilidad mínima, por ejemplo, para determinar los medios necesarios para apuntalar una casa. Y la solución es justa, porque en nosotros se integra la conciencia de la probabilidad del peligro con la conciencia del bien que se pone en peligro."

Generalmente el que obra debe proponerse el mayor número de probabilidades, pero los

imprevisores no atienden a este cálculo de probabilidades, proceden con una intención menos cierta; los otros no, los que premeditan un delito han visto mejor su fin, por eso el grado máximo de dolo es el premeditado en cuanto a la intención; el grado medio es el dolo voluntario o dolo de propósito; y el ~~dele-~~ mínimo grado mínimo en cuanto a la intención es el dolo repentino.

Ferri ha propuesto a este respecto que se tenga en cuenta no sólo la voluntad de ejecutar el acto y la intención de producir el resultado, sino también el móvil que guió al agente, el motivo por el cual obró el sujeto.

En relación con esto, es lo cierto que la filosofía enseña que la moralidad de un acto depende de la moralidad del fin y de la moralidad de los medios. Por eso es falsa aquella máxima de que 'el fin justifica los medios'. El móvil de un delito puede ser muy noble, pero siendo contra derecho no le quita la ilicitud del acto; v. gr. robar para dar limosna no deja de ser un acto ilícito.

La teoría de Ferri, por consiguiente, es buena, pero siempre que se tengan en cuenta los tres elementos conjuntamente: si se ha de tener en cuenta únicamente el móvil que guió al agente del acto delictuoso, es inaceptable.

Ahora bien, como no hay una frontera precisa de los actos voluntarios y los actos cog bosc it ivos en la conciencia del hombre, tenemos lo siguiente:

Hay infracciones punibles claramente do los as; hay otras que son claramente culpables; pero hay ~~mu~~ innumerables hechos punibles que fluctúan entre la culpa y el dolo; de ahí la co ns ideración del número de probabilidades que el agente tuvo en cuenta de que aca ecería o no el efecto a que ha poco hicimos mención.

La intención se puede considerar no ya

desde el punto de vista psicológico sino desde el punto de vista ético, y tendremos como elemento integrante del dolo la intención ilícita.

Esta ilicitud será moral, jurídica o legal? La idea tradicional francesa es la del código colombiano antiguo y se define diciendo que 'el delito es la violación de la ley', idea candorosa porque nadie se propone al obrar ilícitamente violar determinado artículo de la ley que haga a tal hecho ilícito. (Este párrafo debió ser mal captado por el alumno que tomó las conferencias porque no se entiende bien).

Tenemos pues que la intención antijurídica, según que esta intención sea más firme o más clara, será mayor o menor el dolo; o para precisar mejor: el máximo de intensidad del dolo resulta cuando se reúnen estos tres elementos en el agente: voluntad de ejecutar el hecho, intención de que se produzca el resultado determinado y conocimiento del hecho como antijurídico.

Cuando no están reunidos estos tres elementos, o uno cualquiera de ellos no es completo, tenemos que el dolo va disminuyendo en intensidad y será un dolo imperfecto.

Presunción de dolo en los delitos. Cuando se han querido hacer reformas legislativas se ha discutido si debe ponerse en el código penal la presunción de dolo. Acerca de esto hay lo siguiente: si se trata de una acción cuya inmoralidad o injusticia sea de tal naturaleza que no puede escaparse al conocimiento general, habra de presumirse el dolo, sea que tal presunción esté o no en el código penal.

La dificultad se presenta tratándose de aquellos delitos que se llaman de 'creación política' como por ejemplo la prohibición de usar determinadas insignias sin tener derecho a ellas o el hecho de pretender entrar en lugares fortificados militarmente y de tomar fotografías, tanto más si se trata de sujetos de quienes se soñ

pecha espionaje, que son dos timpos especiales de delito que consagra el código penal nuestro. Para esta clase de delitos debe requerirse do lo específico y completo, pero no puede presumirse pues sería injusto.

Especies de dolo- Hemos dicho que el elemento moral del delito genéricamente - considerado es la voluntad del agente, y que esta voluntad puede referirse a la ejecución del acto o a la producción de los resultados. Hemos dicho también que la intención de la voluntad dirigida a la ejecución del delito suele denominarse dolo.

En los escritores modernos se nota cierta tendencia a prescindir de la expresión dolo, reemplazándola por intención. También en el campo del derecho civil tenemos una verdadera revolución consistente sólo en el cambio de palabras, pero bien examinadas las cosas y en el fondo, es lo mismo expresado en diferentes términos.

Respecto de la intención el profesor Roux de Strasburgo y el profesor Litz, hacen las siguientes consideraciones:

El primero de los nombrados, con gran clarividencia presenta el problema de la intención criminal así: "La voluntad versa sobre el acto y sus consecuencias, y la intención se refiere al carácter ilícito del acto. Si quiero un acto sin saber sus consecuencias, no hay imputabilidad; si la habré si quiero el acto y sus consecuencias. Aquí aquello de la filosofía tomista de que acto humano es el que se verifica con conocimiento intelectual del fin particular de la acción y voluntad libre. Tenemos entonces el acto plenamente imputable; si tengo en cuenta la ilicitud del acto imputable tenemos la ilicitud o sea el dolo.

Roux distingue el dolo genérico o simple y el específico. Genéricamente consiste el dolo en ejecutar el acto con intención ilícita;

y el dolo específico es este mismo pero con la voluntad enderezada a causarle mal jurídico a otro. Y dice que no es lo mismo la perversidad de un hombre que ejecuta un acto antijurídico sabiéndolo ilícito, pero sólo por satisfacción propia, que aquél que ejecuta el mismo acto pero sólo para causar daño a otro.

Objetivamente dentro de la idea puramente clásica de derecho penal no se podría hacer esta distinción, pero ella es muy realista y necesaria.

Este dolo específico de que habla Roux tiene que estar probado específicamente; la ley no se atiene a quí a la idea general de que quien viola la ley lo hace con intención sino que exige una prueba especial, pues considera que el dolo específico es más grave.

El dolo específico (de que habla Roux tiene que estar probado específicamente) puede ser determinado o indeterminado. Obra con dolo determinado quien dispara proponiéndose dar muerte a determinada persona, y obra con dolo indeterminado quien dispara sobre un grupo y hiere o da muerte a una o varias personas.

Conviene precisar esto en teoría para saber que quien delinque en estas circunstancias no podrá alegar después que no tuvo intención, que ni siquiera conocía a las víctimas. La justicia le responderá que no dejó de proceder con dolo, sólo que se trata de un dolo indeterminado.

El dolo eventual se presenta cuando el agente corre el riesgo de producir un resultado criminoso que no era el que buscaba. Así, por ejemplo, si un sujeto que tiene un almacén asegurado contra incendio, le prende fuego para conseguir ilícitamente el pago del seguro, ha procedido con dolo específico; pero si el fuego además causa daños en una cosa ajena, como si incendia una casa vecina o quema a un niño, hay un caso de dolo eventual. El agen

te al prenderle fuego al almacén (se ha expuesto) se ha expuesto al riesgo de causar desastres q' no está en sus manos determinar ni limitar.

A veces la intención de dañar es inseparable del acto mismo, como en el delito de calumnia, por ejemplo. Quien calumnia a otro no podrá algar después que ha escrito el artículo o lanzado la especie y que eso fue lo que quiso, mas no quitar la buena reputación determinada persona. Existe en estos casos el delito sin necesidad de inquirir el dolo específico. Aquí el aforismo aplicable es este: "causa causae, causa - causati" .

Von Litz considera que la intención criminal o dolo comprende tres elementos:

a) - La representación del acto voluntario mismo, así como de las circunstancias en que fue ejecutado.

b) - La previsión o mejor la representación del resultado y

c) - En los delitos de comisión, la representación de la causalidad del acto, y en los delitos de omisión la representación del impedimento del resultado.

Pero lo más interesante de Litz es que dice que la intención ilícita o dolo puede ser absoluta o condicional. Se da el dolo absoluto o incondicional, cuando el agente tiene segura la producción del resultado (dolo directo). Y se da condicionalmente si el actor espera, confiado en su destreza, en su buena suerte, etc., que el resultado no sobrevendrá.

Agrega von Litz: "El mismo pensamiento puede expresarse con esta regla: existe dolo eventual en caso de representación del resultado como posible, si la condición de la producción necesaria del resultado no hubiera impedido al actor la comisión del acto" De aquí que sea punible el delito cometido con dolo eventual.

Respecto del dolo eventual hay que tener en cuenta que hay intenciones eventuales que se excluyen recíprocamente, v.gr., la intención de herir y dar muerte a una misma persona en un mismo acto y por el mismo motivo. Por esto, a quien da muerte a otro causándole quince heridas por ejemplo, no puede condenársele por haber dado muerte y por haber causado muchas heridas. Al delincuente que hiere a otro dentro de una -tienda y luégo en la calle lo remata, dándole muerte, no puede juzgársele por el delito de heridas causadas en la tienda y por el delito de homicidio perpetrado en la calle.

Puede considerarse lo dicho hasta ahora como comentarios a los artículos 11 y 12 del código penal.

Delitos preterintencionales en relación con los delitos concausales y la culpa. El delito por dolo se revela por la ~~intención~~ proporción entre el elemento intencional y el resultado que se produce. Si una persona quiere dar muerte a otra, se forma el propósito, lo lleva a cabo y obtiene el resultado, tenemos un delito clásicamente doloso.

Ahora bien, la desproporción entre el elemento intencional y el resultado que se produce, es lo que origina los delitos llamados preter intencionales, concausales y culposos.

Delitos preterintencionales. Los delitos preter intencionales son aquellos en que el evento se sale de la intención que el agente tuvo al delinquir, lo cual puede ocurrir de dos maneras: o porque la supera o porque es inferior.

En el capítulo del código penal relativo al homicidio se encuentran disposiciones muy ilustrativas para entender lo que es un delito preter intencional. El art. 362 dice: "El que con el propósito de matar ocasiona la muerte a otro estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de

presidio". Aquí el código da la noción del delito de homicidio. Se necesita pues dolo de propósito. En seguida viene el artículo 365 que dice: "el que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro, incurrirá en la sanción establecida en el art. 362 disminuída de una tercera parte a la mitad".

Es decir que el que tuvo el propósito de herir sólomente y dio muerte, ha de ser juzgado por homicidio, pero se le disminuye la pena.

Significa ello que la ley lo considera delincuente doloso, pero el resultado mayor de lo que se había propuesto, se le carga rebajado. Es un caso de dolo eventual y así lo considera nuestro código penal,.- Hubo dolo porque hubo por parte del agente la intención de producir el resultado antijurídico, sólo que el resultado fue mayor de lo que dicho agente se propuso.

En el caso de que el agente del delito intente dar muerte y solo cause heridas el hecho se considera como delito imperfecto o delito frustrado. Lo segundo si se hizo todo lo necesario para obtener el resultado, a pesar de lo cual éste no se consiguió; lo primero sin no se hizo todo lo necesario para obtener el resultado deseado. Y a estos delitos también castiga el código con penas menos severas.

Delitos concausales. Delitos concausales son aquellos en que para la producción del evento interviene una causa que concurre con la acción del hombre delincuente. Por ejemplo, en el caso de un herido que es sometido a una intervención quirúrgica y que muere por impericia o descuido del cirujano, o en el caso de un herido que por obtener mejor indemnización dexó su tratamiento médico. Tales son los casos más frecuentes.

Refiriéndose a estos delitos dice el código penal en su artículo 36: "Si existiendo de par-

te del agente el propósito de matar, la muerte no se produjere sino por el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, la sanción podrá ser disminuida en la tercera parte".

El nuevo código penal, no podrá pues, ser tachado de demasiado subjetivista, pues siempre tiene en cuenta el resultado que se produce.

Tratándose del dolo indeterminado hay el siguiente aforismo: "dolus indeterminatus determinatur effectu", es decir, el dolo indeterminado se hace determinado por el efecto que produce.

Clases de concausas.- Numerosas pueden ser a las clases de concausas, sin embargo los expositores de derecho penal las concretan a tres:

a) Concausas patológicas, que sería el caso de una persona diabética, a la que otra hace un rasguño cualquiera que le produce la muerte. Lo mismo, en el caso de que con un golpe relativamente suave, dado con la mano, se causa la fractura del cráneo de un sífilítico, que por dicha enfermedad tenga reblandecidos a los huesos que normalmente son muy duros. Evidentemente tales hechos no hubieran causado la muerte a una persona normal y sana.

b) Concausas atípicas, cuando se trata de ciertas anomalías que no siempre son patológicas, sino que pueden ser simplemente anatómicas, v.g. en el caso de dextrocardia, o sea, de desplazamiento del corazón hacia la derecha; puede suceder entonces que en una riña un individuo hiera a otro de una puñalada en el lado derecho sin pensar traspasarle el corazón, y sin embargo la víctima recibe la herida en el corazón, por tenerlo desplazado hacia la derecha y muere inmediatamente.

c) Concausas formales, que son aquellas circunstancias que transitoriamente ayudan a la acción del delincuente, que no hubiera producido el resultado sin mediar dichas causas. v.g. el hecho de que una persona

cause a otra una herida en la región abdominal, presuntamente después de que esta última ha ingerido una fuerte dosis de alcohol, y comido en abundancia, circunstancias estas que hacen que la herida produzca la muerte de la víctima. Esta concausal está en el sujeto; otra que no está en el sujeto sino en las circunstancias sería en el caso de que dos sujetos ocasionalmente riñan en despoblado y el uno succione al otro una arteria de grueso calibre que le cause la muerte por un desangre que en poblado habría sido fácil de evitar. Hay otro ejemplo en el capítulo del código penal sobre lesiones personales: el art. 376 dice: Si a causa de las lesiones inferidas a una mujer encinta sobreviniera un parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o del feto, la pena será de dos a cuatro años de presidio".

Se pregunta entonces si a estos delincuentes hay que castigarlos por el homicidio de que trata el artículo 362 del C. Penal anteriormente transcrito. Desde luego que no, porque es un caso de dolo indeterminado y hasta cierto punto eventual, que si bien no puede dejarse impune no puede castigarse en igual forma al dolo normal.

Hay un principio práctico para resolver estos casos: si el obrar del delincuente, éste conocía la causa, hay que cargarle el delito plenamente, pero si se trata de una circunstancia fortuita en que no pudo pensar el homicida, el hecho sale de delito intencional a la categoría de preterintencional, ya sea por "supra" o por "infra", y la pena será diferente.

Como se ve, el delito concausal y el preterintencional tiene grandes analogías, pero se diferencian esencialmente porque en el delito concausal el evento supera siempre a la intención, mientras que en el preterintencional el evento puede en numerosas ocasiones no superar la intención. Es muy importante reflexionar sobre estas nociones para ver la importancia que el elemento daño tiene en el delito

LA CULPA EN EL DERECHO PENAL

Delito por culpa.-Los tres puntos principales

que hay que estudiar en relación con esta materia son:

- 1) La noción de la culpa,
- 2) La culpa en el Código Penal y su concepto y castigo.
- 3) La razón por la cual se castiga el delito por culpa.

Naturalmente que fuera de estas hay otras cuestiones muy interesantes en relación con la culpa, tales - como las relaciones de la culpa penal y la culpa civil, - la compensación de culpas concurrentes en un acto de parte del agente del delito y de la víctima del mismo, la interdependencia de la acción civil y penal, tratándose de ciertas culpas, tec. Aun cuando sea brevemente trataremos de cada uno de estos problemas.

1) Noción de la culpa penal. - El concepto tradicional forense de culpa es el de descuido, que corresponde al concepto etimológico que el pueblo tiene de la culpa, porque las gentes estiman que la culpa es cabalmente el elemento que hace punible un hecho, y así, cualquier individuo para excusarse de una imputación dice: - "Yo no tuve la culpa". Cuando el vulgo habla así, es precisamente cuando el jurista le imputa la culpa, porque están hablando lenguaje diferente. Esto proviene de la invasión de ciertos términos teológicos en el derecho, así en la confesión dice el penitente: Confiteo Deo...quia peccavi nimis... mea culpa, mea culpa, mea máxima culpa. En derecho penal hablamos de la culpa en sentido diametralmente opuesto a este de la teología moral y así en derecho penal, el delito más excusable es el que se comete con culpa.

Hemos dicho que la diferencia entre los delitos por dolo y los delitos por culpa está en que aunque en ambos casos el acto se ejecuta voluntariamente, en el dolo la voluntad va acompañada de la intención de ejecutar el acto ilícito, mientras que en la culpa la voluntad está sola, sin intención de producir el resultado ilícito o antijurídico.

Conviene recordar aquí lo dicho sobre el cálculo de probabilidades de que nos habla Alimena: la frac-

ción 100/100 nos representa la unidad; el denominador es la obligación de prever que tiene el agente; el numerador la previsión que dicho agente tuvo al ejecutar el acto. - La fracción 100/100 nos indicará pues, que el agente tuvo la previsión total del resultado y que tenía la obligación total de prever, no se podrá alegar en tal caso culpa sino dolo, si la fracción es 1/100 significa que la mente - del autor había una probabilidad contra noventa y nueve de que el resultado se produciría, y la fracción 50/100 - da la idea de una previsión normal de un agente que ha - visto que tanto puede suceder como no suceder el resultado de su acción.

Decían los clásicos (Pessina) que el que tiene cuasi-certeza de que se produciría el resultado del acto que ejecuta, es responsable si no de dolo, de algo que con fina con el dolo; y que el contrario el que ve confusa la probabilidad del resultado, tiene cuasi-certeza de que no sucederá el hecho.

En una novela de Paul Bourget titulada "Un dra ma en el gran mundo" nos representa el célebre escritor el siguiente cuadro: una anciana muy rica que cae enferma - tiene una sobrina del gran mundo y de costumbres muy livia nas, que sabe que es heredera de su tía y que resuelve - salir de ella. Para lograr su intento, en el momento en - que va a salir para dejar a la enferma, cambia un vaso de agua por otro de digitales a fin de que al tomarlo la en ferma se envenene. Viene luego en ella un terrible lucha psicológica al pensar que lo que va a cometer es un verda dero crimen; y piensa que quizás por una circunstancia - especial la anciana no tome la digitalina, que bien puede suceder que la enfermera lave los vaso, que la anciana - rehuse tomar, o que muera antes.

Se presenta este relato a varias reflexiones: el dolo debe ser persistente o solo coetáneo al hecho - delictuoso? Podría decirse que en tales casos solo hay - culpa? Un reverso psicológico por parte del delincuente pue de cambiar el aspecto subjetivo del delito? Queda, desde luego, eliminada la hipótesis de la culpa porque no se - trata de un hecho inocente sino claramente criminal.

Ahora bien; el criminal que dispara contra una persona pensando que st ésta pueda tener una cota de ma-

lla que la proteja, será un criminal vacilante, pero igual al que obra sin pensar en tal circunstancia, tanto más si ha preparado y planeado el hecho.

De aquí podemos deducir la diferencia entre el dolo indirecto y la culpa: si disparo sobre mi adversario con el ánimo de darle la muerte y se la causa a un tercero, no se podría decir que hubo culpa porque no es un hecho inocente, ya que he tenido la intención de matar, antijurídica, de quitar la vida a otro y la ley protege la vida de todos sin excepción alguna. En tal hecho hay dolo indirecto, que en este caso especial se llama "erratio ictus". La culpa consiste pues, en la representación intelectual de la posibilidad de que un suceso resulte, o simplemente en la relación de causalidad entre el hecho y sus posibles consecuencias?.

Porque se puede presentar una extensión muy vasta en que se contemplan numerosos casos de culpa, diferentes unos de otros: desde el caso del dueño de un predio que construye una tapia mal, que viene a constituir un peligro para los transeuntes y que acaba por producir la muerte a uno o a varios, hasta el caso de un imprudente que al limpiar una arma de fuego a sabiendas de que está cargada, se le dispara y mata, o el caso de un conductor de automóvil que confiado temerariamente en su propia habilidad quiera adelantarse a otro carro, sin prever que puede atropellar a un transeunte que en este instante agraviese la vía, o que haciendo un cálculo equivocado de la anchura de la vía cause un grave daño a otro carro que viaja en dirección opuesta. Es el caso de que el conductor de tal automóvil, ni se ha propuesto matar, ni causar daño a nadie, luego no hay dolo pero qué tan culpable será? Debería haber contado con todas las circunstancias? Sí, de donde se infiere que la culpa penal puede concretar en la imprevisión de aquello que uno estaba obligado a prever, y también en la imprudencia por una temeraria confianza en la propia habilidad.

Este concepto de culpa es más completo que el consagrado por el código civil, y en él se contemplan, como acabamos de verlo, dos probabilidades: la imprevisión y la imprudencia.

2) La culpa en el código penal

Su concepto y su castigo- El art. 12 del código Penal dice: "léase". Da aquí la ley una fórmula muy feliz y comprensiva que contempla los dos aspectos del delito por culpa; no haber previsto, pudiendo prever, y haber previsto, creyendo poder evitar el resultado.

A este art. lo han criticado algunos, arguyendo que por su simplicidad deja por fuera otras figuras delictuosas, como los delitos preterintencionales. Pero no es perfectamente justificada esta observación porque, en primer lugar, al hablar de la intención se comprende lo preterintencional; y en segundo lugar, porque en esta materia es muy difícil hacer una división precisa de todas estas circunstancias. Entre otros casos, se nos presentan con mucha frecuencia delitos en que la culpa, y la omisión y el dolo indirecto, etc. están entrelazados.

Dice luego el código en el art. 13 "" Según esto, tratándose de contravenciones no se entra a averiguar el elemento intencional sino que basta el hecho material para hacer responsable al agente; por tanto quien lleva un automóvil a una velocidad desmedida es responsable por ese simple hecho, sea por dolo o sea por culpa.

El artículo 37 dice: ".." Numeral 14 "... - Coloca pues el código penal aquí la culpa como circunstancia de mayor o menor peligrosidad. Y como circunstancia de menor peligrosidad en el art. 38 al expresarse en los términos siguientes"... numeral 10: ,,, " Y agrega luego al art. 40: "...". Es necesario tener en cuenta aquí que en tanto que las circunstancias agravantes no pueden aplicarse por analogía, las atenuantes sí.

El art. 154 dice: "... Ha sido muy común la creencia de que cuando por culpa se produce un perjuicio resarcible en dinero, el caso debe salir del derecho penal e ir al derecho civil: obligaciones de pagar. Pero de acuerdo con el criterio que tiende a defender más a la sociedad contra el delito, no se contenta el código de procedimiento penal con la indemnización de perjuicios, sino que hace efectiva la penalidad del hecho. Así, el empleado de maajejo, tiene que sufrir la pena del código penal no solo cuando dolosamente ha sustraído los cau sales a su cuidado, sino también cuando por culpa o descuido se han extraviado o perdido .

El artículo 197 dice: "...". Un abogado puede perjudicar a su cliente no solamente por una picardía - positiva sino también por un descuido. El código en el primer inciso de este artículo al emplear la expresión "a sablendas" se refiere al delito intencional o doloso y en el segundo inciso al delito culposo.

El art. 205 dice: "...". Comprende también el código en este art. los dos casos: el dolo y la culpa.

El código en el capítulo "De la falsificación de monedas" después de contemplar los delitos dolosos - se refiere en ese art. 220 al delito por culpa, en estos términos: ".....".

El art. 255 dice: "...". Este es el género de los delitos más ocasionales o presentar el delito por - culpable se puede presentar numerosas hipótesis, desde el chiquillo que llena de piedras la carrilera para divertirse al paso del tre, hasta el guardavías que por negligencia o pereza no cambia las líneas como es debido y da ocasión a un accidente.

En estos casos se presentan entrelazados - los delitos de omisión dolosa, omisión culpable y hasta delitos formales, y lo mismo en los art. que siguen de este mismo capítulo, v.g. los arts. 260 a 263.

Por fin, al final de este título el art. 275 dice: ".....". Expresa así el código el principio de que la culpa debe castigarse pero siempre con una pena menor que la impuesta al dolo.

P Viene luego el art. 376 que contempla el - caso de un parto prematuro por lesiones inferidas a una mujer encinta, art. que ya tuvimos ocasión de examinar.

Solo cabe recordar aquí si el agente al herir no tuvo la intención de producir el parto, habrá dolo - para el delito de heridas, y culpa para el parto. En la vida moderna los delitos más frecuentes de los delitos - culposos son los de homicidio y heridas causados por - vehículos. ^A este respecto nuestro actual código penal - en su art. 370 que refiriéndose al homicidio dice: ".....". Este art. fué posteriormente modificado por la ley 164

de 1938 que en su art. 1 dispone: ",,...."ñ

Y en lo relacionado con heridas el art. 380 ñ del C.P. dice: "....." También fue reformado por la misma ley antes á citada que en su art. 7 dice: "...." La comparación de estos dos art. nos hace ver que continúa predominando en la legislación el criterio objetivista de la culpa, criterio que predominó a pesar de haberse ñ inspirado los autores de nuestro actual código en el "Ante proyecto de código penal para el reino de Italia" Redactado por Ferri. Es así como la culpa dentro de nuestra actual legislación se castiga por el resultado; este viene a ser la medida de la pena. Se aplica cabalmente - el aforismo de derecho canónico ya antes citado: " dolus interminatus, determinatus effecu".

3) Razón por la cual se castiga el delito por culpa.

Acercad de este punto existen numerosas teorías y tendencias: hay la teoría objetivista y la teoría subjetivista de punibilidad de la culpa, como las teorías modernas del profesor Stopato de Roma y de Angiolini, - discípulo de Ferri, que representa el extremo subjetivista. Pero concretándonos al estudio de las más importantes se nos presentan tres grandes puntos de vista:

- a) Teoría de la impunidad de la culpa penal,
- b) Teoría clásica de la punibilidad de la culpa,
- c) Teoría de Angiolini.

a) Teoría de la impunidad de la culpa. - Uno de los aspectos más interesantes del estudio de la culpa penal proviene de que es un punto de intersección del derecho civil y del penal, de donde algunos han inferido que la culpa no debe castigarse y que debe originarse y únicamente el pago de indemnización de perjuicios.

Fundamentan esta teoría sus partidarios, en el siguiente raciocinio: el que comete un daño por culpa acusa en sí mismo un vicio de inteligencia; la culpa es la consecuencia de no ver claramente la sanción penal. - La sanción civil sí, porque todo daño que se causa debe

ser reparado sin necesidad de investigar el grado de inocencia o de malicia de su autor. Es pues, esta una teoría eminentemente subjetivista.

b) Teoría clásica de la punibilidad de la culpa.- Esta teoría mira la culpa no como vicio de la inteligencia sino como vicio de la voluntad y razón así: el que causa un daño por culpa no quiso pensar en lo que como consecuencia de dicho acto pudiera suceder.

Ya al dar la noción general de culpa presentamos estos dos aspectos; no haber previsto pudiendo prever o haber previsto creyendo poder evitar el resultado por una temeraria confianza en la propia habilidad. Entonces se dice dentro de esta teoría clásica: el que causa un daño por culpa demuestra en sí mismo una voluntad el que causa un daño por culpa demuestra voluntad, porque delinquirió por una ignorancia vencible.

Éticamente considerado el asunto hay falta moral cuando se produce ignorancia vencible, de lo contrario nó. Cosa semejante sucede en la concepción jurídica, e en la culpa se castiga la imprevisión o la imprudencia.

c) Teoría de Angiolini.- Angiolini fué discípulo de Ferri y autor de un tratado sobre "delitos culposos". Este autor despertó el viejo criterio de la previsibilidad, sosteniendo que la culpa no es punible por la previsibilidad del resultado. Y así como Ferri prescindió del estudio del aspecto objetivo del delito y propuso la clasificación de los delincuentes, Angiolini propuso no un criterio general para castigar la culpa sino una clasificación de los delincuentes por culpa. Y partiendo de la base de que el delito culposo hay que reprimirlo más o menos fuertemente según la peligrosidad del delincuente, Angiolini presenta las siguientes cuatro categorías de delincuentes culposos:

a) Culpables por imprudencia o negligencia que proviene de la falta de sentido moral o altruismo. V.g. el que sin querer transmite una enfermedad contagiosa. Estos son los del grupo más grave, porque tienen la causa y produjeron el efecto.

Respecto de este primer grupo Angiolini se propone como única pena una multa delicada a alguna obra de

carácter social que se contraponga a la conducta observada por el delincuente,

b) Culpables por inexperiencia: ineptitud o ignorancia de su profesión. V.G. un cirujano que por su poca habilidad causa la muerte a un paciente. Este grupo es menos grave que el primero, porque es una culpa inconsciente o no querida, cuya causa es mediata e imprevista al efecto.

Como pena para este segundo grupo también propone Angiolini una multa, menos grave que en el primer caso, y la suspensión temporal del ejercicio profesional.

c) Culpables por defectos en el mecanismo de la tensión y de la asociación de ideas. V.G. el cazador imprudente, el chofer que por su habilidad y por un fenómeno de automotismo ejercita los movimientos necesarios para guiar su vehículo, pero que en un momento dado causa un accidente. Es la clase más numerosa, obra casi inconcientemente, y respecto de ellos dice Angiolini que la causa es consciente pero que el efecto no es previsto.

Como pena para esta clase de delincuentes culposos considera Angiolini que sería suficiente exigirles efectivamente el pago de los perjuicios causados y que las autoridades deben ser rigurosas en concederlos permisos y pases necesarios para el ejercicio de esas actividades.

D) Culpables por la influencia del medio a consecuencia de un "surmenage" o exceso de trabajo físico o intelectual. V.G. el empleado de ferrocarril que después de un pesado trabajo durante el día le toca un turno de noche, y víctima del cansancio no presta la atención debida y produce un accidente.

Angiolini sostiene que en estos casos debe castigarse no al propio autor de el hecho sino al patrón o jefe que lo tiene a su trabajo. Esta es una muy buena tesis, solo que más lógicamente estos hechos no deben figurar dentro de los delitos por culpa sino en la categoría de la culpa no punible.

Todo lo que sea clasificación y división - contribuye al método de estudio de una ciencia. Por este aspecto es buena la teoría de Angiolini. Pero al observar más a fondo esta teoría se ve que en ella está implícito el criterio de la previsibilidad: no previó debiendo prever o haber previsto, o previó pero creyó poder evitar - el resultado.

Refiriéndose a este problema nos dice Carra en su obra "programa del curso de derecho criminal" : "La culpa se define: La omisión voluntaria de inteligencia al calcular las consecuencias posibles y previsibles del propio hecho."

"Se dice omisión voluntaria, porque si bien en los hechos culposos se halla un vicio de inteligencia, que no preve las consecuencias dañosas de un hecho, sin embargo, este vicio de inteligencia se remonta en su origen a la voluntad del agente; porque por un vicio de voluntad, no empleó la reflexión con la que hubiera podido ilustrarse y conocer esas siniestras consecuencias. Si la culpa fuera un mero vicio, de inteligencia no sería. Si por exigencias de la lógica, ni moral ni políticamente - imputable. Lo es, precisamente porque la negligencia tiene su causa en la voluntad del hombre. De ese falso concepto nacieron las dudas de Aamendingen (de imputación - jurídica) y de otros autores que negaron la imputabilidad de la culpa; y esa errónea concepción da lugar a la fórmula empírica de que la culpa se impute solamente por excepción.

"Se dice consecuencias previsibles, porque la esencia de la culpa consiste enteramente en la previsibilidad. Más, aquel debe entenderse el concepto de previsibilidad, como cosa bien distinta de la previsión.

"Se puede no prever efectivamente, una consecuencia que después se ocasiona. Se puede prever como posible, pero esperar evitarla, y luego no lograrlo. Hay una mera culpa no solo en la primera hipótesis sino también en la segunda, siempre que no se haya obrado con el fin de dañar. Si se obró con este fin, en esta segunda hipótesis el hecho es doloso, porque el dolo sugiere del primer fin. Pero si se obrase con un fin inocente, no hay prospecto al segundo efecto más que mera culpa,

porque tanto vale no prever un resultado, que prever - que no sobrevendrá. Incurriría en una contradicción el que dijese: tu has previsto que eso no sucederá, luego has previsto, que sucedería."

Para Carrara pues, la culpa resulta de la inercia en el ejercicio de las facultades humanas, que no permite prever el resultado de los propios hechos. Y la conducta del hombre puede ser antijurídica no solo por acción ñ positiva sino por omisión.

Expone esto más jurídicamente Pessina al decir, que la obligación del hombre, de ajustar su conducta a la norma jurídica, debe comprender no solo la abstención de violar el derecho sino también la obligación de tomar las precauciones necesarias para no violarlo. Y contra eso va la culpa.

Por otra parte, el ciudadano no solo debe evitar el daño actual, real, sino hasta el potencial - Pero es claro que la culpa hay que ponerla con más lenidad que el dolo.

Esto, como en muchas otras cosas, no puede verse el problema por un solo lado; la razón de la punibilidad de la culpa se encuentra en el aspecto objetivo, de haber causado un daño, y el aspecto subjetivo por tratarse de una negligencia.

El criterio seguido hoy para el castigo de la culpa es excesivamente objetivista; así se halla establecido en casi todas, sino en todas las legislaciones; así vino de la escuela clásica y así lo tomó la escuela Positivista, a pesar de la clasificación de Angiolini. Si un cazador, por ejemplo, se le dispara de improviso su arma y no causa daño alguno, no se le castiga ni siquiera se averigüea el hecho; pero si hiere a una persona, se le llama a responder por el delito de herida, y le da muerte, por el delito de homicidio. Se atiende, pues, la ley al resultado, de la acción. - Pero existe además, algún fundamentos subjetivo? Sí - existe, y es la imprudencia, el no haber previsto pudiendo prever, o el haber previsto creyendo temerariamente poder evitar el resultado. En el homicidio, por ejemplo el elemento objetivo es el muerto, y el elemento subjetivo lo contempla el art.37 del C.P. que dice: "son

circunstancias.... Numeral 14: En las culpas.....".

Pero en cambio el código no da una norma general respecto del castigo de los delitos culposos, sino que establece dicho castigo para cada caso en particular, y no con normas rígidas, sino dejando un gran campo de libertad al juez para apreciar el hecho delictuoso. A este respecto dice Carrara, en su obra poca ha citada:

"Si la esencia de la culpa reside en la previsibilidad del resultado dañoso no querido ni previsto por el agente, es preciso inferir que el criterio para calcular el grado de la culpa y por tanto la medida de su imputación) debe deducirse de la mayor o menor posibilidad de ese resultado.

"Conforme a esta norma de previsibilidad se regula la división de la culpa en lata, leve y levísima, Es lata cuando el evento dañoso se hubiera podido prever por todos los hombres. Es leve cuando se hubiera podido prever solamente por los hombres diligentes. Es levísima cuando se hubiera podido prever únicamente mediante el empleo de una diligencia extraordinaria y no común. Pero en el desarrollo práctico de esta graduación, surgen gravísimas dificultades en cuanto a determinar si en los casos concretos, el grado de la culpa de un ajusticiable debe medirse con un criterio subjetivo e individual o con un criterio general y abstracto. Fácilmente se comprende que un hecho idéntico puede presentar una negligencia im-
perdonable y muy razonable en un hombre instruido y de condición urbana y una negligencia excusable en un campesino ignorante e inculto. Deberá el juez en cada caso concreto, tener en cuenta estas condiciones individuales al determinar el grado de culpabilidad de los distintos responsables? Sabemos que la calidad de las fuerzas no debe aceptarse como criterio regulador para medir la cantidad de pena. Pero aquí no se trata de cantidad de pena, se trata, más bien de cantidad de imputación, y cómo negar la influencia de las condiciones subjetivas sobre la imputabilidad de la gente?

Los romanos a cerca del problema de la responsabilidad de la culpa en los contratos, evaluaron las condiciones subjetivas. Mas en verdad no cabe punto de comparación pues a propósito de la indemnización privada entrea en juego otro elemento jurídico, que es el de la

reciprocidad de la culpa, siendo indudable que quien - contrató con un individuo habitualmente descuidado o - idiota, debe atribuir ante todo así mismo si el hecho del contratante, que él escogió le causa algún perjuicio. No puede decirse otro tanto de la penalidad.

"Ahora bien, como la ley humana nunca puede llevar sus consecuencias hasta los ciudadanos cosas insólitas y extraordinarias, es indudable que la culpa levisísima no es imputable conforme a los principios de la justicia. Tampoco lo es según los principios de política, porque en la omisión de una diligencia extraordinaria, no concurre el elemento fuerza moral objetiva del delito, no pudiendo alarmarse los ciudadanos si otro no usa de aquellas precauciones que no se emplean por lo general en ellos, y que cada uno comprende que no adoptaría en semejante caso.

La culpa civil y la penal. En derecho civil la culpa equivale a la negligencia o descuido y se distinguen tres clases de culpa: Culpa grave que es la que consiste en no manejar los derechos ajenos con aquel - cuidado que aun las personas más negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo, que es la intención de inferir injuria a una persona o propiedad de otro. Culpa leve que es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios; y culpa levisísima que es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Art. 63 del C. Civil.

Hay quienes sostienen que en derecho penal la culpa es el resultado de una importación hecha del - derecho civil, pero tal concepto no está confirmado por la historia del derecho, pues es lo cierto que en derecho penal siempre se ha considerado que el hombre debe responder de aquellos hechos en los que ha incurrido en culpa.

Pero con ser este un campo en que se encuentran el derecho civil y el penal, hay diferencias muy notables entre la culpa civil y la penal a saber:

- a) La culpa civil origina indemnización de perjuicio.

cias; la penal, además de la indemnización de perjuicios origina sanción penal.

b) La culpa penal tiene que estar expresamente prevista en el código, la culpa civil no. Esto es, que siendo la regla general que el que ha cometido un delito - por culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado al pago de la indemnización ~~sin~~ perjuicio de la pena que la ley impone por la culpa o el delito cometido; son numerosos los casos de culpa civil no determinados en el código; no existiendo, en cambio la culpa penal, sin disposición expresa de la ley penal.

c) La voluntad en el acto es elemento esencial de la culpa penal; de la culpa civil no. Por eso - está obligado a indemnizar perjuicios dentro del campo civil el dueño de un animal que ha pasado al predio vecino y ha causado daños.

d) En la culpa penal la responsabilidad es personal e intransmisible nó así en el civil. Por esto - dice el artículo 2347 del C. Civil : "Toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, para efecto de indemnizar el daño, sino del hecho, de aquellos que estuvieron a su cuidado....", y en tratándose del arrendamiento el art. 1999 dice: "....".

e) La culpa penal nó se presume, la civil si en algunos aspectos.

La necesidad de precisar este punto, nos trae hacia una controversia que ha sido muy constante en la historia del derecho, sobre la famosa presunción de la culpa .

Respecto del hecho mismo, salvo casos expresamente previstos, en la legislación positiva, no es posible admitir presunción. V.g. se presumen legítimos, - los nacidos dentro del matrimonio. En cuanto a la relación de causalidad se admite la presunción en cuanto a la culpa civil, respecto de la culpa penal nó. Así por ejemplo se presume responsable al arrendatario en los daños y perjuicios sobrevenidos en la casa durante su goce (art. 2005 del C.C.). En materia penal no existen estas presunciones, porque toda responsabilidad es abso-

lutamente personal. Respecto de la presunción del dolo ya anteriormente hablamos.

Diferencia entre culpa, omisión y contravención

En primer lugar, hay que distinguir claramente la culpa y la omisión, generalmente se incurre en culpa, por omisión, pero también hay culpa por comisión. Con relación a esto anota Carrara, en su obra citada:

"Los actos culposos no deben sin embargo - identificarse con los actos negativos; en los delitos - por omisión, el cuerpo permanece inactivo, pero el ánimo está en actividad, porque para el fin a que tiende - exige la inacción del cuerpo. En los hechos culposos, - el cuerpo puede estar activo porque ejecuta los actos - de los que resulta el efecto dañoso pero el ánimo perma - nece siempre inactivo, porque no dirige sus cálculos a la previsión de esos efectos".

Hay que distinguir también la culpa de la contravención. La contravención es la violación de la - simple reglamentación de la ley jurídica, que no tiende a resguardar un derecho sino que es protección de la norma jurídica. Podemos suponer dos círculos concéntricos, el de adentro es la norma jurídica, o código penal, que protege inmediatamente los derechos en todos sus sectores, libertad, propiedad, etc. El que traspase dicho - círculo quebranta el código penal y merece un castigo.- Pero es tan interesante la protección de derechos que - el estado no se conforma con el código penal, sino que pone una zona de seguridad representada en nuestro ejem - plo por el círculo exterior, y que es la reglamentación de la ley. Y el que traspase este círculo incurre en - una contravención. Por eso dice Alimena que el régimen de las contravenciones tiene como razón suficiente la - de que los reglamentos están hechos para proteger las - leyes.

Así por ejemplo, pasar con mi automóvil - un semáforo con luz roja no es un delito, sino una contra - vención. Pero puede presentarse el caso de la contra - vención mezclada con la culpa; si por pasar el semáforo en luz roja atropello a una persona, porque esto es una

circunstancia que no prevé pudiendola prever. He violado, en este caso, no solo el reglamento, sino la ley. El atropello no fué intencional, luego no hay dolo, sí hay una culpa y una contravención. Por cual de las dos violaciones debe castigarse al conductor, por la contravención o por la culpa? Este es un caso que debe castigarse la culpa y considerar la contravención como circunstancia agravante de la culpa.

Otro punto que como ya lo dijimos es muy interesante, y que podría ser materia de detenido estudio, es el relacionado con la COMPENSACION DE LAS CULPAS, no concurrentes en un acto de parte del agente del delito y de la víctima del mismo.

En materia civil, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido la compensación de culpas, y en materia penal debe irse por el mismo camino, a fin de disminuir en lo posible, o de eliminar la responsabilidad del procesado, en el caso de que en el hecho delictuoso hayan ocurrido la culpa de éste y la culpa de la víctima.

También es cuestión sobre manera interesante la relacionada con la INTERDEPENDENCIA DE LA ACCION CIVIL Y DE LA ACCION PENAL, especialmente en tratándose de ciertas culpas, como por ejemplo: las quiebras culposas, a este respecto, el código de procedimiento penal contiene una disposición donforme a la cual la acción penal queda en suspenso hasta tanto se resuelva sobre la acción civil.

El caso fortuito. Relacionada con el caso fortuito, trae Carrara una explicación muy clara, dice así: El haber previsto la consecuencia dañosa distingue la culpa del dolo, y el no haberla podido prever distingue el caso fortuito de la culpa " y agrega: "Por tanto el caso no es imputable, pues aun suponiendo que hubiera habido precipitación en el obrar, no puede reprocharse la omisión de una diligencia cuyo empleo (atendida la imputancia absoluta de la inteligencia) hubiera resultado inútil para prever los efectos dañosos que se produjeron. En este punto se debe hacer notar que la previsibilidad sin poder de prever equivale a la no previsibilidad, cuando el hombre se encuentra en la necesidad de obrar".

Suele emplearse siempre como sinónimo el Caso fortuito y la Fuerza mayor; la ley 94 de 1890 la define como "Un imprevisto al que no es posible resistir"; sin embargo se puede hacer esta distinción: la fuerza mayor es un irresistible, el caso fortuito es un imprevisto sea resistible o nó, y tanto el uno como el otro eximen de responsabilidad. Claro que cuando se habla de caso fortuito en derecho penal, es que aquello en que aunque sea remotamente ha sido causado por obra humana. Carrara dice que no acierta a imaginar un caso fortuito en que no haya habido imprevisión; y que no es punible, porque hay un grado mínimo de imprevisión que sería exagerado exigir.

La premeditación.- Al tratar esta materia debemos estudiar tres puntos principales, a saber:

- 1) Qué es la premeditación;
- 2) Cómo se prueba la premeditación; y
- 3) Si la premeditación debe o nó representar una circunstancia agravante del dolo, y por consiguiente de la penalidad.

1.- Qué es la premeditación.- La formación etimológica de la palabra indica meditación anticipada, premeditación.

Algunos han creído que no basta la idea de cometer el delito para que haya premeditación; sino que además, dicha idea debe estar concretada en la preparación del delito. Pero el concepto clásico de la premeditación se refiere al estado anímico, ya desde el punto de vista de la operación intelectual, o de la voluntad; y lo más seguro es atenerse a la voluntad. No habría razón para castigar más gravemente el delito, sino por una mayor perversidad de la voluntad. Carrara dice que el sumeum del dolo se encuentra en la premeditación.

Impalomeni reaccionó contra la teoría clásica de que la premeditación constituye un agravante del delito, y distinguió la premeditación en natural y accidental.

Premeditación accidental, existe cuando el delincuente resuelve cometer el delito y no lo lleva a cabo pronto por falta de medios, es decir, aplaza su ejecución.

Premeditación natural, es la de aquellos - que suspenden la ejecución de un delito, por razón de su e idiosincrasia psíquica, o de su actividad fisio-psíquica. - Es la misma tesis a que alude elogiosamente Ferri, comentan do la obra de un compatriota nuestro; la teoría de los pre mediativos, que se reduce a sostener que no hay premeditaci ón sino hombres que premeditan. Però lo mismo cabe predicar de todo estado de ánimo: no hay tristeza sino hombres que - están tristes, no hay hambre sino hombres que sienten hambre

Para aclarar esto es necesario precisar qué es premeditación. La premeditación no consiste en la vaci lación, en el balance, sobre si se lleva a cabo un acto, - sino en una resolución tomada y persistente en el resultado. Puede uno vacilar mucho sobre si ejecuta o nó un acto, y - mientras no se tome la resolución en firme, aunque después verifique el acto no hay premeditación; pero si resuelve un acto, aplaza y prepara su ejecución y lo lleva a cabo; si - existe la premeditación,.

Acerca de esto nos dice Alimena que el que mata habiéndolo premeditado mata dos veces; al premeditar - su acción y al realizarla.

Carrara ponía como condiciones para que hu biera premeditación, la resolución anticipada, el transcur so del tiempo entre la resolución y la ejecución, la perse verancia de la voluntad malvada y la frialdad de ánimo . Los tratadistas posteriores han suprimido esta última condi ción, de manera que hoy podemos decir que los elementos de la premeditación son:

- a) Resolución anticipada;
- b) Transcurso del tiempo entre la resolución la ejecu ción.
- c) Perseverancia de la voluntad malvada.

a) Ya sabemos qué es la resolución antici pada y cómo no debe confundirse con la vacilación.

b) En cuanto al transcurso del tiempo, ocu rre preguntar, cuánto tiempo es necesario que haya pasado: un día, un mes, un año?. Algunos han propuesto la división entre tiempo cronológico y el tiempo psicológico, y que no

debe computarse el primero sino el segundo. Así un hombre puede recibir la máxima ofensa de otro que está ausente y darle muerte al encontrarlo, después de transcurridos varios años. Ha pasado el tiempo cronológico pero no el psicológico; psicológicamente para este hombre, todo fue verlo y resolverlo, como matarlo. No ha obrado, pues, con premeditación.

c) La perseverancia de la voluntad malvada, es condición necesaria de la premeditación, porque como dice Alimena, al hombre se representa la consecución mala de su acto y no retrocede ante él. Todos podemos ser víctimas de un ímpetu, pero cuando ha transcurrido cierto tiempo nos hallamos libres de la primera obsesión; si luego volvemos a caer en ella, nos hacemos más dolosos que el que en un ímpetu delinque.

No se necesita la frialdad de ánimo porque puede suceder que un individuo haya premeditado un acto ilícito y en el momento mismo de llevarlo a cabo tenga un arrebato de ira que le quite la frialdad de ánimo y no por eso dejará de existir la premeditación.

2) - Como se prueba la premeditación.

El código penal anterior al actual consagraba la presunción de premeditación para el homicidio, y al reo le tocaba desvirtuar dicha presunción, lo cual va contra el principio fundamental de pruebas judiciales y de derecho penal, de que a nadie se le presume malo.

Para establecer, pues, la premeditación no es necesario la confesión de parte, como algunos han creído; algo más: la premeditación en este caso hay que analizarla muy bien; se admite cualquier clase de prueba iniciaria. En cuanto a la prueba testimonial debe tenerse en cuenta que es muy peligrosa, especialmente en ciertos lugares.

3) - Sobre si la premeditación presenta o no una circunstancia agravante del dolo y por consiguiente de la penalidad.

Algunos han dicho que el que ha premedita

de una acción ilícita ha tenido una lucha mayor consigo mismo y que por consiguiente es menos delincuente que el que no ha premeditado. Pero esto es partiendo del concepto equivocado de que la premeditación es la vacilación de ánimo al realizar el acto.

La premeditación agrava siempre al dolo y en algunos delitos llega a ser circunstancia modificadora. Así el antiguo código penal respecto del homicidio, distinguía el voluntario, el premeditado y el asesinato; y el actual código en su art. 363 dice: "...Nro. 2."

En la comisión redactora del código prevaleció el concepto de eliminar la premeditación como circunstancia agravante del delito, de acuerdo con el criterio positivista, que considera que debe atenderse a la clasificación de los delincuentes y no a las modalidades objetivas. Posteriormente en a las discusiones del Senado se reformó el artículo cuyo texto actual es el anteriormente citado.

En relación con este problema hay tres ideas principales: a) la idea Positivista, según la cual la premeditación no es agravante del delito sino que ha de atenderse únicamente a los móviles,

b) La idea clásica, de acuerdo con la cual la premeditación es siempre agravante de todo delito; y c) la idea de Alimera, que considera a la premeditación combinada con los móviles bajos. Así en el homicidio por ejemplo, la premeditación sola no constituye asesinato; los móviles bajos únicamente, no lo constituyen tampoco; se necesita para que el asesinato exista que concurren los dos elementos: premeditación y móviles bajos. Idea esta consignada en el art. 363 del código penal que ya vimos.

En el mismo código penal está contemplada esta otra modalidad. Art. 37: "...Nro 5..." No quisieron los autores del código atenderse al

fenómeno volitivo únicamente, sino a los hechos externos que manifiesten en el delincuente la preparación del delito.

Tenemos pues, que el homicidio con preparación pero sin móviles bajos, no es asesinato, sino que solo existirá una circunstancia agravante que hace que la pena sea más grave. Ahora bien, como a un delincuente no se le pueden cargar dos disposiciones, la del art. - 363 Nro. 2 y la del art. 37 Nro. 5 el juez debe escoger entre las dos.

Del delito imperfecto o conato criminoso.

La palabra "conato" viene del latin - "conari" que significa esforzarse, buscar con ahínco; filosóficamente significa la tendencia de la potencia a realizar el acto que le es propio; así se dice, por ejemplo, que el conato de los ojos es ver, En este sentido los clásicos hablaron de conato criminoso, como de la intención criminosa dirigida hacia un fin.

De igual manera, al hablar del delito imperfecto, al término "imperfecto" se toma en su sentido filosófico, es decir, como aquello - que no ha alcanzado su culminación, En sentido vulgar resultaría absurdo hablar de delito imperfecto, porque de por sí no hay nada más imperfecto que el delito.

No solo los escritores clásicos sino los positivistas y todos los demás escritores del derecho penal, comparan el proceso de ejecución del delito como un camino "intercríminis" y su meta final; primero viene la idea, que más tarde se concreta en el propósito, viene luego la consecución de los medios necesarios, y se principia su realización; ésta, unas veces culmina y otras nó. En el primer caso tenemos el delito perfecto y en el segundo el delito imperfecto.

El delito imperfecto a su vez, puede

afectar una de dos formas: la tentativa y el delito frustrado. Trataremos de cada una de ellas.

El delito frustrado.-Consiste el delito frustrado en la ejecución por parte del agente de los actos necesarios para la consumación del delito y la no consumación de éste por circunstancias especiales o fortuitas. Así, si concibo la idea de dar muerte a una persona, consigo el arma, la preparo y la dispare sobre mi pre-sunta víctima a distancia conveniente y por un movimiento ágil de ésta, o por cualquier otra circunstancia, llego hasta herirla pero no a matarla, o no le hago nada, una vez establecida claramente la intención, se hablará de un delito frustrado de homicidio.

Los clásicos sintetizan la idea de delito frustrado diciendo que es el que formalmente está consumado, pero materialmente no.

La tentativa.-Según el criterio de la comisión redactora del nuestro código actual Penal, es muy difícil en la práctica la diferencia entre la tentativa y el delito frustrado.

La tentativa consiste en la ejecución comenzada de un delito, que se interrumpe. Sus elementos constitutivos son tres:

- 1) Intención Criminosa,
- 2) Ejecución comenzada
- 3) Suspensión de ésta.

Intención Criminosa.- Hemos dicho que para que haya delito se necesitan como elementos esenciales, el dolo y el daño. Si no hay dolo, vale decir, intención criminal, no hay delito doloso, sino que puede haber culpa. De donde se infiere que no puede pensarse que haya tentativa en la culpa. Mas aún, no solo no puede haber tentativa en la culpa, sino que son dos conceptos que se oponen; en la culpa siempre el resultado supera a la intención; en la tentativa, al contrario, resulta menos de lo que se ha querido, el

resultado es inferior a la intención.

Ejecución comenzada.- Al examinar este elemento de la tentativa hay que hacer una distinción muy clara entre el acto preparatorio y el acto de ejecución mismo.

Si dos hombres riñen y el más lastimado, no teniendo cómo reaccionar en ese momento, se va a buscar un arma, habrá en ello tentativa?... No la hay pues, solo está buscando los medios para llevar a cabo su designio. Se trata de un acto de preparación pero no de ejecución, pero si consigue el arma, encuentra a su enemigo y le apunta, existe ya el acto de ejecución? de qué delito? para saberlo habría que examinar la intención del agente.

Pero puede preguntarse porqué motivo los actos preparatorios no son elementos constitutivos de la tentativa, en tanto que los actos de ejecución si lo son? Por dos razones:

1a. Porque, como decían los clásicos, la voluntad criminal que se pone en camino desde la idea hasta la ejecución, en cualquier momento puede detenerse, y el juez debe ver el último momento del proceso volitivo, porque en este momento puede haber un arrepentimiento por parte del agente, que no se resuelve llevar a la práctica su idea criminal, y entonces no hay delito, el agente no ha causado daño alguno. Si lo ha causado, inmediatamente, el que por ejemplo, ha disparado contra su adversario, aunque sin éxito. Ahora bien, hasta el último momento no se sabe si la voluntad criminal en su intención persiste y por tanto, hasta ese momento no ha habido daño

a 2a.- Si no se ha comenzado es solamente intención moralista.- Porque los actos de preparación son por lo general equívocos, y para poder castigar un acto se necesita que sea unívoco. En esto se ha empeñado y con razón la Escuela Positivista. Así por ejemplo, el que va a com

prar un revólver, puede hacerlo para uno de varios fines: para darle muerte a otro, para herirlo, para intimidarlo, etc. o bien para su propia defensa, por previsión, etc. Pudiéndose pues, - achacar varios fines a un solo acto, resulta - inicu que para la penalidad se concrete dicho acto a una finalidad determinada a capricho del juez. Por eso no se castigan los actos preparatorios. Pero sí se castigan los actos que sean de por sí unívocos, v.g. llevar armas sin licencia dentro del poblado.

Si contemplamos, por ejemplo, el caso de un individuo que llega hasta escalar una casa este es un acto equívoco, pues puede atribuírsele varios fines, criminales, inmorales, y hasta inocentes y no se le puede castigar concretándole a uno de esos fines. Pero como el hecho del - escalamiento de suyo produce alarma e intranquilidad social, es decir, daño mediató, se le castiga como escalamiento no como acto preparatorio

Suspensión de la ejecución. - En el delito frustrado el agente agota su actividad en el sentido del crimen, solo que circunstancias fortuitas no permiten que el delito se consuma. En cambio, en la tentativa el delincuente no ha alcanzado a hacer todo lo necesario para la consumación de su delito. La suspensión en la ejecución puede ser obra propia u obra ajena. Si es por obra ajena habrá una tentativa punible, si es por obra propia, que es lo que se llama desistimiento, la tentativa no es punible. Y esto último por dos razones;

a) En primer lugar por una razón filosófica o jurídica, que es la ya citada anteriormente porque hasta el último momento no se sabe si la voluntad criminal persiste en su intención o nó.

b) - En segundo lugar, por la que llama Carrara la razón política, porque el castigar a una persona a pesar de haber desistido de su acto criminoso, sería como perfeccionar la ejecución del delito, o estimar dicha ejecución.

Consideremos el siguiente caso: una persona se propone dar muerte a otra y piensa en envenenarla; consigue la sustancia (acto preparatorio) y llega hasta ponerla en la comida de la víctima, (principio de ejecución) y llega hasta el arrepentimiento y quita ella misma el veneno. Puso su actividad contra la ejecución del delito y existe por consiguiente una tentativa no punible. Si, por el contrario, lo que sucedió fué que la víctima no se tomó el alimento por una causa extraña, se trata de una tentativa punible.

El desistimiento q tiene que ser oportuno y eficaz para que la tentativa no sea punible. La Escuela Clásica exigía una especie de contrición perfecta, que dirían los moralistas, en el delincuente. Esto es, que el desistimiento obedeciera a móviles motivos nobles. Pero esto se ha deshechado posteriormente, de tal manera que hoy solo se exige el desistimiento oportuno y eficaz del delincuente, ya obedezca él a "la atracción de la virtud o al temor de la pena".

Diferencia entre tentativa y delito frustrado

Muchos creen que la diferencia entre la tentativa y el delito frustrado se encuentra, por ejemplo, en que en el homicidio cuando hay herida solamente, es delito frustrado y cuando no se causan ni aun las heridas, es tentativa. Pero esto es erróneo: el delito frustrado existe desde que se ha hecho todo lo necesario para producir el resultado, v.g. desde que se ha hecho el disparo apto para darle muerte a la persona; y hay tentativa cuando no se efectúa el último acto.

Ya contemplamos una hipótesis de envenenamiento en que existe la tentativa; ahora bien, si la víctima alcanza a tomarse el veneno y se salva por los servicios oportunos de un médico llamado por el propio delincuente arrepentido de su acción, tenemos un delito frustrado por obra del propio agente, y si es el sirviente el que llama al médico, al ver enfermo a su patrón, existe el delito frustrado por obra extraña. En ambos -

casos el delito se ha frustrado después de que el delincuente ha hecho todo lo necesario para su ejecución, lo cual es distinto del caso en que el delincuente suspende la ejecución de su delito, porque el daño objetivo, o como dicen los clásicos, el daño de peligro, es mayor en el primero que en el segundo caso. No es lo mismo que se tienda un revólver contra una persona a que se le dispara.

Hay casos en que para que el delito sea perfecto se necesita la cooperación de la víctima; por ejemplo, en delito de envenenamiento es necesario que esta ingiera el veneno; en el delito de estafa; o en el de abuso de confianza es necesario que el dueño de la cosa la entregue para que pueda el delincuente consumir su delito.

El delito imposible.- El llamado delito imposible es una modalidad especial a la cual más propiamente debería llamarse tentativa imposible. Comprende esta denominación aquellos delitos que no han podido llevarse a cabo por una imposibilidad, absoluta o relativa, que puede referirse al fin buscado o a los medios escogidos para conseguir el fin, y que puede provenir de un hecho físico o de un hecho jurídico.

Puede provenir de un hecho jurídico, v.g. en el caso de una persona que roba una cosa creyéndola ajena y resulta ser propia; en ese caso no puede haber delito. Hay una imposibilidad absoluta por razón de los medios en el caso de una persona que quiera dar muerte a otra con un disparo de revólver hecho a cinco kilómetros de distancia; y ahí una imposibilidad absoluta por razón del fin, si, por ejemplo, se quiere hacer abortar a una mujer que no está embarazada.

Hoy día no se acepta la impunidad de la tentativa imposible. La escuela clásica dentro de la lógica más perfecta decía: para que haya delito se necesita voluntad del agente y daño causado, allí donde no hay daño no puede haber delito. Pero este razonamiento, que por su aspecto lógico debemos aceptar, falla desde el punto de vista de

que si bien en el delito imposible puede no haber un daño inmediato, sí puede existir un daño mediato o social.

La escuela positivista propone, en cambio este criterio objetivista: tan peligroso para la sociedad es el sujeto que dispara contra su contrario a una distancia prudente, como el asesino que creyendo obrar más seguramente espera la noche para dar muerte a su víctima, y por una circunstancia especial no lo encuentra en su lecho y solo logra perforar la cama. Contra este último también se justifica la defensa social, pues ha dado una gran manifestación clara de peligrosidad

En esta materia no hay que exagerar: hay que distinguir entre imposibles y posibles. Hay casos que lo que demuestran es verdadera insensatez. v.g. el que quiera dar muerte a otro con pases magnéticos, o el que dispare a cinco kilómetros de distancia. Claro que en estos casos no hay nada.

Además si fuéramos a hablar de imposibles, todo delito que no se llevara a cabo sería un imposible, y así, una persona que se propusiera envenenar a otra dándole una dosis diaria y progresiva de arsénico, y que fuera descubierta en su intento criminal, transcurridos quince días podría alegar que se trataba de un delito imposible porque con la dosis dada hasta entonces no se envenena a nadie; desde luego en ese momento es imposible, pero iba en el camino de la posibilidad.

De manera que, si bien es razonable la tesis de la escuela positivista, de que no debe quedar impune el delito imposible, por otra parte, son numerosísimas las hipótesis que sobre delitos o mejor, tentativas de tal naturaleza pueden formularse, por lo cual, si en principio se puede pensar en la necesidad de punibilidad del delito imposible, no puede darse una norma general al respecto. Es este uno de los casos en que se necesitan jueces de recto criterio al respecto.

La tentativa, delito frustrado e imposible

en el Código Penal. -

Entre las disposiciones que en relación con estos problemas formula nuestro actual código penal, encontramos las siguientes:

En cuanto a la tentativa, con suspensión de la ejecución por causa extraña, el art.16 dice "....".

En cuanto a la tentativa con desistimiento voluntario del agente el art.15 dispone: ".....".

En cuanto al delito frustrado el art. 17 - establece: ".....".

Con un criterio rígidamente subjetivista - no se justificarían éstas disposiciones: igual sanción debería aplicarse al que intenta matar y mata, que al que intenta matar y por una circunstancia extraña no puede consumar su delito. Pero a nuestro código le pusieron el subjetivismo necesario, sin llegar al extremismo. Pudiera suceder que un atentado resultara socialmente más grave que un delito consumado que viole un derecho menor - v.g. un delito de homicidio consistente en la muerte de un solo hombre en un altercado provocado por la víctima, puede ser jurídicamente menos grave que lanzar una bomba explosiva sobre una multitud, o descarrilar un tren intencionalmente, aún sin que llegue a producirse el resultado. Estas últimas hipótesis son socialmente mas graves. De ahí la razón para dar cabida en estos casos al criterio o subjetivista, y dar autorización al juez para disminuir las penas según el caso.

Puede presentarse también la tentativa o delito imposible, carente en absoluto de daño individual o social, en que se vea claramente que no puede imponerse sanción. De ahí la última parte del art. 18, según el cual si el delito fuere imposible podrá llegarse hasta a prescindir de la pena, teniendo en cuenta lo que dispone el art. - 36 que dice: ".....".

De esta disposición, que es la piedra angular de la reforma, la norma general en esta materia, y consagra cuatro criterios para la fijación de las sanciones: a) Gravedad y modalidades del hecho delictuoso, criterio objetivo y clásico. b) Motivos determinantes, criterio subjetivo positivista. c) Circunstancias de mayor o menor peligrosidad, y d) Personalidad del agente. Si a la luz de estos cuatro criterios el delito imposible llega al mínimo, el juez debe absolver.

Criterio Objetivo y Clásico { Frustrado Punible: { Delito a consumado por de último momento.
Gravedad y modalidades, hecho delictuoso.

Criterio Subjetivo y positivista. { Motivos determinantes.

Hay casos en que las escuelas del derecho penal tienen puntos comunes y otros en que tienen serias divergencias. Sin que se trate en este caso de un supuesto común, encontramos que la Escuela Positivista de una explicación y la Escuela Clásica de otra, en cuanto al castigo del delito frustrado se refiere y que ambas concurren a una misma conclusión.

Así, dice la escuela Positivista que es necesario castigar al delito frustrado y al delito imposible porque en ellos el agente ha demostrado suficientemente su peligrosidad, pero que la sanción debe ser menor, porque la peligrosidad también es menor, si se tiene en cuenta la menor capacidad del agente para llevar a cabo el resultado que se propuso.

Y por su parte la Escuela clásica dice: el delito frustrado hay que castigarlo en forma dife

rente a como se castiga el delito consumado, porque en primer lugar, aún cuando la voluntad es la misma, en el delito frustrado el daño social e individual causado es diferente; y en segundo lugar porque siempre hay la incógnita del último momento, en el cual no se sabe si el delincuente ha podido retracerse arrepentido, Sobre esta última razón han insistido últimamente los positivistas.

Clasificación de las infracciones penales

Las infracciones penales pueden clasificarse según diferentes criterios, a saber:

Infracciones	{	Según su gravedad,	} Gra- mo-				
		Según la moralidad de su autor,		} na- re			
		Según la naturaleza intrínseca del hecho,			} de		
		Según el resultado.				} mo- co-	
		Según el modo de ejecución					} de
		Según su complejidad y					
Según el derecho violado.	} de						

Vamos pues a estudiar cada uno de estos criterios separadamente:

1)- Según su gravedad: El derecho francés y los tratadistas franceses han clasificado las infracciones penales por este aspecto en crímenes, delitos y contravenciones. Los crímenes son las infracciones más graves, y a las cuales se impone una pena mayor; los delitos son infracciones graves que se castigan con las penas llamadas correccionales; y las contravenciones son infracciones menos graves que se castigan con penas de policía

El derecho colombiano no acepta esta división tripartita, sino solamente una bipartita, dividiendo las infracciones en delitos y contravenciones. Estas últimas son faltas de policía que el código de policía no contempla sino que deja a la reglamentación de los códigos seccionales de policía que dictan las asambleas departamentales. El único asomo de la división tripartita de las infracciones en la legislación colombiana se podía encontrar en la alusión que la constitución del 86 hacía a los delitos atroces, como diferentes de los delitos comunes y de las contravenciones. Estos delitos atroces eran, según el art. 29 de dicha constitución: la traición a la patria en guerra extranjera, el parricidio, el asesinato, el incendio, el asalto en cuadrilla de malhechore la piratería y ciertos delitos definidos en el código militar, por todos los cuales podía imponerse la pena de muerte.

-2)- Según la moralidad de su autor, por este aspecto se dividen las infracciones penales en - intencionales y no intencionales. Las primeras - son las que se cometenc con dolo determinado; y l las segundas, son los delitos culposos o de impru dencia y las contravenciones. Se encuentran además hechos que se castigan por el código penal pres - cindiendo por completo de la intención del agente como por eje. los delitos de funcionarios públi - cos.

-3)- Según la naturaleza intrínseca del hecho

Atendiendo a este criterio, podemos dia - tinguir primeramente los delitos comunes, y los - delitos políticos. Delitos políticos se llaman, los que atentan contra la soberanía o contra los - poderes públicos o contra las personas que las de - sempeñan, con el fin de subvertir el orden público. Los demás son delitos comunes. Pero debe advertir - se que en la práctica no se ha dado una definición de delitos políticos.

En el proyecto del nuevo código penal, se contemplaba una clase especial de delinquentes, lla mados delinquentes político-sociales; más tarde, a adoptarse definitivamente el nuevo código, se pres - cindieron de esta categoría de delinquentes, lo - mismo que de la pena de destierro que se les aplica ba.

La idea en que se inspiraban los sostiene dores de esta clasificación era, quasi bien el de lincuyente, revela en general ser un elemento anti - social hay ciertos hechos comprendidos dentro de - la categoría de delitos que no son antisociales, - sino antes bien, inspirados en un sentimiento pura y estrictamente social. Tal es el caso de un cons - pirador que atente contra un orden social existent e, animado de la buena fé o idea de mejorar las - condiciones del gobierno. Y es natural que no pue da equiparse el hombre que aspi obra, inspirado - en sentimientos eminentemente sociales, o a un de - lincuyente común.

La dificultad de la aplicación práctica de esta distinción entre los delitos políticos y comunes, está en una tercera categoría, que se llamaban delitos mixtos, y que parece que equivalían a los delincuentes político-sociales, de que se habló en el nuevo código penal (proyecto) es decir, tendencias políticas que solamente pueden realizarse por e actos que sean delitos comunes, por ejemplo dar muerte a los miembros de un gobierno para cambiarlo por otro.

Para dar un criterio de distinción entre los delitos comunes, políticos y mixtos, se ha dicho: si trata de un delito común; si en el delincuente ha habido un interés puramente personal pero contra la política, habrá un delito político, y el delito político se convertirá en mixto pero según las consecuencias. Así, como ya se dijo, si para cambiar un gobierno por otro se da muerte a los miembros del primero, habrá un delito mixto.

El criterio acerca del castigo para estos delincuentes ha cambiado con los tiempos; antiguamente se consideraba el delito político como el más grave y se castigaba con las penas más severas, como la extradición, después de la revolución francesa, vino una reacción de benevolencia, hasta el punto de que hoy día el criterio es distinto y ya no existe la extradición como pena.

Entre nosotros afortunadamente no prevaleció la idea de los autores del proyecto del nuevo código penal que daba al gobierno una forma odiosa de represalia contra sus antagonistas políticos.

La benevolencia para el castigo de los delincuentes políticos tiene razón de ser en dos circunstancias principales: en primer lugar una circunstancia intrínseca de nobleza al considerar los móviles que guían al individuo en su acción; y en segundo lugar, el hecho de que el delincuente político de hoy puede ser muy grave la retaliación que convierte en ár-

bitro supremo al resultado.

Hay una tercera categoría de delitos, - por oposición a los delitos comunes, que son los DELITOS MILITARES. Esta clase de delitos está definida en el art. 10 de la ley 84 de 1931, en los siguientes términos:

"Son delitos militares los que se cometen con infracción de las leyes militares o en asuntos de servicio militar, sea dentro de los cuarteles, cuerpos de guardia, viva que en buques de guerra y en general, dentro de cualquier dependencia militar. Los delitos o culpas cometidos fuera de estos casos, serán juzgados como si se tratara de delitos comunes, - por la justicia ordinarias".

De manera que además de la calidad militar del agente, se requieren otros requisitos para que el delito pueda considerarse como militar. Y dice el art. 11 de la misma ley; "El juzgamiento de los delitos militares definidos en el art. anterior es de la exclusiva competencia de la jurisprudencia o jurisdicción militar, y corresponde a las autoridades militares del lugar en que han sido cometidos."

La consecuencia de la distinción entre los delitos comunes y los militares, se refieren tanto a la naturaleza y cuantía de la pena como a la jurisdicción y a la competencia. A este respecto el art. 170 de la constitución dispone que de los delitos cometidos por los militares en servicio activo y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes marciales o tribunales militares con arreglo a las prescripciones del C. Penal Militar.

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto por este código el juzgamiento de los delitos militares corresponden:

- 1- A los encargados del detalle de las unidades y cuerpos de tropa.
- 2- A los Consejos de guerra ordinarios

- 3- A los consejos de guerra extraordinarios
- 4- A los consejos de guerra verbales.
- 5- A los Comandantes, Generales y a los Comandantes, ~~Consejeros~~ en Sucesos.
- 6- A los comandantes de Cuerpo o unidad independiente.
- 7- A la Corte suprema de Justicia.

Y continúaj las disposiciones del código militar: " Los encargados del detalle conocerán en primer instancia de las causas contra los sub-oficiales y soldados por delito militar que solamente tenga señalada pena de prisión o de a arresto hasta por un año. En los demás casos c conocerán de las causas que se sigan contra die chos individuos de tropa, por delito militar, - los Consejos de Guerra ordinarios.

Art. 26- Corresponde a los Consejos de - Guerra superiores, conocer de las causas por de litos o culpas militares que cometan los oficia les de cualquier grado, los empleados militares los empleados administrativos y los particulares sujetos a la jurisdicción militar.

La corte Suprema de Justicia conoerá - en segunda instancia de las causas que hayan - sido falladas por los Consejos de Guerra ordi narios y Superiores, pero contra las sentencias definitivas que ellos dictan, no podrán impo - nerse ante la Corte otro recurso distinto del - de nulidad por las causales que la ley estable ce.

Art. 28- En casos graves o extraordina - rios, juicio del Gobierno, la Corte Suprema con nocerá del recurso de nulidad, como Suprema - Corte Marcial, que será compuesta de todos los Magistrados y de los Conjuenes Militares del - grado de General o Coronel en servicio activo, - elegidos a la suerte en el e Estado Mayor General".

Como se desprende de lo dicho, la apelación o consulta en estos casos, solamente puede tener dos fines: bien averiguar si ha habido nulidad en el procedimiento, bien averiguar si ha habido violación de la ley penal en e la aplicación de la pena, pero en ningún caso puede cambiarse la calificación que se haya hecho de la responsabilidad.

Los competencias de jurisdicción que ocurren entre las autoridades militares y civiles, serán dirimidas por la Corte Suprema de Justicia y la decisión de las competencias que se suscitaran dentro de la Jurisdicción Militar, corresponden al Ministerio de la Guerra.

4- Según el resultado.- Los delitos, según este criterio, pueden ser materiales y formales. Los primeros son aquellos en que se requiere, para que pueda imponerse la pena, que sea efectivo el daño causado, y los delitos formales son aquellos que se castigan sin tener en cuenta el resultado producido como por ej. el envenenamiento de las aguas potables de una población.

5- Según el modo de ejecución.- Según el modo de acción, podemos distinguir delitos de acción, de omisión y delitos de comisión por omisión. Ya anteriormente dijimos algo acerca de esta clase de delitos.

Pero atendiendo al modo de ejecución material podemos considerarlos divididos en delitos instantáneos y continuados. Delito instantáneo es aquel que se supone ocurrido en un solo momento, generalmente, el homicidio es un delito instantáneo. Y delitos continuados son aquellos de ejecución continuada, este carácter es resultado de los demasiado prolongado del acto, y puede presentarse como permanente y como sucesivo. Los tratadistas consideran que permanente es aquel cuya continuidad requiere un solo acto de voluntad y sucesivo el que si requiere esa repetición. Así, por ej. el secuestro podemos considerarlo como permanente y en cambio la falsificación de moneda durante uno y otro día como sucesivo.

Podemos distinguir además delitos simples, cuando el acto delictuoso que pensamos es de por sí delictuoso, y delitos de hábito o colectivos, en los que para que haya delito se necesita una colección de actos. Así por ej. la usura practicada una vez, no es delito, pero sí lo es cuando se ejerce en varios actos, es decir, cuando es un hábito. A este respecto podemos considerar un acto expresamente previsto en la legislación: según la ley colombiana el empleado público que se embriague por tres veces durante cierto tiempo, es considerado como de mala conducta, así si se embriaga dos veces, no habrá falta, tampoco la habrá si se embriaga tres veces o más pero en mayor tiempo del fijado por la ley; para que la falta exista, se necesita que el acto sea cometido tres veces durante un tiempo fijo.

6- Según su complejidad.- Suelen distinguirse delitos de una categoría especial, llamados delitos complejos, y que son los que dan lugar al concurso de delitos.

Se presenta el delito complejo cuando con un solo hecho se viola varios derechos. Así, el que hiere a un funcionario público por razón del ejercicio de sus funciones, comete, además de las lesiones personales, el irrespecto al funcionario público. Se pueden presentar varias hipótesis:

- a) Una acción que viole varias disposiciones legales o varios derechos.
- b) Varias acciones que violen una disposición o un derecho, etc. Si es una acción que viola un derecho, se trata de un delito simple.

Se presenta la distinción entre concurso real de delitos, y concurso ideal o meramente -formal. La importancia de la distinción se refiere a tres puntos principales:

1- En cuanto a la pena imputable; no es lo mismo considerar un solo delito que considerar varios delitos, así por ej. al empleado del Banco que durante 20 días está sacando ilegalmen

te dinero, no es lo mismo juzgarlo por un solo delito que por veinte .

2- En cuanto a la jurisdicción: a determinada categoría de jueces, les corresponde conocer de determinada categoría de delitos; v.g. según su cuantía, de tal manera que al considerar en el caso de delitos complejos un solo delito, subirá su cuantía y por consiguiente la jurisdicción del funcionario competente para juzgar.

3- En cuanto a la prescripción de la acción penal; al considerar un solo delito, el tiempo de prescripción solo se cuenta a partir del último acto, pero si son tantos delitos como acciones la acción penal para cada delito subsistirá y principiará su prescripción desde el momento de la ejecución del último acto de cada acto.

Estas distinciones cobran especial importancia en los tiempos de la escuela clásica, cuando ocurría que por la repetición de ciertos delitos llegaban a imponerse penas máximas, así que al que robaba por tres veces se le impondría la pena de muerte.

Carrara inventó la Teoría del Delito Continuo, teoría que ha sido aceptada por los penalistas y conforme a la cual aunque hay pluralidad de acciones criminosas, si ha habido unidad de determinación y unidad de derecho violado, el delito es un solo. Así por ej. si una persona hiere a otra y luego le da muerte, no hay por qué juzgarle por heridas y por homicidio separadamente, sino únicamente por el homicidio.

En cuanto a la penalidad respecto de estos dos delitos ha habido tres tendencias principales:

a) La acumulación material de las penas, es decir, la suma de las penas que corresponden a los diversos actos ilícitos ejecutados.

b) La absorción legal o jurídica, criterio según el cual el delito mayor absorbe a los demás.

c) La acumulación jurídica que es la que Floreán denomina RESPONSABILIDAD PROGRESIVA, según

la cual, cuando se está en presencia de un concurso de real de delitos, se aplica la pena del delito más grave, pero teniendo en cuenta las condiciones de cada agente, es decir, el elemento subjetivo.

En cuanto a los delitos complejos, cuando se presente un concurso meramente ideal formal, no se pueden considerar varios los hechos criminales sino un solo. Así, al que ha hecho un contrabando de energía eléctrica durante un año se le castigará por un solo delito, y cuando el concurso es real, para resolver los problemas relativos a las penas, a la jurisdicción etc. debe tenerse en cuenta la intención o unidad de propósito del agente. Según la escuela positivista debe considerarse la peligrosidad en el delincuente, pero ya antes de esta escuela, los clásicos teniendo en cuenta el daño causado por el delito habían propuesto la misma teoría. De acuerdo, pues, con esto, quien roba cuatro objetos no comete cuatro delitos sino uno.

Delitos conexos. Se denominan delitos conexos los que están ligados entre sí por relaciones de una de estas tres clases:

Relaciones de medio a fin; relaciones de ocasión y relaciones de consecuencia. Así por ejemplo habrá una relación de medio a fin cuando un delito se comete exclusivamente con el objeto de llevar a cabo otro. Si falsifico una letra comercial para estafar a otro, la falsificación será el delito medio y la estafa el delito fin.

La escuela clásica dice que cuando hay un concurso de delitos con a la relación de medio a fin, uno de esos delitos debe absorber al otro. La lógica nos dice que el fin debe absorber al medio, pero como puede suceder que el fin no sea tan grave como el medio, por ejemplo, cuando se da muerte a una persona para robarle cinco pesos entonces se dice que el delito más grave debe -

absorber al menos grave. Es claro que si para robar se necesita escalar una casa, la conexión entre el escalamiento y el robo es tan estrecha que casi no valdría la pena de castigar al primero, si se aplica la sanción suficiente al robo, que es el punto a que va dirigido el acto criminal.

Existe también delitos repetidos o reintegrados, por ejemplo quien da muerte a varias personas, una hoy, otra dentro de tres meses, la tercera al cumplirse el año, etc. Se distingue la reinteracción de la reincidencia en cuanto que la primera es un fenómeno objetivo y la segunda un fenómeno subjetivo, que se presenta cuando un delincuente a pesar de haber sido castigado vuelve a incurrir en el delito. Entre nosotros, para que haya reincidencia se necesitan dos condiciones:

- a) que antes de 10 años haya incurrido en otro delito, aunque sea diferente género.
- b) que antes haya habido contra el delincuente sentencia condenatoria ejecutoria.

En cambio en el caso de los delitos reiterados, no se exigen estas condiciones; al delincuente se le juzga por tres delitos en concurso real. Según el antiguo código en estos casos, había una acumulación de pena de difícil cálculo, pero el nuevo código ha simplificado mucho esta materia. Así, en los siguientes casos, encontramos disposiciones relacionadas con lo que hasta aquí hemos dicho.

En cuanto al concurso ideal de delitos el art. 31 dispone: "El que con un mismo hecho violare varias disposiciones de la ley penal, quedará sometido a lo que establezca la sanción más grave, aumentada hasta de una tercera parte".

En cuanto al concurso real, el art. 32 dice: "Se considera como un solo hecho la infracción repetida de una disposición de la ley penal cuando revele ser ejecución del mismo designio; pero la sanción deberá aumentarse de una sexta parte a la mitad".

Y agrega luego el art. 33: "Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto.

Además de esta sanción se le aplicará como accesorio, la delegación a una colonia agrícola penal por dos a diez años, si los delitos cometidos fueren cuatro o más y si la naturaleza o modalidades de los hechos ejecutados, los motivos determinantes, las condiciones personales, y el género de vida llevado por el agente demostraren en éste, una tendencia persistente a al delito. Las multas establecidas para cada uno de los delitos se aplicarán en todo caso, junto con la pena señalada para el más grave, siempre que el total no exceda de cinco mil pesos".

Finalmente, respecto de la reincidencia dice el art. 34: "El que después de una sentencia condenatoria cometiere un nuevo delito, incurrirá en la sanción que a éste corresponda aumentada en una tercera parte para la primera reincidencia y en la mitad para las demás, siempre que el nuevo delito se haya cometido antes de transcurridos diez años de ejecutoriada la condena. La multa deberá aplicarse en medida no inferior al doble".

7- Según el derecho violado.- El criterio más importante para la calificación de los delitos es el que parte de la base de la naturaleza del bien jurídico, perturbado por el delito. Esta división constituye la base de los códigos penales pues, fuera del algunos códigos exóticos como el montenegrino, todos los demás están divididos en títulos especiales para cada género de delitos, agrupándolos a éstos, según las afinidades de los bienes jurídicos que violen. Según este criterio de clasificación, podemos considerar en general las siguientes categorías de delitos:

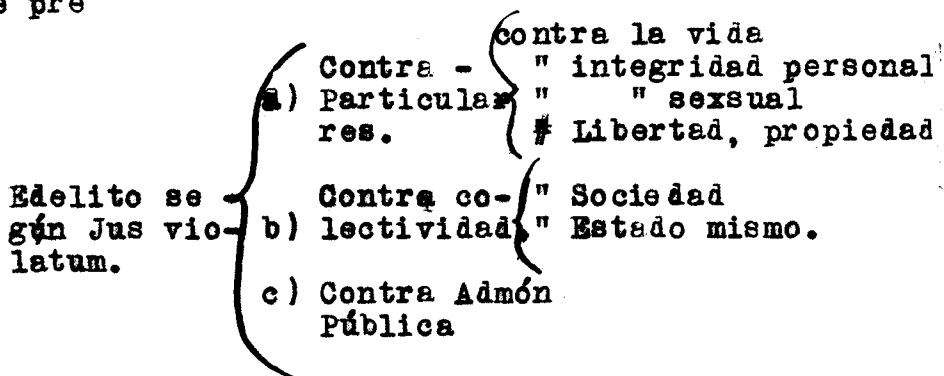
a) Delitos contra los particulares, que comprenden los delitos contra la vida, la integridad personal, la integridad sexual, la libertad, la propiedad etc.

b) Delitos contra la colectividad, que se subdividen en: delitos contra la sociedad y delitos contra el estado mismo.

c) Delitos contra la administración pública

De todas estas especies de delitos se ocupa el código en su parte especial y ellos constituirán una parte esencial e importantísima de nuestro estudio.

Por ahora basta observar que tiene una gran importancia la clasificación de los delitos en distintos títulos, porque un hecho criminal, objetivamente igual a otro, puede variar ante el código penal según el título o capítulo que lo contemple. De ahí que desde que existe la legislación penal codificada haya sido norma de pre



TEORIA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD.-

Habiendo estudiado hasta aquí el aspecto objetivo del derecho penal, o sea el delito, nos corresponde ahora estudiar el aspecto subjetivo o sea la responsabilidad.

De la imputabilidad y de la responsabilidad
Estas son las nociones que tenemos que aclarar:

a) Imputabilidad.- En filosofía se llama imputabilidad el juicio práctico por el cual atribuimos a un ser humano un hecho y las consecuencias naturales del mismo; y se llama imputabilidad la aptitud del ser humano, y únicamente del ser humano, para ser objeto de imputabilidad.

Diferentes clases de imputación.- La imputación es física o natural, cuando se atribuye a algún ser humano un acto con sus consecuencias naturales como a su propio autor, pero sin consideración a la regla o norma a que deba sujetarse. Cuando hacemos la imputación comparando el hecho y sus consecuencias con la norma a que debe ajustarse, estamos haciendo una imputación moral. Y hay una imputación jurídico-penal, cuando achacamos a un ser humano el hecho y sus consecuencias como contrario a las normas jurídicas, y merecedor por consiguiente, de sanción. Entonces la imputabilidad cobra un mayor realce y se llama responsabilidad.

Un ejemplo nos aclarará estos conceptos: - si yo afirmo que X me presentó una carta, estoy haciendo una imputación física; si digo que X me presentó una carta pidiéndome dinero, hago una imputación moral y finalmente, si asevero que X me presentó la carta falsa pidiéndome dinero, hay una imputación jurídico-penal y existe entonces responsabilidad.

Esta distinción entre responsabilidad e imputabilidad, se basa en la distinción filosófica entre actos hominis y actos humani. Los primeros son los que corresponden al hombre como ani-

mal; los segundos son aquellos en que interviene el conocimiento y la voluntad, son lo que se ejecutan con voluntad libre y conocimiento intelectual del fin particular de la acción.

b) Responsabilidad. - Para que el autor o partícipe de un hecho calificado como delito en la ley, pueda ser castigado, es necesario que tal, hecho le sea imputable y que se le declare responsable y punible. Por eso, en el procedimiento penal hay tres grados: en el primero constan las diligencias del sumario o sea la imputación de un hecho; posteriormente viene la calificación del mérito de las diligencias informativas, y tenemos entonces la responsabilidad que es el fundamento del auto de proceder, y finalmente, después de seguidos todos los trámites legales, viene la sentencia, que cuando es condenatoria, nos hace ver que el hecho es punible.

De ahí que suela hacerse esta concate nación: imputar un hecho a alguien es cargarlo en cuenta; considerar responsable a una persona es afirmar que deba responder de su acto ante la justicia, y declararlo punible es reconocer que ha cometido una falta por razón de ese hecho, falta cuya gravedad variable se determina por la extensión de la culpabilidad y por la intensidad de la pena.

Condiciones de la responsabilidad. - - Ahora bien, para que el hecho previsto como infracción punible en el código penal, haga responsable al agente, es necesario:

1- Que éste sea autor directo y personal del hecho, es decir que entre el agente del delito y el delito mismo, haya una relación de causa a efecto, o mejor, que el agente sea, en alguna forma, la causa material.

2- Que el agente criminal haya sido causa moral, esto es, que haya concebido y querido el hecho; en otras palabras, que el hecho se -

haya cumplido por la intervención directa de -
inteligencia o de su voluntad.

De otro modo el hecho no puede considerarse punible y el daño individual y social causado, será puramente material, resultado de un caso fortuito o de fuerza mayor, de una desdicha, etc. pero no de un delito.

* Dice Vidal que la demostración a los jueces y jurados de estos elementos materiales es necesaria para que ellos puedan afirmar la responsabilidad del acusado, y que así lo establezcan los códigos de procedimiento criminal en las preguntas que ordenan presentar a los jurados.

Hasta aquí tenemos los postulados comunes a las diversas tendencias filosóficas. La discrepancia de las escuelas principia en lo referente a las condiciones del elemento moral de la punibilidad y de los fundamentos de la responsabilidad moral.

Aunque el respecto pueden serpararse numerosas tendencias o escuelas, todas ellas, pueden reducirse, en general a dos principales: La escuela espiritualista, según la cual la responsabilidad se funda en la responsabilidad moral la que a su vez se funda en el libre albedrío, y la escuela positivista, que considera que la responsabilidad penal no tiene nada que ver con la responsabilidad moral, y que no existe el libre albedrío o que si existe no nos interesa.

Entre estos extremos han surgido otras escuelas eclécticas que pretenden buscar el fundamento de la responsabilidad penal sin afrontar directamente la dificultad del determinismo de la voluntad humana, o de la libertad de la misma.

El tratadista Vidal sintetiza la referente a estas diferentes escuelas de derecho penal en un capítulo de su obra del cual extractamos lo mas notable así:

Teoría clásica.- Libre albedrío y responsabi-
lidad penal.

La responsabilidad penal no puede existir en el autor de un delito sino con dos condiciones:

- 1- Que tenga inteligencia y discernimiento de sus actos, y
- 2- Que goce de libertad de voluntad, de su libre albedrío, es decir, que haya podido escoger entre los varios motivos que para obrar se presentan a la inteligencia y que se haya determinado por el poder de su voluntad.

Sóloamente de esta manera puede considerarse delincuente al agente, porque libremente aun que libremente hubiera podido y debido abstenerse. Su responsabilidad penal es consecuencia de su responsabilidad moral.

Si el agente no es libre, si obra en virtud de un impulso contra el cual no ha podido reaccionar, si ha sido constreñido por una fuerza a la cual no ha podido resistir, no hay crimen ni delito de su parte, no puede ser declarado responsable ni punible. Deben tomarse precauciones contra él en caso de que esté enajenado o de que sea peligroso por los impulsos morbosos que lo llevan al mal, pero las medidas que se toman no tienen el carácter de pena, porque mal puede castigarse a un ser irresponsable, enfermo. Dichas medidas, tienden no al castigo, sino a aislarlo para evitar los daños que pueda ocasionar, a cuidarlo y curarlo.

Si la libertad moral, sin estar completamente suprimida ha disminuido, la responsabilidad disminuye en la misma proporción.

Teoría positivista.- Determinismo y responsabi-
lidad social.

Según dice esta escuela, el libre albe-

drío no existe; nuestra creencia en él obedece a la ignorancia de los motivos que nos inducen a obrar y del proceso mecánico del acto voluntario. Nosotros en realidad, obramos debido al motivo más fuerte; nuestra voluntad es una resultante que no tiene poder para imponerse a los motivos, ni para liberar, al contrario, es dependiente. La voluntad humana individual está subordinada no solamente a influencias del orden moral y psicológico sino también a las de orden físico, como lo demuestran la fisiología, la psico-patología, y la estadística. La personalidad psíquica y física de todo hombre, se determinan fundamentalmente por la herencia y por la influencia del medio.

Pero aun admitiendo, dicen los positivistas, que el determinismo de las acciones no esté plenamente demostrado, el legislador y las ciencias no pueden fundar la responsabilidad penal en la libertad moral por que ésta ha sido negada resueltamente. Debe buscarse otra base más firme que pueda aceptarse por todos y que presente menos inconvenientes para la defensa social. No siendo esa base la responsabilidad moral, tiene que ser la responsabilidad social "El hombre es imputable" error de lenguaje de esta escuela que se traduce en un error de pensamiento; "el hombre es imputable", Lo imputable es precisamente el acto y éste sí es imputable al hombre, el hombre es imputable, dicen los positivistas y por ende, responsable porque vive en sociedad; debe sufrir la sanción social que representa la pena, por medio de la cual, la sociedad se defiende para lo futuro contra la repetición de tales actos.

Esta reacción social, independiente de toda preocupación acerca de la libertad y de la responsabilidad moral, se aplica teniendo en cuenta solamente el grado de peligrosidad. La palabra peligrosidad no es castellana; con ella suele traducirse la pericolesità de los italianos, pero queda mal traducida. De manera pues, que esa reacción social se aplica teniendo en -

cuenta solamente el grado de responsabilidad (peligrosidad) del agente, sin reparar si es enajenado, víctima de las taras hereditarias, o de la influencia del medio. La pena es igual para todos los individuos y solamente varía el modo de reacción social según los individuos.

La consecuencia lógica de esta teoría es la desaparición de la distinción entre cuerdos y locos. Fue aceptada y presentada por Ferri como el último progreso de la sociedad para el porvenir.

Breves nociones sobre determinismo penal.-

El determinismo de las acciones humanas no se ha logrado demostrar hasta el punto de eliminar la creencia general en el libre albedrío y más bien es un acto de fé para cierto número de sabios y de espíritus cultivados; pero la teoría determinista no se demuestra, mejor que la del libre albedrío.

La creencia de la libertad moral, que inspira a cada cual la conciencia de la responsabilidad de sus actos, se halla difundida y arraigada en las masas, y por este concepto es considerada como útil y benéfica aun para los partidarios del determinismo.

La confusión entre el criminal y el enfermo de la mente, - que el determinismo pretende, - haría desaparecer la idea misma de la pena, quitándole a ésta, aun considerada como medida de defensa social, uno de sus fines esenciales: la advertencia o prevención hecha a la colectividad del carácter de delictuosos que tienen los hechos criminales e inculpatos por la ley, y la intimidación por la amenaza de la pena.

En efecto, si el enfermo de la mente, puede en rigor, considerarse como intimidable e impresionado por el castigo que en el manicomio se le aplica, los enajenados mentales, tomados colectivamente, no son intimidables por las amenazas de la acción penal. Para el gran número de

espíritus sanos si sirve, en cambio, la ley penal, como motivo de buena conducta.

Quita el determinismo a la pena su fuerza represiva y al tratar de desvanecer la conciencia de la libertad personal y de la responsabilidad personal, puede hasta ser como una incitación hacia el delito.

La escuela positivista italiana incurre en el error de limitar el fin de la pena, solo a la defensa de la sociedad contra la persona del delincuente. Siendo así que la amenaza se dirige a todos, debe servir de motivo de abstención, de coacción psicológica en un gran número de aquellos que no delinquen porque son susceptibles de ser impresionados por ella y capaces de resistir a los móviles del delito. Suprime el código penal para convertirlo en código médico. Transforma a los Magistrados y Jueces en médicos y al confundir la criminalidad con la enfermedad, tiende a sustituir el elemento público de infamia y de desprecio hacia el crimen, por uno de conmisericordia y de piedad, contrario a la conciencia general y a los propios intereses de la sociedad. Esta asimilación artificiosa empleada por Ferri, es combatida por Garofalo, uno de los propios fundadores de la nueva escuela.

El art. 11 del C.P. dice: "Todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este código. Se infringe la ley penal por acción u omisión". Este es un error de los autores del código, respecto de la responsabilidad e imputabilidad, que fue puesto así porque Ferri consecuente con su sistema, lo puso en su ante proyecto de código penal para Italia.

Ferri dice, que la primera condición básica de la penalidad es la relación de causalidad entre las personas y el hecho físico; pero se necesita además que el acto de la persona, delincuente sea acto propio suyo es decir, lo que nosotros llamariamos relación de causalidad moral, que para él no tiene sentido alguno.

Para Ferri, decir delincuente, como acabamos de notar, es lo mismo que decir anormal pero no todos los positivistas se colocan en este extremo, y aun dentro del sistema de Ferri se impuso una corriente ecléctica, que en nuestro código está revelada en el art. 12 en el inciso primero, que dice: "Las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en el art. 29 (locos), son intencionales e culposas. Este art. está hecho pues, para los normales.

Ferri parte del supuesto de que la actividad fisio-psíquica del hombre existe y los positivistas no partidarios de Ferri dicen que hay que distinguir si esa actividad corresponde a un ser normal o a un anormal, distinción a la que no había lugar si consideramos el problema dentro de un positivismo rígido, pues éste no admite sino anormales.

Nuestro código, como ya lo dijimos, sigue un criterio ecléctico, distingue pues, entre normales y anormales; por eso, el título 2° se divide en el capítulo de las penas y en el capítulo de las medidas de seguridad, que son las aplicables a los psíquicamente anormales. Quiere esto decir, que el pensamiento de Ferri no alcanzó a ser incorporado íntegramente, y que predominó el pensamiento de la escuela clásica ecléctica o intermedia.

Los clásicos no habrían aceptado que una vez declarado el reo anormal, estuviera el juez encargado de hacer algo. Nuestro código penal de 1810, trasunto fiel del código francés, en su art 29 daba una lista de las personas excusables, no sometidas a penas e incluía a los dementes y a los locos. En el último tercio del siglo pasado se discutió si al declararse a un anormal irresponsable debe dejársele en libertad o debe entregársele a la autoridad administrativa; unas legislaciones dijeron esto último, y otras afirmaron que debía quedar sujeto a las medidas jurís-

dicionales, y algunas adoptaron un sistema mixto: se entregaba a la autoridad administrativa para su reclusión en el manicomio, pero la salida debía atenderse al criterio del juez. En el nuevo código penal, este punto es materia jurisdiccional.

El art. 13 del Código Dice: "En las contravenciones, la simple acción u omisión hace responsable al agente"; es redundante, pues repite que la imputabilidad es equivalente a la responsabilidad.

Motivos de punibilidad. - En primer lugar de las nociones expuestas sobre el delito se infiere que los elementos constitutivos de él son dos: a) Una violación del orden jurídico, un evento exterior, un hecho que perturbe el derecho. Por una parte y b) por otra parte, esa voluntad que quiera esa violación del orden jurídico. Siendo esenciales en el delito estos dos elementos, la falta de uno de ellos hará que el delito no exista.

Respecto de la violación del orden jurídico, del evento producido, del hecho puramente material, no hay quien pueda decir que la carencia de él, implica la carencia del delito; porque las meras intenciones, la mera voluntad, no revelada en actos que impliquen una perturbación del derecho, son cosas que pertenecen al fuero interno, a la conciencia de cada cual, sometidas a la moral, mas no al Derecho. De manera que si falta el hecho violatorio del orden jurídico no hay delito. Y si falta el elemento voluntad, tampoco lo hay, pues el evento producido será un resultado deplorable de la fuerza física, pero no un producto del hombre como ser racional.

En segundo lugar, hemos visto, cómo haciendo un recuento de las diversas ideas filosóficas y concretándose al derecho y en especial al derecho penal, podemos decir que la imputación es el juicio práctico por el cual atribuimos a un ser humano un hecho y las consecuencias

naturales del mismo; la imputabilidad es la aptitud de ser humano para ser objeto de imputación; y la responsabilidad, la misma imputación, pero considerada ante una norma jurídica.

Cuando se quebranta el derecho, la norma puede estar protegida, o en forma simple, o en forma especial, por el código penal, y entonces el hecho constituye delito y al imputarlo a un agente hacemos responsable a dicho agente de un delito.

Pero puede preguntarse si el hacer esta distinción entre imputabilidad y responsabilidad se trata de una mera distinción académica. Desde luego que no se trata de una distinción que tiene consecuencias prácticas e importantes porque las causas que disminuyen la imputabilidad del agente, eliminan el delito en sus elementos constitutivos esenciales, y las causas que modifican la responsabilidad justifican el hecho, que es distinto.

Si un loco ejecuta tal o cual hecho que es de consentimiento universal que tal hecho puede imputársele. No hay en tal caso delito, porque hay agente a quién imputarlo. Existe una causal de no imputabilidad. Pero si un hombre, viéndose injustamente agredido por otro, le da muerte, el hecho le es imputable y sin embargo no es responsable; existe una CAUSAL DE JUSTIFICACION, el agente ha obrado en legítima defensa y puede decir: feci, sed jure feci.

Podría sin embargo preguntarse, combinando los dos ejemplos anteriores, cuál sería la justificación de una persona que al verse atacada por un loco, le diera muerte? No podría decirse que en tal caso no hay imputabilidad, porque la persona claramente se daba cuenta de lo que hacía; tampoco podría decirse que hay justificación del hecho, que el agente obró en legítima defensa, pues es condición indispensable para que ésta exista la agresión injusta y

un loco no es capaz de una injusticia. Pero como sería una barbaridad que por un hecho de tal naturaleza se castigara al agente, la ley ha establecido las causales de excusa.- Se dirá entonces que el hecho le es imputable al agente, que dicho agente es responsable, - pero que se ha visto en la necesidad de obrar así; es el estado de "necesidad" de que los penalistas nos hablan.

Existen pues, tres grupos de motivos de no punibilidad, claramente diferenciados:

1.- CAUSAS DE NO IMPUTABILIDAD, que son aquellos hechos o circunstancias que afectan el conocimiento o la voluntad del agente y - que no permiten hacer el juicio práctico de imputabilidad.

2.- CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN O NO RESPONSABILIDAD, que son los motivos de derecho que hacen que aunque la acción sea imputable, no lo sea como acción antijurídica.

3.- CAUSAS DE EXCUSA, que son los hechos o circunstancias que dejando vigente la imputabilidad y posiblemente la responsabilidad, hacen que el poder público aminore y aun elimine la pena teniendo en cuenta la situación conflictiva en que se encuentre el agente.

Pero dentro del sistema de reemplazar el concepto de la responsabilidad moral por el de la llamada RESPONSABILIDAD LEGAL, sistema adoptado por el nuevo código penal colombiano, solamente se contemplan dos hipótesis de no punibilidad del acto formalmente delictuoso:

2) El ejecutor meramente material, instrumento de la actividad de otro, no es responsable ni punible, así como tampoco lo es el que ha obrado de buena fé por error o por gignorancia no voluntarios y relativos al hecho mismo.

b) Los casos de precepto legal, obediencia - jerárquica, legítima defensa, y estado de necesidad.

c) No tienen en cuenta los códigos fundados en la teoría positivista, las causas de no imputabilidad consistentes en la enagenación mental y otras alteraciones psíquicas, - así como tampoco la menor edad ni la embriaguez.

Como consideran sujeto del delito al normal, lo mismo que al que no lo es el acto del uno y del otro, quedan englobados dentro del mismo nombre de la responsabilidad legal.

Es así como las disposiciones contenidas en el nuevo código penal italiano que trata de la responsabilidad, adolecen del defecto de confundir en la terminología los tres grupos de motivos de no punibilidad que acabamos de distinguir.

Pero como los nombres que caprichosamente se les da a las cosas no cambian la naturaleza de ellas, debemos estudiar por separado las causas de no imputabilidad y las de no responsabilidad o justificación como también en las causas de excusa.

Adviértase que los autores del código a pesar de que pretenden confundir unas y otras, se vieron precisados a dedicar un artículo (23) a causas de no imputabilidad, y otro (24) a las causas de justificación, dentro de las cuales englobaron también el estado de necesidad, causa de excusa, que es cosa diferente

Así en estas disposiciones de que tratamos está en el fondo reconocida la verdadera distinción jurídica de los motivos de no punibilidad. El art. 23 dice: "No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho es cometido: 1 -

1°- Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo. 2°- Con plena buena fé determinada por ignorancia invencible o por error sustancial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia. 3°- Por ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley penal, siempre que aun que aquella dependa de fuerza mayor; tal ignorancia solamente puede alegarse cuando se trata de contravenciones".

Trata este art. de causas de no imputabilidad, y no causas de ^{no}responsabilidad, o de justificación. Los mismos actores del código comprendieron que había un error de nomenclatura y en el art. 24 dijeron: "Tampoco hay lugar a responsabilidad penal en los casos de justificación del hecho", de donde se deduce claramente que las previstas en el art. 23 citado, son causas de no imputabilidad.

Primero, CAUSAS DE NO IMPUTABILIDAD,- Si la imputabilidad requiere como condiciones indispensables, el conocimiento, la voluntad, item la libertad del agente, las causas que eliminan o disminuyen cualquiera de esos elementos harán desaparecer o disminuir la imputabilidad.

Si un hombre va a dar muerte a su enemigo y para esto dispara sobre él, pero resulta después que el muerto no era en realidad tal enemigo, sino el propio padre del matador, a nadie se le ocurre imputarle un parricidio sino simplemente un homicidio; de la misma manera, si un hombre tomó la ajena creyéndolo propio, a nadie se le ocurrirá imputarle un hurto; y si toma fraudulentamente lo que él cree que es ajeno pero que en realidad es propio, no se podrá imputar ante los hombres el delito de hurto.

Estos supuestos acerca de los cuales no hay divergencias entre las escuelas de derecho penal para considerar el hecho como no imputable, están demostrando que todas las teorías su

penan el conocimiento como base de imputabilidad y descartan ésta cuando el conocimiento -- falta. Obsérvese que en el último de los dos ejemplos, siempre hay imputabilidad moral en cuanto se atribuye al agente el hecho de haber tomado una cosa con ánimo de defraudador; pero como las consecuencias de ese hecho no era posible imputarlas, no existe delito puesto que no hay daño individual ni social y solamente podrá haber un pecado formal que corresponde a juzgarlo únicamente a Dios. Pero puede también faltar el conocimiento, o por razón de la edad o por razón de enfermedad mental, o por razón de otras anomalías psíquicas, o por razón de ignorancia o error.

También se proponen como causas de no imputabilidad en ciertos casos, filosóficamente, las pasiones.

Pero como ya se dijo, el nuevo código no contempla como causa que eliminen o modifiquen la imputabilidad sino solamente la coacción ajena, la sugestión hipnótica o patológica, y la ignorancia o el error, art. 23.

Son causas de no imputabilidad la insuperable coacción ajena y el estado de sugestión hipnótica o patológica, porque en esas circunstancias no se le puede achacar el acto al agente; tal es el caso del niño a quien se obliga a robar. Y son igualmente causas de no imputabilidad la buena fé determinada por ignorancia invencible y el error esencial de hecho o de derecho, porque el hecho de proceder uno por error o ignorancia, no quiere decir que le dé derecho a ejecutar el acto. Pero estudiemos con más detenimiento este último punto:

Influencia de la buena fé por ignorancia de la ley o por error de hecho o por error de derecho.

Ante todo, conviene distinguir la ignorancia del error. La ignorancia es carencia de ciencia, y el error es en cambio, un concepto

false sobre una cosa, sus atributos o consecuencias.

En el derecho no se habla generalmente sino del error; la ignorancia es carencia de ciencia, y el error es en cambio, un concepto falso sobre una cosa, sus atributos o consecuencias, aunque los dos conceptos puedan quedar comprendidos en el concepto de ignorancia que es el más general.

Desde luego excluimos de este estudio el error y la ignorancia afectados, o sea aquellos en que el autor se ha equivocado deliberadamente, porque al hablar de buena fé como causal de no imputabilidad suponemos un agente víctima de ignorancia o error.

La ignorancia o el error pueden referirse al conocimiento de la ley o al conocimiento del hecho mismo, de donde es preciso estudiarlo aparte.

1.- Ignorancia o error de la ley.- Sobre este punto han campeado en el derecho tres teorías:

a) La ignorancia y el error de la ley suprimen por completo la imputabilidad, porque la imputación resulta de un juicio práctico que presupone un hecho y una ley conocida, de manera que si falta uno de esos elementos no hay imputabilidad.

b) La ignorancia y el error de la ley no pueden desvirtuar la imputabilidad, porque de lo contrario la eficacia de las leyes; todo acusado se disculparía alegando la ignorancia de la ley y casi siempre sería difícil demostrar que no la ignora.

c) Son causas de no imputabilidad la ignorancia y el error de la ley cuando versan sobre delitos de creación legal, pero no cuando versan sobre delitos de derecho natural.

No se necesita que se prohíba matar para

que en la conciencia del hombre esté la idea de que el homicidio es ilícito, pero en cambio, tratándose de delitos de creación legal por ejemplo a usurpación de funciones, sí podría pensarse en que la ignorancia de la ley sirva de excusa.

La máxima de que "la ignorancia de ley no sirve de excusa" es sin duda necesaria para la eficacia de aquellas, pero sería el caso de averiguar si es justa y si tiene siempre un fundamento racional. Algunos han preguntado si la máxima significa que todos conocen la ley o si más bien quiere decir que todos deben conocerla. No puede asentirse a lo primero porque aún los mismos profesionales de la jurisprudencia no alcanzan a conocer todas las leyes o a comprenderlas en una forma perfecta; pero otra cosa muy distinta es que la máxima significa que todos deben conocer la leyes. No se trata pues, de una presunción y menos aún de una presunción de derecho; se sabe que es la fuerza compulsiva de las leyes, la que hace su conocimiento obligatorio para todos.

En las leyes penales, lo que se castiga no es propiamente la violación de la ley, porque nunca el delincuente se propone violar la ley penal, lo que hay es que el delito es la ejecución del hecho provisto en la ley penal como ilícito, y eso es lo que se castiga.

Si la ilicitud del hecho es tan notoria que ningún hombre pueda pretextar ignorancia, es inaceptable, que ésta se pueda alegar; pero cuando la ilicitud del hecho es meramente legal, y por lo tanto, no es del conocimiento de todos los hombres, no es racional reputar, que todos tengan conocimiento cabal de esa ilicitud. Para resolverse las dificultades, suele proponerse todavía la distinción entre infracciones que se castiga por la intención criminal y aquellas infracciones que se consideran nó intencionales.

- 107 -

En la práctica, sin embargo, se presentan casos muy complejos, por ej. el funcionario público podrá alegar ignorancia de la ley? Salta a la vista que sería muy peligroso admitir esta tesis; pero si son muy frecuentes las diferencias de interpretación en cuyo caso, será más propio hablar de error que de ignorancia.

2.- Ignorancia o error de hechos. La ignorancia o error de hecho, puede ser de diferentes clases a saber:

a) Ignorancia o errores esenciales, es decir sobre los elementos de hecho, que entran en el delito, y que excluyen la imputabilidad. Así el que no ha conocido nunca a su padre y lo mata, creyendo que es un extraño, nunca podrá ser acusado de parricidio.

b) Ignorancia o error de sobre las consecuencias del hecho, quien no conozca el poder explosivo de una sustancia y la inflama; o quien procure el paso de una corriente eléctrica, ignorando en absoluto el efecto que va a producir ejecuta hechos que no le son imputables, porque la imputabilidad dice relación al hecho y a sus consecuencias, pero cuando éstas son naturalmente previsibles, nada importa que se hayan tomado en cuenta o no por ciertas. También puede haber en el agente error o ignorancia sobre circunstancias de hecho o de derecho como el de quien equivocadamente cree anulado su matrimonio y contráe otro de buena fé, o como el de quien toma una cosa creyéndola propia, siendo así que ante el derecho es ajena.

c) Error en cuanto al sujeto positivo del delito, que cuando al agente, queriendo dañar a una persona, daña a otra. Dicen algunos que en este caso el hecho es imputable como delito culposo, por cuanto que el agente causó el daño en una persona a quien no se había propuesto él lesionar; dicen otros que en este caso, hay a la vez el delito culposo y el delito con dolo indirecto o eventual. Y por último, otros -

que en este caso, hay a la vez el delito culposo y el delito con dolo indirecto o eventual.- Y por último otros opinan que el error sobre la persona no modifica la imputabilidad.

Adoptamos esta última opinión, porque sea uno u otra la persona afectada por el delito, el derecho lesionado es el mismo, ya que la ley protege los derechos de las personas por igual.

Es interesante lo que a este respecto dispone el art. 14 del código penal que dice..
"..."

Causas de justificación o de no responsabilidad.- Tres son las causas de justificación o sea aquellos motivos de derecho que hacen que aunque la acción sea imputable, no lo sea como acción anti-jurídica a saber:

- A- Disposición de la ley.
- B- Obediencia jerárquica, y
- C- Legítima defensa.

El art. 25 del código penal en su numeral primero, pone las dos primeras cuando dice
"...."

Conviene advertir desde ahora que no se puede confundir estas causas de justificación con las causas de excusa, que con el estado de necesidad, el conflicto de deberes y la grave provocación.

Estudiemos cada una de las causas de justificación atrás enumeradas estudiándolas por separado:

A- Disposición de la ley.- Si el delito consiste en la infracción de las normas jurídicas no puede constituir delito el hecho que se ejecuta en cumplimiento de esas mismas normas. De manera que siempre que la ley ordene o siquiera autorice la ejecución de un hecho, éste dejará de ser delito aunque el código penal lo califique como tal.

Pero cómo por disposición de la ley - puede cometerse un delito? porque puede tratar se de una ley formalmente tal pero material - mente injusta. Así, en general, cualquier atenido contra la libertad individual es un delito, pero cuando la ley hace el catálogo de - los casos en que se puede detener preventivamente, para el juez no es discutible si se - puede o no detener, sino que debe cumplir el mandato legal.

D) Obediencia jerárquica.- Hay una hipótesis muy comprensible y no discutida de caso en el cual la orden del superior exime de responsabilidad al inferior, y es en tratándose de la jerarquía militar. En los cuerpos militares la disciplina exige que el inferior - no pueda discutir las órdenes del superior. - La Constitución dice que la fuerza pública no es deliberante y establece en términos generales el principio de la responsabilidad del inferior al ejecutar las órdenes del superior.

Pero cuando este principio se va a cumplir y aplicar a los casos particulares empiezan a surgir los problemas: está bien que en tiempo de guerra el inferior deba en todo caso obedecer al superior, y quede exento de - responsabilidad, pero en tiempo de paz, podrá alegarse también esta irresponsabilidad? Para que la orden del superior exima de responsabilidad al inferior se necesita que sea obligatoria, que provenga de autoridad competente, - esto es, que haya dependencia jerárquica y - que se relaciones con el servicio.

Puede preguntarse entonces: un soldado a quien el superior le ordena ir a cobrar un cheque falsificando la firma, y lo hace, podrá decirse que no ha incurrido en responsabilidad? En este caso en derecho no se exime al soldado de responsabilidad porque al cobrar cheques no es obligación del soldado ni está dentro - de la órbita militar; pero tendría que pensar en lo que habría sucedido al soldado al no -

obedecer la orden, entonces, al averiguar la responsabilidad no podría excusarse porque se tratara de orden superior, pero podría pensarse que está eximido de ella por insuportable coacción ajena de orden moral.

Pero si el caso de un empleado, cajero de la Tesorería, que paga un cheque girado por el tesorero, está obedeciendo orden obligatoria y en tal caso, si el cheque resulta falso, quien responde es el girador. Igualmente si un juez en lo civil dicta una providencia cualquiera contra la cual no se entabla recurso de apelación, el superior la revoca y vuelve al juez y éste se limita a poner el "obedézcase y cúmplase" a que está obligado, aún a sabiendas de que se trata de algo injurídico y también injusto, y posteriormente viene una averiguación criminal sobre la conducta de los jueces y magistrados, se podrá juzgar a estos pero no al juez que se limitó a obedecer. De ahí que el artículo 26 del C. P. establezca: en los casos del numeral primero del art. 23 y del numeral primero del art. 25, será responsable el que determinó a otro a obrar.

C) Legítima defensa.- Ante todo conviene anotar que hay un carácter común entre las causas de justificación y las causas de excusa, que es lo que hace que se confundan. Tal carácter consiste en que ninguna de las dos se nota la diferencia antijurídica del agente: en los casos de justificación, el agente obra conforme a derecho; y en los casos de excusa, si bien no alcanza a decirse que obra conforme al derecho, sí puede afirmarse que no obra contra derecho.

De ahí que algunos tratadistas, entre ellos Vidal, distinguen las causas de no punibilidad en causas subjetivas y objetivas.- Las primeras son aquellas que residen en el sujeto mismo y las segundas son las causas de justificación y las de excusa, excepto, claro está la grave provocación que es eminentemente subjetiva.

Adoptando esta clasificación, tenemos que en el primer caso (art. 23) no se impone la pena porque el sueto estaba en condiciones que no permiten castigarlo; y en el segundo caso (art. 25) no se impone la pena, porque el hecho está ejecutado en condiciones que deben eliminarla.

Naturaleza de la legítima defensa.-La legítima defensa es un hecho justificado por el consentimiento universal; en todos los tiempos se ha considerado que el hombre tiene derecho de repeler por la fuerza los ataques injustos de que sea víctima; ya desde Cicerón se ha dicho que ella es una "Lex non scripta" sino grabada en todo hombre de razón normal.

Pero al tratar de darse una explicación jurídica de la legítima defensa, se han propuesto varias teorías que en general podemos reducirlas a tres grupos:

1°- Unos que justifican la defensa por la explicación de la impunidad subjetiva, grupo en el cual se comprenden las distintas teorías que justifican la defensa por causas psicológicas, a saber:

- a) por el temor que quita la libertad moral
- b) por el peligro inminente, que también la distribuye
- c) por el mal que entraña el ataque y que se distribuye con el mal;
- d) por la colisión de derecho.

Puede sintetizarse esta teoría diciendo que las condiciones psicológicas del agredido lo impulsan natural e instintivamente a defenderse.

2°- Otros que consideran la legítima defensa como causa objetiva de justificación, grupo en el cual se engloban principalmente dos ideas, ambas de tinte individualista, inspiradas por la pugna entre el individuo y el estado:

a) la teoría derivada del contrato social - según la cual, siendo el hombre aislado naturalmente bueno y habiéndose asociado, perdiendo así un poco de su libertad a cambio de la protección que le preste el estado, el individuo al verse atacado recobra su derecho omnímodo de defensa y lo ejecuta por sí mismo: y

b) la teoría sostenida por Pessina, entre otros, que consideran que la defensa es legítima porque el derecho social castigar, cesa, - pues el individuo al defenderse solamente ha reemplazado a la sociedad, solamente ha ejecutado la defensa que la sociedad había ejecutar a su favor.

Puede resumirse este segundo grupo, diciendo que entre el derecho de otro a la vida y el derecho propio, hay que preferir éste último.

3°- La explicación dada por la escuela positivista: Según Ferri, el que mata o hiere en el ejercicio de legítima defensa, no es un peligro. El injusto agresor sí lo es, y por consiguiente merece ser castigado. Pero a esta explicación no se le encuentra una razón clara y parece que la calidad de peligroso no es pertinente en este caso.

En cuanto a las dos primeras tendencias es indispensable aceptar una explicación global, subjetiva y objetiva de la legítima defensa; de un lado es evidente que hay dos derechos en colisión, por lo cual debe buscarse una explicación objetiva: pero también las condiciones subjetivas del sujeto, deben influir en la consideración de la legítima defensa, - sin tener en cuenta las circunstancias objetivas con que obre.

Si un hombre se siente realmente amenazado por otro y el encontrarlo, ante cualquier movimiento de éste último, lo mata, he obrado en legítima defensa y sería injusto e irre-

al e inhumano exigirle pasividad hasta no ver un acto verdaderamente agresivo del otro. De aquí proviene una tesis muy interesante de la legítima defensa subjetiva, según la cual, - basta que en el ánimo del presunto agredido - exista el temor de una agresión grave para -- que esté en el caso de legítima defensa.

Pero si una persona, tranquila y serena se defiende de un agresor injusto, también - obrará en legítima defensa y no habrá entonces un motivo subjetivo sino la CONDICION OBJETIVA de la amenaza de la vida.

Condiciones para el ejercicio de la legítima defensa.-

A este respecto dice el art. 25 del - C.P. que es el que contempla la legítima de - fensa como causa de justificación, dice: "El hecho se justifica cuando se comete...2º- Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la - persona, su honor o sus bienes, y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión". Fija pues, el mismo artículo, las condiciones de la legítima defensa, las cuales podemos re - ducirlas a las siguientes:

1a. Naturaleza grave de la agresión- Esta es la proporcionalidad entre la defensa y la agresión, requerida por el código;

2a. Simultaneidad de la agresión y la defen - sa; de ahí que el código hable de violencia ac - tual, solo que con más propiedad ha debido em - plear el término agresión y no violencia, por - que puede que no merezca este último adjetivo el acto del agresor.

3a. Injusticia de la agresión- Por lo cual el código establece la necesidad de una vio - lencia (agresión) actual e injusta.

Examinemos cada una de estas condicio - nes:

1a- Se exige la naturaleza grave de la agresión, porque no cualquier ataque puede repelarse por la fuerza y fuerza de tal naturaleza que venga a causar una lesión grave en el derecho de otro; se necesita que la agresión sea grave.

Pero, cuándo sefa grave una agresión? - Esta es una cuestión necesariamente un poco elástica, que depende tanto de la naturaleza del hecho, como de las condiciones anímicas de las personas que, actúan y por lo tanto, no puede resolverse sino en un conciliábulo, de jurados, no pudiéndose dar una regla anticipada en los libros.

2a- La defensa y la agresión deben ser simpitáneas, porque lo que justifica objetivamente la defensa es el derecho que va a ser violado y que debe ser amparado contra la injusticia. Cuando pasa el peligro o se consuma la lesión del derecho, es ya imposible defenderlo y por consiguiente, cesa el derecho de defensa.

Observa Pessina que la inminencia del peligro es necesaria para justificar la defensa pero que la actualidad de la provocación no puede resolverse sino en cada caso particular.

3a. La agresión debe ser injusta, Como lo que legítima la defensa objetivamente es la protección del derecho y como no hay derecho contra derecho, quien ataca injustamente, a otro, no tiene derecho para reaccionar contra la legítima defensa que este ejercite.

Pero hay una posibilidad difícil de precisar en la teoría, pero que se encuentra en la práctica, y que es el caso de dos agresiones injustas, por ejemplo cuando se trata de dos enemigos, cada uno de los cuales cree valeroso y fuerte al otro, y temiendo mutuamente ser víctimas de la agresión, al encontrarse de pronto, sacan sus respectivas armas y se atacan. Sería el caso de una legítima defensa subjetiva pues cada uno de los dos tenía derecho a considerarse

atacado.

Se ha preguntado qué clase de derecho admiten las legítimas defensas. Desde luego, podemos decir que lo admite íntegramente el derecho a la vida y también la integridad personal, siempre que la naturaleza de la agresión haga temer por la integridad de la vida; pero se ha discutido si solo estos dos derechos admiten la legítima defensa y vemos que el problema lo resuelve el art. 25 ya citado que no solo se refiere a delitos contra la persona, sino también contra el honor o los bienes.

En cuanto a la defensa de los bienes, es de observar que en algunas partes, en donde la lucha contra el crimen es muy violenta, se prepara de antemano la defensa de dichos bienes, por ejemplo, por medio de la electricidad. Se podrá decir en estos casos que se ha cumplido la segunda condición de la legítima defensa, es decir, que exista simultaneidad entre la agresión y la defensa? De la misma manera, si una persona amenazada por otra de una grave ofensa en plena calle, se prepara a defenderse, podrá decirse después que no obró en legítima defensa? Sostener esto sería especioso, pues en muchos casos la afrenta puede llegar a tener un grado más grave que la ofensa misma. De ahí la moderna teoría de Ferri de la legítima defensa premeditada, según la cual, la defensa no deja de ser legítima por el hecho de ser premeditada. En tales casos lo que se hace es preparar la defensa con anticipación, pero no ejercerla, y puede decirse que un gran número de ciudadanos tienen preparada su defensa para el caso en que llegare a presentar, la agresión.

La legítima defensa del honor es un capítulo difícil de precisar y que se ha prestado a numerosas interpretaciones pues se presenta la dificultad de fijar claramente en qué condiciones es que en realidad el hecho formalmente delictuoso se efectúa en la legítima defensa del honor. Así por ejemplo, a quien le insultan la madre, y luego de transcurridas dos horas mata -

al agresor, alegando luego ante la justicia haber obrado en legítima defensa del honor, el juez podría decirle: para que exista legítima defensa del honor, se necesita que haya violencia, que en este caso no aparece, y la violencia debe ser actual y en este caso han transcurrido dos horas.

El Dr. Gutiérrez Gómez, en sus comentarios al C. Penal, recientemente publicados, sostiene que cuando sucede este caso que hemos puesto como ejemplo, sucede que el agente ya no se está defendiendo pero que cuando tiene temor que lo van a ofender y mata, sí está en legítima defensa. Parece esta una explicación algo forzada, mucho más cuando hay una prevención social que mira con desprecio al que no reacciona contra las ofensas a su honor.

Tendríamos entonces que el acto degeneraría en venganza, o habría que considerarlo cometido en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación, causal de excusa contemplada en el art. 28 que luego estudiaremos

Baste por ahora anotar que esta fórmula ha sido adoptada en numerosas legislaciones, como por ejemplo en la del Uruguay, en donde el profesor Irureta Goyena ha sostenido que debe distinguirse muy bien entre ira e intenso dolor, que son dos fenómenos anímicos que no siempre se corresponden; la ira siempre se resuelve en intenso dolor, pero este no es operante, sino en el estado de la ira.

A este respecto, el proyecto de Ferri comprende también el temor que es sin duda, una de las pasiones que más pueden modificar, el ánimo y que nuestra comisión redactora del código no ha debido suprimir. Esta deficiencia, muy probablemente, la jurisprudencia tendrá que venir en auxilio, o, a suplirla, especialmente cuando se trate de los juicios por jurado.

En cuanto a lo que en la teoría se llama el **EXCESO EN LA LEGITIMA DEFENSA** dice el art. 27: -

"El que al ejecutar un hecho, en las circunstancias previstas en el art. 25, excede los límites impuestos por la ley, la autoridad o la necesidad, incurrirá en una sanción no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la infracción. - En casos especialmente favorables para el sindicado podrá aplicarse la condena condicional". - Contempla pues, este art. no solamente el exceso en la legítima defensa, sino también en el estado de necesidad en la aplicación de las disposiciones legales y en la sujeción a la autoridad competente y establece una sanción disminuida.

Casos de excusa.- Como anteriormente se dijo, causas de excusa son aquellos hechos o circunstancias que dejando vigente la imputabilidad y posiblemente la responsabilidad, hacen que el poder público aminoren y aún elimine la pena, teniendo en cuenta la situación conflictiva en que se encuentre el agente. Las causas de excusa, pueden pues, contemplarse como de mera atenuación o de exculpación total.

También se dijo ya, cómo no deben confundirse las causales de excusa con las causales de justificación del hecho, pues son dos figuras totalmente diferentes. En el primer caso se amigora o elimina la pena que un acto anti-jurídico merece en atención a las circunstancias especiales en que se encontró el agente y en el segundo, lo que sucede es que un acto aparentemente injusto no lo es en el fondo porque se ha ejecutado conforme a derecho.

Las causales de excusa son:

A) El estado de necesidad.- A esta primera causal de excusa se refiere el código penal en su art. 25 numeral tercero que dice: "El hecho se justifica cuando se comete: ...3° Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia, y que no deba afrontarse por obligación profesional". Las condiciones del estado de ne-

cesidad están muy bien determinadas en este artículo, el cual solamente es criticable por cuanto no prevee sino el peligro grave e inminente contra la persona y no contra los bienes, el cual también se presenta con frecuencia. Así - por ejemplo, es unánimemente admitido que quien cause daños en la propiedad de otro para evitar un incendio por ejemplo, no incurre en responsabilidad. De igual manera en el caso de dos naufragos asidos a una tabla en el mar y uno de los cuales hace perecer al otro para poderse salvar, este último no incurrirá en responsabilidad ninguna, a no ser que quien así proceda sea el capitán del buque o un miembro de su tripulación pues entonces estará en el deber de afrontar el peligro por obligación profesional y permitir que primero se salven los pasajeros. De ahí la excepción consagrada en la última parte del inciso transcrito.

Un caso muy claro de estado de necesidad consagra el art. 430 que dice: "Queda eximido de responsabilidad el que ejecute cualquier delito contra la propiedad, llevado por la apremiante necesidad de proveer a la subsistencia o vestido, o a las de su familia, cuando no hubiere tenido otro medio lícito de satisfacer esas necesidades siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa? y que no ejerza violencia contra las personas", disposición esta, a la cual solamente cabe observar que es a lo menos ridículo exigir a quien se está muriendo de hambre que no robe lo necesario si su personalidad es socialmente peligrosa. Sería más lógico pensar en este caso que la sociedad es la peligrosa, por permitir que se presenten casos de esa naturaleza.

La diferencia esencial, entre la legítima defensa y el estado de necesidad radica en que tratándose de la primera, al acción del agente es eminentemente jurídica, mientras que en el estado de necesidad se trata de una acción de hecho, si se permite el uso de este pleonismo

por eso, al paso que el numeral segundo del artículo 25 habla de violencia (agresión) actual e injusta, el numeral tercero habla de peligro grave e inminente.

Sin embargo, hay autores que tratan de la legítima defensa dentro del estado de necesidad por una confusión que es proveniente de ser la necesidad una circunstancia de la legítima defensa, y ese parece ser el criterio de los autores del código.

B) La grave provocación .-A esta segunda causal de excusa se refiere el art. 28 del código que dice: "Cuando se cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena, no mayor de la mitad del máximo ni menor de la mitad del mínimum señaladas para la infracción".

Como lo explica el acta de la comisión redactora del código "este art. comprende los casos de provocación dentro de una fórmula general para evitar el casuismo en que incurría el código penal antiguo, especialmente en lo que se refería al homicidio que se conocía con el nombre de atenuado.

Como lo acabamos de anotar, hay quienes confunden la legítima defensa y el estado de necesidad; de la misma manera sostienen algunos que en los casos de ira e intenso dolor se trata de causales de no imputabilidad y que si la pena se atenúa es porque al agente no se le puede exigir humanamente que permanezca impassible. La cuestión sobre todo en algunos casos, no es muy clara y podrían presentarse las dos soluciones: pero aun cuando no sea rigurosamente científico hay que pensar en otra explicación. De ahí que se hayan creado las causas de excusa, de que hemos venido hablando, que no permiten que se aplique la sanción, o que la disminuyen en grado considerable.

Pero hay otra razón que hace indispensable-

ble este tercer grupo de causas de no punibilidad; en los casos de justificación y en los de no imputabilidad del hecho no puede imponerse sanción y en los de excusa la situación es elástica y puede ir desde la impunidad, hasta la pena grave o mediana; así en los casos vistos hasta ahora, tenemos: en el art. 25, inciso tercero, o estado de necesidad, absoluta impunidad en el del art. 430 que contempla el caso de la persona que roba por la apremiante necesidad de proveer a su subsistencia, impunidad condicional, y en el caso del art. 28, o estado de ira o intenso dolor causados por grave e injusta provocación, sanción disminuida.

C) Conflicto de deberes.— Finalmente hay quienes consideran como causal de excusa el conflicto de deberes que se puede presentar cuando ante la obligación de cumplir un precepto legal surge la de atacar o practicar un deber moral.

Además de las causales de no punibilidad examinadas hasta aquí, hay que tener en cuenta otras, que se encuentran en el código en la parte especial. Así por ejemplo, en relación con el homicidio el art. 382 dispone: "Cuando el homicidio o las lesiones a se cometan por el cónyuge, padre, o madre, hermano o hermana, contra el cónyuge, la hija o la hermana de vida honesta, a quienes se sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, se impondrán las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes. Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al que en estado de ira o de intenso dolor, determinados por tal ofensa, cometa el homicidio, o cause las lesiones en las personas mencionadas, aún cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal. Cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a este el perdón judicial y aún eximirse de responsabilidad.

Ante todo hay que anotar que el código incurre en una inconsecuencia, pues el tiempo -

suprimió el adulterio como delito, permite o - autoriza al marido, para matar a la mujer adúltera, es decir, que castiga un hecho que no es - anti-jurídico de acuerdo con el código.

Aparte de esto se ha discutido mucho la - no punibilidad del homicidio que cometa el marido ultrajado por el acto de la mujer adúltera. El antiguo código penal establecía para este caso la completa impunidad cuando decía que el marido que encontrara a su mujer, en acto carnal con otro, y diera muerte a uno o a ambos, no - tendría pena alguna.

Pero en este caso, se eximía de penal al marido bueno, por ventura por que el legislador reconociera en él el derecho de ejercer la pena capital? Nó, tan cierto es esto, que el mismo estado no impuso la pena capital para el adulterio, de manera que si el estado no se reconoció a sí mismo el derecho de imponer la pena capital después de un proceso rígido e imparcial, mal - podría reconocerle ese derecho a quien sería a la vez juez y parte, sin ninguna garantía para el acusado y sin trámite probatorio alguno, por esto, no se trata de una causa de justificación sino de excusa.

Pero se tratará de una causa de no imputabilidad? También se discutió esto durante la - vigencia del viejo código pues se decía que si se eximía de pena o castigo al marido ofendido por el acto de su mujer, era porque el legislador consideraba que se encontraba en un momento de absoluto descontrol, que no le había dejado campo para el ejercicio actual de su libertad.

En la legislación francesa se estableció que en estos casos se trataba de un homicidio a tenuado, lo cual tiene una explicación muy clara, pues habiéndose hecho tan común el adulterio en ese país, no podía establecerse como causal de absoluta impunidad, tanto más cuando que en la generalidad de los casos el pecado de la mujer iba en-trelazado con el negocio civil del marido en la persona misma de su mujer.

En nuestro actual código, el art. que acabamos de transcribir establece para estos casos una pena atenuada, siendo de advertir que el inciso segundo debe relacionarse con el artículo 28 ya analizado, y el último inciso debe entenderse aplicable a las dos hipótesis previstas en los anteriores.

Tenemos pues, que según el actual criterio del código, se trata en este caso de una causal de excusa, que es de atenuación en los casos de los dos primeros incisos del art. 382 ya analizado, y absoluta al concurrir las circunstancias de menor peligrosidad, al temor de lo dispuesto por el último inciso de la disposición citada.

Pasamos ahora a tratar de la ENAJENACION MENTAL. Otras alteraciones psíquicas y la responsabilidad.-

Se puede decir que este es el punto capital de la reforma que el nuevo código hizo al sistema antiguo.

En el antiguo código se hablaba de que eran personas excusables las que se hallaban en verdadero estado de demencia o de locura. Dentro de ese sistema, pues, a una persona que obra en tal estado, no se le podría exigir responsabilidad; y el código penal empleaba al referirse a la enajenación la expresión verdadera, no tanto para contraponerla a la locura simulada, sino para significar que no consideraba excusables sino a los completamente locos.

En el nuevo código, esta materia la reglamenta el art. 29 que dice: "Cuando el tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia o padeciese de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo LL del título LL de este libro, esto es, las medidas de seguridad.

Establece pues, este artículo, la separación entre los normales y los anormales, aplicando a estos últimos las medidas de seguridad en tanto que a los delincuentes normales se aplican las penas propiamente dichas.

De esto que se acaba de explicar surge esta pregunta: si para los delincuentes normales existen penas, y para los anajenados mentales, para los que sufren de intoxicación crónica y para los que padezcan una grave anomalía psíquica, se aplican las medidas de seguridad, quedarán por fuera del código penal, - todos aquellos otros delincuentes que no están muy locos, los que sufren de la intoxicación, pero no crónicamente y los que padecen de anomalías psíquicas, pero no muy graves? Sería tan grave esta conclusión que se hace necesario buscar explicación que no deje por fuera del C.P. a éstos, que son la gran muchedumbre de los delincuentes. Y lo decimos, porque, entre los absolutamente locos y los normales está el número de los que son algo chiflados.

A esto hay que agregar que el tipo humano normalmente equilibrado no existe; el hombre vive en un equilibrio inestable; su normalidad es relativa; de tal manera que al hablar nosotros del hombre normal, hablamos de los que NATURALMENTE tienen alguna anomalía.

Siempre se ha preguntado si hay semi-locos y que si estos son delincuentes, qué se hace con ellos? El célebre alienista inglés Mosley, dice que, en la zona gris entre la normalidad y la locura, se encuentran la mayor parte de los hombres, y Grant propone que a los delincuentes semi-locos se les aplique una semi-pena.

Algunos otros alienistas han considerado que todos adolecemos de alguna locura ciclotímica, haciendo estas reflexiones: cuál es el hombre que no cambia de un día a otro? Más aún, cuál es el que no cambia de la mañana

na al medio día, del medio día al atardecer? Y - observan que en la mañana, cuando el hombre se encuentra alegre y descansado, el número de delitos disminuye, al paso que al medio día la situación es bien distinta y en la tarde, cuando el hombre se encuentra cansado, deprimido, el número de delitos aumenta.

Si esto es así, habrá que explicar la disposición a que nos estamos refiriendo, entendiéndola en el sentido que el código no ha querido hacer con ella una separación entre los absolutamente locos, y los normales, sino considerar a una determinada categoría de enajenados y enfermos de la mente, comprendiendo como normales a todos los demás, inclusive los que padecen de leves anomalías.

Estas dificultades son resultado de la hibridación de criterios con que el código se hizo; muy bien que se establezcan las penas para los normales y las medidas de seguridad para los anormales, pero el código en otras disposiciones equipara a los normales y a los anormales, como por ejemplo, en el art. primero al definir al delinciente, y en los artículos 36 a 40, pues las circunstancias que demuestran una mayor o menor peligrosidad en los delincuentes se aplican a dos por igual.

Si pues, el código equipara a los normales y a los anormales, debía equipararlos también, tal como lo hizo Ferri en su proyecto al establecer unicamente sanciones, considerando a todos los delincuentes como anormales, y sustituyendo el criterio de la voluntad como índice de la responsabilidad en los normales, como medida de los anormales por la peligrosidad.

En cuanto a la enajenación mental en particular, conviene anotar ante todo que la psiquiatría se encuentra aún en embrión en el estudio de este importante problema de la psiquis enferma.

Sobre su naturaleza se ha discutido mucho, preguntándose los autores si es una enfermedad de la inteligencia o del razonamiento, de la atención o de la voluntad, y admitiéndose en todo caso, diferentes especies de locura.

Al respecto Weygandt en su libro "Psiquiatría Forense", hace la siguiente clasificación:

A) Afecciones mentales profundas, que comprenden:

- a) Idiotez
- b) Imbecilidad
- c) Oligofrenia

B) Psicosis endógenas que son:

1- Psicopatías, que a su vez comprenden:

- a) Neurastenia Constitucional
- b) Psicosis y Neurosis obsesiva,
- c) Psicosis impulsiva,
- d) carácter patológico degenerado,
- e) Mitomanía (Pseudología Fantástica)
- f) Patología Sexual

2- Histeria

3- Epilepsia.

También se ha debatido sobre los llamados "intervalos lúcidos", que nuestro código civil acepta, pero que es algo muy controvertido pues se consideran por muchos como simple apariencia.

En el ejercicio profesional, el criminalista y el juez en lo penal, se encuentran ante muchas dificultades respecto de este problema de la locura y demás anomalías psíquicas. Por los casos de locuras o anomalías aparentes que presentan los agentes del delito y aún los peritos y psiquiatras mismos.

Y ocurre además que ya está muy desacreditado eso de dictaminar loco, a todo delincuente

eso de querer resucitar en todo criminal los temperamentos de Hipócrates: biliosos, sanguíneos, nerviosos, linfáticos y flemáticos, etc. y que hoy se determinan temperamentos vagotónicos, y simpavotónicos, abusándose al respecto de explicaciones o teorías que no se tratan de anomalías y que solamente se usan para confundir al Juez, -pues esta cuestión puede reducirse a los siguientes:

Dos grandes sistemas nerviosos existen en el cuerpo humano: el sistema del gran simpático, relacionado con la función de la nutrición y el sistema neumo-gástrico, llamado también gástrico o VAGO, que se relaciona con las funciones de la circulación y de la respiración. Ahora bien: si en el individuo predomina la acción del simpático, se trata de un individuo simpático-tónico y si por el contrario, predomina más bien el sistema neumogástrico se trata de un individuo vagotónico. Son pues, estos, estados naturales fisiológicos que todos nosotros tenemos que alternar y que no tienen nada que ver con anomalías o enajenamientos psíquicos.

Con el viejo sistema del viejo código, -era gravísimo esto de que por el dictamen del médico había que absolver a un delincuente de por sí normal. Bien que en la reforma penal no pueden por fuera estos casos, pero se presentan dos graves inconvenientes:

a) En primer lugar, como las medidas de -seguridad no son afflictivas, quien tenga medios, se hará declarar loco, tanto para no sufrir la pena que se le aplica al normal, cuando delinque como también por el menor tiempo de la reclusión cosa ésta última que no se entiende porque la reclusión en un sanatorio de un enajenado debe ser por tiempo indefinido; y

b) En segundo lugar, los casos de simulación de enajenación mental o de alteraciones psíquicas, que aunque difíciles de desempeñar, suelen presentarse con frecuencia.

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR O MENOR PELIGROSIDAD.

Como el criterio del Nuevo Código Penal Colombiano, para graduar la responsabilidad de los delinquentes, es precisamente éste de la peligrosidad del agente, conviene que lo estudiemos con todo detenimiento.

Pero para poder comprender mejor este asunto de la peligrosidad es necesario que digamos algo antes, aunque brevemente, sobre los fines de la pena.

FINES DE LA PENA.- Según la Filosofía Espiritualista, los fines de la pena son tres, uno principal y dos secundarios. El fin principal es el restablecimiento del orden perturbado por el delito y los secundarios son la corrección del culpado y el escarmiento de los demás.

Estudiando un poco la evolución de los sistemas penales, se encuentra una intuición maravillosa, solo explicable por el genio, en esta concepción de los fines de la pena, en la cual están englobadas todas las finalidades que se le han atribuido. En efecto, en el restablecimiento del orden perturbado por el delito, encontramos un fin de justicia, tendencia, absoluta; en la corrección del culpado tenemos la reforma educacionista de las escuelas reformistas; y en el escarmiento de los demás la fuerza intimidativa o de defensa de la pena, de la escuela positivista. Están, pues englobados en esta concepción, todas las finalidades que se le han atribuido a la pena.

Y decimos éstos, porque buscando el íntimo elemento de las otras teorías sobre los fines de la pena, tendremos: 1° - según Ferri, la finalidad de la pena es la represión del delito, o mejor, la represión del delincuente; 2°- según la tersa Scuola, cuyo principal sostenedor es Alimena, la finalidad de la pena es la intimidación y 3°- según los correccionistas, la finalidad de la pena es la reeducción o readaptación del delincuente a la vida social.

Como dicen muy bien algunos, no hay verdades inútiles; de toda verdad se desprenden siempre consecuencias prácticas, Así, esta discusión acerca de los fines de la pena, que podría parecer meramente especulativa, tiene estas consecuencias prácticas:

a) Si la pena es exclusivamente retributiva, lógicamente tiene que ser determinada en la ley, en forma matemática, sin tomar en cuenta, para nada, la personalidad del delincuente.

b) Si la pena es solamente defensiva, no puede ser prefijada en la ley, sino que tiene que ser a tiempo indeterminado. La lógica nos lleva a esta conclusión.

c) Si la pena es solamente intimidativa, tendrá una medida exclusivamente política, en el sentido lato de la palabra, es decir, consultando solamente las medidas defensivas actuales de la sociedad y entregándola al arbitrio judicial.

d) Pero si la pena de acuerdo con la concepción de Santo Tomás es al mismo tiempo retributiva, defensiva, reeducativa e intimidativa, esto es, si su fin es a la vez la justicia, la defensa, la corrección y la prevención, deberá tener una medida general en la ley y no fundarse en, sino ser medida por la peligrosidad, debe atender a la educación del delincuente y ser más o menos severa, según las necesidades sociales.

SISTEMAS LEGALES PARA LA GRADUACION DE LA PENA.-

Dentro de las legislaciones los sistemas seguidos para la graduación de las penas, ha sido los siguientes:

1- Una cantidad rígida prefijada en la ley. Tal era el sistema de nuestro antiguo código penal, en el cual se establecían tres grados: delito máximo, medio y mínimo; si concurrían solamente circunstancias agravantes, era máximo, si solamente concurrían circunstancias atenuantes, era

mínimo, si concurrían estas dos categorías, era medio. Sistema pues objetivo en un todo.

2) El sistema del código penal español, - anterior al vigente dentro del cual no se establecen tres grados, sino que se establecen tantos grados cuantas circunstancias atenuantes o gravantes existan. Se parte en este sistema de una pena media correspondiente al delito, y se impondrá un año o un mes más de pena por cada grado de gravedad en el delito, o uno menos, por cada grado de atenuación. Sistema que es también objetivo, pero menos rígido que el anterior.

3- La ley señala un mínimo y señala también un máximo como en el actual código penal, - pero deja en libertad al juez en esos límites.

El sistema del actual código penal italiano, para la graduación de la pena, que como acabamos de decirlo, es éste último, está consagrado en el artículo 36 que dice: "Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente, según la modalidad y - gravedades del hecho delictuoso, los motivos, d determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente". Está este artículo de acuerdo con la reforma propuesta por Ferri en su proyecto de 1921.

* Algunos otros partidarios de la escuela positivista, entre ellos el ilustre profesor - Florian, reducen la propia cuestión de la responsabilidad a la peligrosidad. Nuestro código no da como criterio exclusivo de responsabilidad el de la peligrosidad, la funda sí, pero la sanción debe imponerse teniendo en cuenta los cuatro elementos o criterios enumerados por el artículo 36, ya transcrito, a saber:

- a) gravedad y modalidades del hecho delictuoso
- b) motivos determinantes;
- c) circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen.

d) personalidad del agente.

Pero como en el código no hay mucha unidad, el artículo 39 dispone: "Solo podrá aplicarse el máximo de la sanción cuando concurren únicamente circunstancias de mayor peligrosidad y el mínimo cuando concurren únicamente de menor peligrosidad". Así en el caso del homicidio por ejemplo, en que la pena es de ocho a catorce años de prisión, por esto necesita el juez que no haya sino circunstancias de menor peligrosidad para los ocho, y para condenar a catorce, que no concurren sino circunstancias de mayor peligrosidad.

Pero se pregunta si una sola circunstancia le permitirá al Juez llegar casi hasta uno de los dos límites. Como el código no fija gradaciones de tiempo, podría el Juez cuando hay una grave circunstancia de mayor peligrosidad, aplicar por ejemplo, una pena de trece años y seis meses, aun cuando concurren otras circunstancias de menor peligrosidad.

El artículo 40 del C. Penal dice: "Fuera de las circunstancias especificadas en el artículo 38 (circunstancias de menor peligrosidad), debe tenerse en cuenta cualquiera otra análoga a ellas".

En materia penal está prohibida la interpretación analógica en contra del sindicado, pero sí se permite cuando es a su favor, y este artículo está informado en este criterio. Así, el Juez no podrá alegar para imponer mayor pena, una circunstancia que él le parezca como de mayor peligrosidad, pero sí podrá, para imponerle menor pena, alegar una circunstancia que considere de menor peligrosidad, aun cuando no se encuentre expresamente enumerada en el C.P.

CONCEPTO DE PELIGROSIDAD.-Si bien por una parte debe rechazarse la peligrosidad como fundamento del derecho social para castigar y por otra parte, es difícil de comprender que sea un

buen criterio para imponer la pena y graduarla, siendo como es, el criterio que informa el código penal vigente debemos dar una noción de lo que ella significa.

La peligrosidad parte de este punto: esta blecida la relación de causalidad material o - moral entre el agente y el hecho, el atributo que establece la responsabilidad es la peligro sidad.

Florian, más exagerado que Ferri, dice - que dentro del criterio de la defensa social, - la idea de peligrosidad, "adquiere un carácter absorbente", siendo fundamento y también, lími te de la responsabilidad y propone una distinción entre peligrosidad social y peligrosidad criminal.

No se crea que la peligrosidad criminal consiste, por ejemplo, en el temor que inspira un loco anunciando no haya cometido todavía nin gún acto delictuoso. La peligrosidad criminal es la posibilidad mayor o menor de que un indi viduo que ha cometido un hecho punible, delin ca de nuevo en el porvenir. Es una capacidad que tiene importancia no como diagnóstico, mani festación o prueba del delito, sino como pro - nóstico y previsión para el futuro.

La humanidad había venido creyendo que a quien cometía un delito se le castigaba por - ese delito y nada más, la peligrosidad aconse ja que no sea por ese delito sino porque podría cometer otro, lo cual tiene explicación.

Si este criterio se aceptara, sucedería que al estar juzgando a un reo, al ver las cir cunstancias en que delinquirió y palpar su arre pentimiento, el Juez se inclinaría a creer que ese desdichado no volvería a caer en el delito. Sería raro el caso en que se pudiera pensar lo contrario, y todos los jueces, venciendo la - línea de menor resistencia, juzgarían con el criterio de la peligrosidad a todos los delin cuentes.

propone también Florian una distinción - sutil pero interesante entre peligrosidad y temibilidad, y dice que mientras la primera es una cualidad del delincuente, la temibilidad es el reflejo en los asociados, de la peligrosidad del criminal: el sentimiento producido por el delito.

Surgen de esto varias preguntas, por demás interesantes: todo anormal es un peligroso? Todo peligroso es un anormal? Puede ser peligroso un individuo dotado de determinada constitución? Puede asignarse mayor peligrosidad a un impulsivo que un premeditador? o por el contrario, podrá considerarse más peligroso a un premeditador que a un impulsivo? Cuestiones son todas estas que no pueden resolverse si en cada caso particular, y sobre las cuales no es posible dar reglas generales anticipadas.

Los autores F. Achille Delmas, y Marcel Boll en su libro "la Penalidad humana", desarrollan su tesis sobre las constituciones psicopáticas así: "Las constituciones psicopáticas, dicen son innatas y permanentes, cada una de ellas crea un terreno propicio al desenvolvimiento de una psicosis constitucional". Y consideran cinco clases de constituciones psicopáticas a saber:

La constitución psicopática paranoica, que se distingue por una tendencia exagerada al orgullo.

La constitución perversa, que es propia de los sujetos que reinciden en los actos antisociales.

La constitución mitomaníaca, que es la necesidad de creaciones artificiales y falsas.

La constitución ciclo-tímica que se revela por las variaciones anormales (por exceso o por defecto) del gasto de actividades.

La constitución hiperemotiva, que está caracterizada por la prontitud, la intensidad y la duración de las reacciones.

Y las sicosis constitucionales que corresponden a estas constituciones psicopáticas, son

A la constitución paranoica corresponde la PARANOYA, que puede ser psicosis de reimpugnación o psicosis de interpretación.

A la constitución perversa corresponde la LOCURA MORAL, o psicosis PERVERSA.

A la constitución mitomaniaca, corresponde la MITOMANIA y en particular, las psicosis HISTERICAS.

A la constitución ciclo-tímica, corresponde la MANIA MELANCOLICA,

A la constitución hiperemotica, corresponde la HIPEREMOTIVIDAD MORBOSA o psicosis HIPEREMOTIVA/.

El paranoico, por ejemplo constitución que de por sí no es enfermedad, puede caer en un delirio de persecución, viniendo los fenómenos de alteraciones morbosas de la psiquis que el profesor Freud estudia en la PSICOPATOLOGIA DE LA VIDA CUOTIDIANA, que el exagerarse viene a constituir lo que llamamos chifladura, y que puede agudizarse, hasta degenerar en una verdadera enfermedad mental y llegar a ser una verdadera paranoia, en el sentido morfológico de la palabra.

Si el nuevo concepto acerca de la delincuencia, que pretendió dar la escuela positivista, fuera una verdad profesada con entera certeza por esta escuela, entonces, tanto en la teoría como en las fórmulas legales en que está concretada, (ante proyecto de Ferri de 1921) debía haberse adoptado un criterio real y exclusivamente subjetivista, a lo cual, sin embargo, el mismo Ferri no se atrevió.

Si se hubiera aceptado que no hay delitos sino delincuentes; si de lo que se tratara fuera exclusivamente de anular la personalidad peligrosa, el código penal no constaría sino del libro primero, y el libro segundo no tendría razón de ser, porque en este último lo que se hace es tomar cada hecho como tipo determinado de delito y al cual corresponde una pena determinada.

pero vemos que entre los criterios que el artículo 36 da para la aplicación de la sanción al delincuente, el primero es la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, es decir, un criterio eminentemente objetivista: la sanción se gradúa por la gravedad del delito, luego a mayor daño, directo o indirecto, corresponde mayor sanción. De manera que a pesar del positivismo de Ferri y el de los autores del Código Penal italiano, que en esto siguieron al anteproyecto de Ferri, no pudieron prescindir de aceptar la necesidad de una proporción entre el hecho cometido y la sanción correspondiente. De ahí la razón de ser del libro segundo del C. Penal. Y es lógico que cada derecho esté protegido por una determinada sanción.

En la exposición de motivos del C.P. para el Reino de Italia, dicen sus proponentes, que él implica una reacción contra el criterio objetivista de la escuela clásica, que solo tenía en cuenta el hecho mismo, prescindiendo de la personalidad del delincuente.

Esta argumentación es en parte infundada y en parte nó. Decimos que es en parte infundada, porque siempre la escuela clásica aceptó mayor pena para el reincidente y consideró punible a la tentativa, criterios estos dos, eminentemente subjetivistas, pero es también en parte fundada, porque en los códigos inspirados en la escuela clásica, se adoptó para la aplicación de las penas, un sistema mecanicista que no dejaba libertad de criterio al Juez.

Ya vimos como la pena puede ser prefijada rígidamente en el Código, o podría ser, si el criterio positivista triunfara totalmente, absolutamente indeterminada, y cómo dentro de los actuales sistemas, la pena es indeterminada pero relativamente, pues si bien se deja libertad de apreciación al Juez, se le fijan los límites dentro de los cuales pueden moverse. Sería este último sistema más perfecto, si todavía dentro

de la ejecución de la sentencia, con la reforma moral del penado, podiera acortarse el tiempo de la condena.

alos
tivos

Dentro de los cuatro sistemas que nos da el artículo 36 para la aplicación de las sanciones, encontramos dos, eminentemente objetivistas GRAVEDAD Y MODALIDADES DEL HECHO DELICTUOSO, que de por sí lo es. y LOS MOTIVOS DETERMINANTES que aunque a primera vista pueden tenerse como circunstancia subjetiva, son en realidad criterio objetivo.

Así al hacer el esquema de un caso cualquiera y pensar, por ejemplo, si el hecho de dar muerte premeditadamente a una persona es o no más grave que la falsificación de un cheque, al hacer esa consideración, estamos atendiendo al hecho mismo, a su objetividad, igualmente si pensamos qué es más grave, si matar en estado de ira causado por injusta provocación o matar por remuneración, no vacilamos en que este último caso, y atendemos a una circunstancia que está dentro del sujeto pero que forma parte integrante del hecho mismo.

tuin
tivos

Pero al lado de estos dos criterios objetivos, encontramos otros dos que se refieren únicamente al sujeto, criterios subjetivistas, que son las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, y la personalidad del agente.

El código dice al respecto: "Las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen", expresión ésta última que se presta a equívoca: circunstancias que acompañan a quién? Al agente criminal o al hecho delictuoso? Si es al hecho delictuoso, la expresión es impropia, porque puede suceder que haya circunstancias antecedentes, que son más graves.

Sobre esto de la PERSONALIDAD DEL AGENTE que es, sin lugar a duda, uno de los temas más interesantes del derecho penal, ya vimos cómo los autores F. Achille Delmas y Marcel Boll en su libro "La personalidad humana" hace un ensa-

yo de la clasificación de las constituciones, - psicopáticas considerando que cada una de ellas es un terreno propicio para el desarrollo de una psicopatía constitucional.

Ocurre preguntar al respecto si debe distinguirse entre el estudio de la personalidad humana y el estudio de la personalidad criminal es decir, si cualquier ser humano puede verse envuelto en un momento dado en las redes del delito o si esto está limitado a individuos de determinada constitución, en otras palabras si la humanidad puede dividirse en dos categorías; los criminales y los que no lo son, porque al hablar de la personalidad del agente, - los positivistas en derecho penal dicen que hay que estudiar la personalidad antropológica psíquica y moral del delincuente, y que de este triple estudio resulta la clasificación de los delinquentes, entre los cuales hay que distinguir entre menores y mayores, alentados y enfermos, ocasionales y habituales, que son las tres categorías principales.

uno
ente
oluntad

Si se acepta la existencia de la personalidad criminal, de la peligrosidad criminal, como entidad distinta de la peligrosidad general, y por consiguiente, una personalidad delincente distinta de la personalidad humana y general, tendríamos que la circunstancia de la personalidad del agente vendría a confundirse con las circunstancias de mayor o menor peligrosidad de tal manera que el estudio de estas circunstancias, vendría a incidir en el estudio de la personalidad del delincuente.

Pero hay otro criterio más científico, - según el cual, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad son una cosa y la personalidad del agente otra, considerando al delincuente como personalidad humana y no como personalidad criminal.

El artículo 37 del C.P. da una lista de las circunstancias de mayor peligrosidad. Ya,

vimos que en los códigos inspirados en la escuela clásica la pena se graduaba según la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, y que aquellas podían llegar a ser de tal importancia que constituyeran circunstancias modificadoras. Y vimos también que esas circunstancias modificadoras, agravantes o atenuantes del delito, podrían ser subjetivas o objetivas, según que se encontraran o no en el agente del delito.

Leyendo la lista de las circunstancias de mayor peligrosidad que nos presenta el artículo 37, se encuentran unas objetivas y otras subjetivas, de donde parece que es difícil decir que las circunstancias objetivas indiquen mayor peligrosidad, si ésta es una circunstancia inherente al sujeto.

El numeral primero del artículo últimamente referido nos habla de los ANTECEDENTES DE DEPRAVACION Y LIBERTINAJE. Es esta una circunstancia que radica en el agente mismo y que indudablemente hay que tener en cuenta porque en virtud de las leyes del hábito, el hombre tiende a repetir los actos a que la costumbre lo lleva. El delincuente que tenga antecedentes de depravación y o libertinaje, muy probablemente volverá después a reincidir en el delito. Es pues, éste, un fundado indicio de peligrosidad en el criminal.

El numeral 16 del mismo artículo nos habla de la EJECUCION DEL DELITO SOBRE OBJETOS EXPUESTOS A LA BUENA FE DEL PUBLICO, O CUSTODIADOS EN OFICINAS PUBLICAS? O DESTINADOS A LA UTILIDAD? DEFENSA O REVERENCIA PUBLICAS". Esta es una circunstancia objetiva que no puede ser tenida como índice de peligrosidad, podrá decirse, por ejemplo, que un sujeto tímido, que no ha cometido nunca falta alguna y que al tener a su alcance un objeto de estos que se han enumerado, lo roba, es más peligroso que otro sujeto que avazado en el delito estudia y premedita el golpe, y lo dá sobreseguro?

Es esta pues, una circunstancia objetiva digna de figurar en un antiguo código penal inspirado en la escuela clásica, lo cual no quiere decir que deba quitarse sino que dentro del positivismo no puede prescindirse del criterio objetivista, y que, si bien no es una circunstancia de mayor peligrosidad, sí debe tenerse en cuenta para la aplicación de la sanción al delincente.

Es muy importante la advertencia que este artículo hace al principio cuando dice: Son circunstancias de mayor peligrosidad, que agravan la responsabilidad del agente- EN CUANTO NO SE HAYAN PREVISTO COMO MODIFICADORAS- las siguientes...." quiere decir esto, que no se le puede cargar dos veces a un delincuente una misma circunstancia lo cual es también esguinse fuera -- de la teoría positivista de la peligrosidad.

Así por ejemplo, en el capítulo del homicidio, después de que el artículo 362 fija la pena general para el homicidio de ocho a catorce años de presidio, el artículo 363 dice: "El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, - si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere...1) Contra la persona del ascendiente o descendiente legítimo o natural del cónyuge, del hermano o la hermana, padre, madre o hijo adoptivo, o a fin en línea recta de primer grado.." lo cual está comprendido dentro de las circunstancias de mayor peligrosidad en el numeral cuarto del artículo 37, que dice: "Son circunstancias de mayor peligrosidad...4) Los deberes especiales que las relaciones sociales o las de parentesco impongan al delincuente respecto del ofendido o perjudicado".

Podrá el Juez entonces, para imponer 24 - años de pena además de castigar el hecho como - parricidio, por ejem. alegar la circunstancia - de mayor peligrosidad del numeral cuarto art.37?

Este último artículo se prohíbe expresamente. Tendrá entonces el Jue^x, que buscar - otros elementos distintos, entre los enumera - dos como por ejemplo, la personalidad del agente, o los motivos determinantes.

ESTUDIO DE LAS SANCIONES

Llama la atención ante todo, la división que el nuevo C.P. colombiano hace de la sanción en dos grandes especies: las penas y medidas de seguridad. Mientras las medidas de seguridad son aplicables a los delincuentes menores de edad y a los que sufren de graves anomalías psíquicas o de intoxicación crónica, las penas lo son a todos los demás delincuentes.

De las penas.- El estudio de la pena es tan interesante y extenso que constituye un grupo de ciencias que pudiéramos llamar autónomas dentro del derecho penal, y son las llamadas ciencias penitenciarias, en las que se contemplan diferentes problemas que van desde la arquitectura de las prisiones, hasta la pedagogía el régimen y la antropometría penitenciarias. Así el estudio de las penas podemos dividirlo a grandes rasgos en las siguientes partes:

1° Noción general de la pena.- Aplicando en esta materia el mismo método analítico-sintético que hasta aquí hemos venido llevando, observamos que es un hecho y constante y universal en la historia de la humanidad y que no está controvertido, el que en todas las naciones se han establecido penas y sanciones para los violadores del orden jurídico. Y al lado de este hecho permanente, observamos también un hecho variable, el cual es el que no en todos los tiempos se han considerado punibles los mismos hechos ni se han aplicado las mismas sanciones.

A este respecto ha habido una evolución en la humanidad, y aún algunos estudiosos de la Sociología han observado una relación de paralelismo entre la civilización y la penalidad, en forma tal que a una mayor cultura y a una mejor organización política corresponde una mejor organización y un concepto más cabal de la sanción penal.

Ahora bien, el hecho constante y universal

de que en todas las naciones y en todos los tiempos se hayan establecido penas para todos los violadores del orden jurídico, se explica por simple razón, como la existencia de una reacción en el orden social contra los elementos que tratan de perturbarlo. Esto se observa en todos los órdenes: en el físico y el biológico hay siempre una reacción automática y lo mismo en el orden moral y jurídico. En la moral la reacción automática y lo Moral la reacción está representada por el vacío que deja el placer, aun el lícito, y la satisfacción que deja el dolor aceptado; en el orden jurídico la reacción aparece en la forma de sanción.

2° Evolución de la penalidad. En cuanto se refiere a la evolución de la penalidad, podemos distinguir cuantos periodos diferentes. No es que todos los pueblos hayan pasado a tengan que pasar por ellos en el desarrollo de sus sistemas de penalidad, sino que contemplada en bloque la humanidad, aparecen en esta materia cuatro etapas a saber:

- a) la venganza,
- b) la defensa social,
- c) la penalidad humanitaria, y
- d) las escuelas modernas.

Analicemos cada uno de estos periodos:

a) La venganza. En las sociedades primitivas se manifestó la justicia rudimentaria, como una reacción popular contra el delincuente, a quien las turbas ultrajaban y golpeaban con severia, muchas veces hasta darles la muerte. La famosa ley de Lynch, en algunas partes imperante aún, es un rezago de esa bárbara manifestación de la justicia, administrada por el ímpetu ciego del público. En el periodo teocrático por que han pasado más o menos casi todos los pueblos, al confundirse el poder político con el poder religioso, los actos y aun las meras palabras consideradas como capaces de perturbar el orden religioso y el orden público, se castigaban con penas rigurosas, con la mira de apaciguar la divinidad y de aterrorizar a posibles y futuros delincuentes.

La venganza ya privada, ya pública o ejercida en nombre de la divinidad, vino a atenuarse por dos medios: a) el arreglo, composición o transacción pecuniaria entre el ofensor y la víctima o los parientes de ésta, y b) El talión que aun cuando hoy nos parece bárbaro, vino a ser sin embargo, una limitación de la venganza individual o familiar.

a) El guildriguildo, foedus o compensación pecuniaria, tiene su explicación en la defensa de grupo. Pueblos en formación, más bien grupos aguerridos que sociedades organizadas, solían tener ante todo un ideal bélico; la unión entre dos individuos del mismo grupo se explica por necesidad de repeler o dominar a grupos extraños o de defenderse de éstos. El que mata, hiere o perjudica gravemente a otro, atenta contra la paz del grupo, base o fuerza necesaria para la guerra del grupo con los extraños; y quien así rompe la paz la pierde para él y solo puede recobrarla mediante el perdón del ofendido o la familia de éste, quienes le otorgan merced a trueque de compensación o de indemnización.

b) El talión material. El concepto de la justicia manifestada por la venganza individual la venganza de la familia, y aun la venganza colectiva, ejercida ésta última en nombre de la dignidad ofendida tuvo casi siempre como correctivo la ley del talión terrible manera de buscar la igualdad entre el castigo y la falta cometida.

b) La defensa social- La transformación de los grupos guerreros y de los grupos nómadas en sociedades mejor organizadas con normas permanentes, fue haciendo ver el delito como un atentado contra la organización social y la pena como una defensa de la sociedad contra los que perpetraron el atentado.

Esta fue una noción no del todo falsa pero sí incompleta de la penalidad. La defensa puede ejercitarse para prevenir el mal y es legítima

mientras dura el peligro y debe cesar cuando este cese; pero si el mal ha ocurrido ya, no puede ser materia de defensa.

Consecuencia de la aplicación rigurosa - del principio de la defensa o seguridad social, fueron entre otras cosas, la tortura en el procedimiento inquisitivo, para averiguar los delitos y obtener en forma la confesión del reo; los tribunales extraordinarios formados adhoc, en caso de considerarse más peligrosos para la sociedad, y para los cuales se quería un juez más riguroso; la pena cruel por medio del suplicio, con el propósito de inspirar terror a los malvados y retraerlos del delito; el rigor en la apreciación de las pruebas y la interpretación de la ley formulado así: "perezca el justo con tal de que el criminal no quede impune".

c) La penalidad humanitaria.- El derecho canónico, inspirado en ideas de caridad, fraternidad y redención, estableció su sistema de penas, encaminado a obtener la regeneración moral y voluntaria de los que debían someterse a cumplir penitencias canónicas. Dice un autor moderno que con el sistema penitenciario adoptado por la Iglesia para los asuntos de su incumbencia se calificó en la Edad Media el progreso que los legisladores de hoy se empeñan en introducir en las instituciones represivas. Y aún cuando el poder civil y político no siempre aceptó las ideas y prácticas del sistema penitenciario canónico, con todo éste se fue infiltrando poco a poco en las instituciones de los pueblos

Lento fue, sin embargo, ese influjo benigno del derecho canónico, porque el rigor del feudalismo y el poder despótico de los monarcas al formarse las nacionalidades, extremaron el ejercicio fuerte de la autoridad, hasta llevarlo a increíbles abusos.

Las atrocidades que se cometieron so pretexto de castigar los delitos, convirtiendo la justicia penal en un medio tortuoso de ejercer represalias políticas y de ejercer venganza

provocaron en parte, o influyeron en los profundos cambios políticos que principiaron con la expedición de la carta Magna de Inglaterra y que culminaron con la revolución francesa. La toma de la Bastilla por el pueblo fue un acto de liberación de los prisioneros que allí se hallaban muchos de ellos al menos, sin justa causa ni proceso legal y público. La lucha ciega y brutal contra el delincuente se trocó por la lucha contra el delito. La idea de venganza individual, social o religiosa, se cambió por la retribución jurídica, para deshacer moralmente al mal jurídico causando por el delito.

En los años de 1690 a 1695 escribió el monje benedictino Mabillon su libro titulado "Reflexiones sobre las prisiones de las órdenes religiosas", en el cual reclamaba la aplicación de ciertos principios justos, humanitarios y prácticos. El es el precursor, por desgracia no bien conocida de la historia penitenciaria moderna.

El Barón de Howard (1775-1790) viajó por toda Europa estudiando a las prisiones de los diferentes países y se dedicó a luchar por la reforma de las prisiones, que había conocido de cerca al caer prisionero de los franceses, especialmente en cuanto a la higiene y alimentación la implantación de regímenes diferentes para los procesados y condenados, educación religiosa y moral de los presos, obligación de trabajo en las prisiones y la enseñanza de profesión u oficio a los presos. Abogó también por el sistema celular o de aislamiento suavizado por la educación religiosa moral y profesional. Franklin, quien en ese entonces estaba en Europa, trajo los nuevos sistemas de a EE.UU. donde los implantó, especialmente en el Estado de Pensilvania. De ahí el régimen penitenciario conocido con el nombre de pensilvaniano.

d) Escuelas modernas.- Corresponde este período a las escuelas que suelen llamarse modernas, es decir a la escuela clásica, primero y luego a las escuelas antroposociológicas.

Beccaría, uno de los fundadores de la escuela clásica, fue el primero que formuló los principios, hoy axiomáticos, de que la pena debe ser proporcional al delito, de que debe abolirse el tormento, de que no puede condenarse sin prueba suficiente, de que a nadie debe juzgarlo un tribunal ad hoc y de que los juicios deben ser públicos.

Consecuencia de estas ideas clásicas fueron la reacción contra los sistemas de coacción y arbitrariedad de su tiempo. Benthan creía en contrar la clave del sistema penitenciario en lo que él llamó panóptico o sea la prisión que puede dominarse desde cualquier punto. En los tiempos actuales tenemos otras corrientes, en las que no se trata solamente de un sentido humanitario, sino del establecimiento de un régimen correcionalista y reeducacionalista.

Teorías para fundar la pena.- Tres grupos de teorías podemos distinguir:

- I- Teorías absolutas, tipo: la de retribución
- II- Teorías relativas, tipo: la defensa social
- III- Teorías intermedias, Tipo: la corrección.

I- Vidal encuentra la razón de las penas en los sentimientos que en el hombre produce el delito. Considera Vidal que tres son las principales reacciones originadas por el delito:

- a) Una reacción de temor o de inseguridad es decir, la alarma social que se produce al conocerse el delito.
- b) Una reacción de horror que inspiran tanto el criminal como el hecho mismo, y
- c) Una reacción de justa cólera o lo que pudieramos llamar un lejano deseo de venganza.

Y agrega Vidal que si se dejara rienda suelta a estos tres sentimientos, como en los grupos primitivos o no jurídicamente organizados, vendrían las demasías en la justicia, la reacción violenta, etc. Por eso hay dos sentimi

entos que delimitan los tres anteriores: la justicia que impone al hombre no excederse, y el sentimiento humanitario de piedad, que viene un poco mas tarde.

Lo primero que aparece es la ira, pero luego viene la contrario, el sentimiento humanitario, con frecuencia exagerado, especialmente en los países como el nuestro de razas emotivas y sentimentales. De ahí que en un determinado momento el sentimiento público quiera ver libre al delincuente.

II- Dentro de las ideas de la defensa social se fundamenta la pena diciendo: la pena se aplica por uno de dos fines o por ambos:

- a) la eliminación del hombre peligroso, y
- b) la curación o tratamiento del delincuente.

Esta tesis sería aceptable si todas las penas fueran eliminatorias, es decir, si las penas se resumieran en la pena de muerte y el destierro. Pero ocurre que hay numerosas penas que no son eliminatorias, v.g. la privación de los derechos civiles o políticos, las penas secundarias, etc. De manera que esta explicación, si bien en parte es verdadera, es incompleta.

III- Los clásicos del derecho penal con criterio imbuido en una especie de teología liberal, decían: el delincuente es un ser que ha puesto su voluntad en el sentido del mal; para restituir el orden jurídico es necesario darle vuelta, es necesario corregir esa voluntad. Así como el delito, al decir de Pessina, es la negación del derecho, la pena, es la negación de esa violación.

También tiene algo de razón esta tesis, pero no es satisfactoria porque no tuvieron en cuenta quienes la formularon que si bien en el campo moral el arrepentimiento borra la culpa, ello se debe a que es espontáneo y voluntario, mientras que tratándose del criminal sería un arrepentimiento impuesto.

función de la pena.- La pena tiene dos funciones principales: una principal, la función moral, y otra secundaria, la función utilitaria. Pero antes de entrar a explicar estas dos funciones, conviene que tengamos en cuenta la concepción genial que los fines de la pena tuvo Santo Tomás. Al tratar de las circunstancias de mayor o menor peligrosidad tuvimos ocasión de referirnos a esto, por lo cual ahora nos limitaremos a transcribir, lo entonces dicho: según la filosofía espiritualista, dijimos, los fines de la pena son tres: uno principal y dos secundarios. El fin principal es el restablecimiento del orden perturbado por el delito, y los secundarios son: la corrección del culpado y el encastigo de los demás .

Si examinamos las diferentes teorías a este respecto, encontramos que todas son incompletas y si las juntamos en sus elementos esenciales, desembocamos en la teoría de Santo Tomás

Pero volviendo a las funciones de la pena que acabamos de anunciar, su función moral y su función utilitaria, tenemos lo siguiente: la función moral de la pena es la satisfacción de la justicia. De la justicia distributiva y de la retributiva. De esta última porque se le da al delincuente la recompensa que merece y que está en la conciencia social. Es una función moral porque es una medida de expiación que reemplaza a la venganza. La función utilitaria de la pena podemos subdivirla en dos aspectos:

- a) Coartándole al delincuente la libertad para delinquir, o
- b) tratándolo de buscar, conforme a las teorías de Ferri, la enmienda o reeducación del delincuente.

Es posible que en determinados casos surjan especies de conflictos entre las funciones morales y utilitarias de la pena por oposición entre los intereses de la prevención general y de la prevención especial. Pueden presentarse

así, casos de faltas leves, en que la moral indica una pena leve y la necesidad política o social impone una sanción fuerte y viceversa.

Así, por ej. dentro del sistema positivista, al delincuente habitual se trata con sumo rigor, pero es claro que cuatro faltas pequeñas que aupongamos haya podido cometer el delincuente, son menos graves que la supresión de una vida humana por un hombre airado que quiere tomar venganza de otro; y sin embargo, a este último se le impone una sanción menos fuerte. La función moral de la pena implicaría lo contrario, pero predomina el fin utilitario por la necesidad política del medio social.

Para adecuar las penas ya esea a la gravedad de los delitos, ya sea al temperamento y al grado de peligrosidad del delincuente, hay que contemplarlas por los siguientes aspectos: calidad, fin, cantidad y grado.

1° En cuanto a la calidad de la pena, fuera física objetiva, o sea la calidad de los bienes que afecta: la vida, la libertad, el patrimonio, los derechos políticos, los derechos civiles y de familia, el honor y la estima. Por eso el legislador ha establecido diferentes penas, como presidio, prisión, arresto, etc. queriendo que la intensidad de las sanciones sea diferente según la clase de delito.

La diferencia en cuanto a la calidad de las penas se conserva en el proyecto de Ferri y en el nuevo C.P. colombiano, no obstante ser un resultado directo de la doctrina de Carrara sobre la fuerza física objetiva del delito a la que debe corresponder la fuerza física objetiva de la pena.

Ferri, para conservarla, dijo que la calidad del delito implica una calidad correspondiente en la sanción, donde implícitamente se dice que la razón de la pena es una razón de justicia

Conforme a la ley del talión se decía que

al que cometía un delito debía castigársele un bien correspondiente al afectado por el delito, y pueblos primitivos hubo que la aplicaban quitando al calumniador la lengua, al ladrón las manos, etc. procedimientos fundados en el error de creer que el criminal no era la personalidad íntegra del individuo, sino la parte de su organismo con que se verificaba el delito, pero que a pesar de todo lleva implícita la idea de que la justicia implica la privación de un bien igual al lesionado por el delito.

Dadas las ideas modernas y la importancia que en el patrimonio del hombre tiene la libertad, se ha establecido que la pena afecte principalmente la libertad, y por eso la pena típica es la prisión. En algunas legislaciones, especialmente en algunos tiempos, se ha conservado la pena de muerte para los delitos atroces.

Finalmente debe observarse que no puede aspirarse a establecer una equivalencia matemática entre el delito y la pena sino una equivalencia moral.

2°) En cuanto al fin u objeto de la pena, en derecho moderno se hace la distinción entre penas eliminatorias, y de enmienda y de intimidación.

3°) En cuanto a la cantidad de la pena, debe proporcionarse según la gravedad objetiva del delito, según la fuerza impulsora de la pasión criminal y según la temibilidad del delincuente.

Romagnosi antecesor de Lombros, sostuvo que el delito provenía de una fuerza impulsora que él llamó "spina criminosa" y que pena era la "contra-spina criminosa".

4°) En cuanto al grado de la pena, forzoso es dejarle al juez libertad de apreciación, para individualizar las penas atendiendo a cada caso y a cada delito.

CONDICIONES O CUALIDADES DE LAS PENAS/

Características fundamentales, - Por todo lo dicho anteriormente, las condiciones de las penas se han clasificado así:

- a) Desde el punto de vista de su fin;
- b) Desde el punto de vista de su legalidad
- c) Desde el punto de vista de su medida; y
- d) Desde el punto de vista de la imperfección de los juicios y de la posibilidad de errores judiciales.

a) desde el punto de vista de su fin, - la pena ha de ser ejemplarizadora o ejemplarizante, aflictiva y correccional o reformadora.

b) Desde el punto de vista de su legalidad. La pena debe ser legal, moral y personal. Legal es decir, que a nadie pueda imponerse una sanción que no esté predeterminada en la ley penal; - moral, porque de lo contrario la pena perdería su razón de ser; y personal, cosa que hoy nos parece obvia, pero en la historia del derecho penal se encuentran casos de penas aberrantes, que se aplicaban a los familiares o parientes del delincuente, cuando éste no se encontraba o no se podía castigar por cualquier causa. Desde luego es imposible evitar ciertos aspectos aberrantes de la pena; así por ej. vemos que una familia puede caer en miseria y padecer grandes sufrimientos y privaciones por el abandono en que queda al ir al padre a purgar un delito en la prisión

d) Desde el punto de vista de la imperfección de los juicios y de la posibilidad de errores judiciales, la pena debe ser remisible, es decir, que pueda hacerse cesar, y reparable y e en cuanto sea posible.

Huguenev enumera como características fundamentales de la pena su legalidad, su igualdad y su personalidad.

Diferentes clases de penas.- Podemos clasificar las penas en la siguiente forma:

- 1- Penas principales, accesorias, complementarias;
- 2- Penas privativas y restrictivas de la libertad;
- 3- Penas educativas, intimidativas, reformatorias, si consideramos su fin; y
- 4- Penas pecuniarias.

Estudiemos brevemente aunque sea, cada una de estas clases.

Primer grupo.- Las penas principales aplicables a los normales están enumeradas en el art. 41 del C.P. y son: presidio, prisión, arresto, confinamiento y multa.

La pena de presidio, según el art. 46 se cumplirá en una penitenciaría; y según el art. 44 se iniciará en todo caso con un aislamiento. La pena de prisión, de acuerdo con el art. 47 - deberá cumplirse en un establecimiento destinado al efecto o en una colonia agrícola especial. - La pena de arresto, de acuerdo con el art. 48 - deberá cumplirse en un establecimiento destinado al efecto. Dispone además el art. 43 que estas penas deben cumplirse bajo un régimen de aislamiento. La pena de confinamiento, según el art. 49. La de multa según el 50. Las penas accesorias son las que siguen necesariamente a la imposición de la pena principal, v.g. la supresión de derechos políticos es aneja a las de presidio y prisión. Por eso dice a el art. 58. El art. 42 del C.P. enumera las penas accesorias.- Se ha preguntado si la pérdida de los derechos o funciones públicas de que en esta disposición se habla es durante el termino de la condena o después de cumplida ésta, porque si es la primera se cumple de hecho. Y hay también penas complementarias, como la multa, en algunos casos - en que se impone además de la pena principal. - Pero es de advertir que en ocasiones el Código emplea la multa como principal.

Segundo grupo.- Las penas privativas y restrictivas de la libertad son el presidio, la prisión y el arresto. Ya vimos que su diferencia ción está en lo general en la clase y condición del trabajo que se impone al condenado.

El establecimiento de las penas privativas de la libertad es relativamente moderno. Antiguamente estas penas eran consideradas como simples medios preventivos, y eran preferidas las penas eliminadoras: penas de muerte y destierro, fuera del abandono de los delinquentes, practica do por los griegos.

El origen de la pena privativa de la liber tad se encuentra en la legislación canónica, que para los ometidos a su mandato, fijaba la reclusión por pecados o faltas más o menos graves, en cárceles especiales construidas cerca del monasterio, pero no anexas a él. Como había generalmente varios penados en cada convento, se dispensó que cada uno cumpliera su pena en una celda aparte. Este es el origen de la prisión celular, impuesta en ese tiempo a manera de penitencia, con la cual se buscaba la conversión voluntaria del penado y su enmienda j moral.

Los poderes civiles dueron copiando estas instituciones hasta que se hicieron las cárceles comunes. Estos establecimientos presentaban enormes defectos; en ellas se amontonaban delinquentes sin separación de ninguna clase, lo que trajo consigo el contagio moral e hizo que las cárceles se convirtieran en semilleros de nuevos delitos. Se revolvían delinquentes comunes con individuos sindicados por delitos políticos, su cedía el caso de gentes que desaparecían sin que se conociera su paradero, porque en ese entonces los juicios no eran públicos sino secretos; a unos se les encerraba en las cárceles para poderlos matar secretamente y a otros los sepultaban en esas cárceles para que fueran mu riendo lentamente.

Contra todo esto ya vimos la reacción -

del Barón de Howard de que atrás hicimos mención quien se dedicó a luchar por la reforma de las prisiones, y por la implantación de regímenes diferentes para procesados y condenados, abogando especialmente por el sistema celular que la Iglesia había establecido con magnífico resultado. A este respecto en la práctica se han ensayado varios sistemas entre los cuales se destacan los siguientes:

a) Sistema filadélfico o pensilvaniano.--- Este sistema también llamado sistema belga, por haber sido implantado en Bélgica a mediados del siglo pasado consiste en un aislamiento absoluto del penado, de día y de noche.

Partidario decidido de este sistema fue el Barón de Howard y Franklin regresó de Europa influenciado por esa idea y se propuso realizarla en el estado de Pensilvania. De aquí el nombre que lleva este sistema. Presenta este sistema tantas ventajas como desventajas; entre las primeras podemos anotar el hecho de que evita la contaminación inmoral de los penados y procura que el penado entre dentro de sí mismo, si pudiéramos decir, y se opere una mejor moral. Pero presenta también inconvenientes: así, no se puede decir que quede readaptado al medio social, un individuo que precisamente es segregado en absoluto de ese medio, y además se dijo que el aislamiento es bueno cuando es voluntario, pero que cuando es forzado, como es el caso de los penados, se traduce en rebeldía. Este sistema llegó a su ápice en las cárceles de Italia, en la prisión de Ergastel y dio pésimos resultados: los penados que podían se suicidaban, otros lo intentaban, y los más se volvían locos. Era que aquello era un verdadero tormento dantesco, especie de infierno, al punto de que se llegó a pedir en cambio, la restauración de lana de muerte.

Todo esto fue resultado de la aplicación de las teorías kantianas sobre la pena de expiación.

Raro que en la pena haya expiación, pero la cualidad afflictiva de la pena no va hasta desconocer todos los derechos hasta los más fundamentales del individuo, no hay derecho en el poder social para infligir tantos males. En Bélgica quisieron sustituir este sistema por la prisión celular clara, en esta forma la celda del penado da sobre un fardín pequeño en el cual en una enramada hay un pequeño taller para el trabajo. Así el penado ve la luz del día y tiene algo en qué ocuparse. Tiene además trato con tres personas: el director de la cárcel, el médico y el sacerdote. Este procedimiento sería admirable, pero resultaría costosísimo por la multitud de penados a que debe atender el Estado.

b) Sistema auburniano.- En vista de los resultados no muy satisfactorios del método pen silvaniano se reemplazó por el auburniano que consiste en el aislamiento nocturno combinado, quedando el trabajo diario en forma colectiva.

Presenta este sistema el inconveniente de la comunicación de los presos durante el día lo cual trae daños incalculables y el perfeccionamiento en el delito.

Concepción Arenales abogó mucho por el sistema de reunión durante el día pero en absoluto silencio, pero esto tiene el inconveniente de que es muy difícil de realizar.

c) Sistema inglés o irlandés. Este sistema progresivo que se funda en el principio de que el tratamiento de los presos debe hacerse por etapas: empieza necesariamente por el sistema celular, por un tiempo más o menos largo y luego, poco a poco se deja salir el penado a reunirse con los demás presos, pero siempre con aislamiento durante la noche.

Dentro de este sistema se crea el capital de bonos de conducta para remunerarle el trabajo diario al penado y estimularlo al buen manejo. Esos bonos tienen sus equivalentes en días de -

libertad, de manera que está en el propio pena do que por su buen comportamiento obtenga la disminución de su pena.

Posteriormente se ha perfeccionado el sistema remunerando con mayor número de bonos el trabajo aislado que el común. Muchos presos escogen el aislamiento para el trabajo y en ese caso dicho aislamiento sí produce sus buenos resultados porque es voluntario.

Dada la idiosincrasia especial del pueblo inglés, este sistema ha dado muy buenos resultados.

Entren nosotros por falta de establecimientos adecuados, se ha hecho confusión entre las diferentes penas privativas de la libertad cometiéndose así un grave injusticia, pues el código ha querido proporcionar la intensidad de la pena a la gravedad de los delitos.

Si la reforma material de las prisiones y establecimientos de corrección, no se hace, resultará inútil y aún contraproducente la reforma teórica. Nuestros presidios están mal organizados y mal dotados, sin locales adecuados, sin dirección técnica, con una promiscuidad abominable. La modificación de todo esto se impone; debe tenerse presente que para ser director de un establecimiento carcelario se necesita mejor preparación aún que para ser juez.

No debe olvidarse que la pena tiene tres etapas: la primera tal como está establecida en la ley y que corresponde al legislador; la segunda es la judicial o estudio hecho por el juez para su graduación; y la tercera que quizá es la más importante, que se cumple cuando el delincuente está ya en la prisión, donde debe quedar a órdenes de un cuerpo técnico que lo estudie y lo dirija dentro de esa progresividad tan interesante dentro del sistema inglés para procurar su enmienda moral y readaptación social. En ninguna parte se ha hablado del ha-

lago de la pena porque sería un contra sentido pero sí debe procurarse que el penado no pierda nunca el estímulo para así lograr mejor su reforma.

Estas son las penas privativas de la libertad. Como pena restrictiva de la libertad establece nuestro código el confinamiento, como ya lo vimos en el art. 49.

En Colombia se ha ensayado el sistema de las colonias penales, que el Dr. Gutierrez Gómez critica en su reciente libro. Pero conveniente y provechoso especialmente si se organiza con un método progresivo, más o menos en esta forma: toda condena de presidio o prisión empezará a cumplir en la penitenciaría con un aislamiento diurno y nocturno; luego se enviará al penado a la colonia en donde se procederá por grados: primero residirá y trabajará en la cárcel central de la colonia; más tarde podrá salir a trabajar en común, pero siempre vigilado y luego se le dejará salir durante el día para que se ocupe en el trabajo agrícola, que es el más libre, pero con la obligación de pernoctar en la cárcel. Posteriormente, inclusive se puede hacer una obra de penetración y colonización especialmente en las regiones fronterizas, con el aliciente para los penados de que se les haga la parcelación de las tierras. En esto habría que emplear personal técnico, y sin duda gastar dinero, pero al fin vendría a producirse un gran rendimiento.

En los sistemas europeos, especialmente en algunos países, existen dos penas especiales: - la deportación y la relagación. La primera es el destierro a un lugar indeterminado, y la segunda es un confinamiento en determinada región. - Esta última está bastante bien organizada y presenta la ventaja de resultar menos costosa que otras sistemas.

Tercer grupo.- Teóricamente hablando la clasificación de las penas según su finalidad -

pueden distinguirse penas educativas, intimidativas, reformatorias, de castigo y eliminatorias.

Respecto de las penas educativas puede decirse que constituyen una categoría autónoma, aplicables a los menores delincuentes, y entran más bien dentro de las medidas de seguridad que estudiaremos luego. Basta por ahora observar, que si bien, lo deseable es que todas las penas tiendan a ser educativas, este carácter debe predominar en las sanciones que se imponen a los delincuentes menores edad.

En cuanto a las penas intimidativas podemos distinguir tres grupos principales: las que afectan la libertad personal, las corporales y las morales. Entre las primeras se encuentra la prisión de corta duración, que suelen imponer las autoridades policivas. Son de intimidación porque durante tan corto tiempo no pueden ser sometidos los penados a un régimen riguroso ni a trabajos forzados. Estas penas tienden a desaparecer en Europa, y se les ha querido eliminar porque durante el invierno, debido a la dureza del clima, se cometen muchas infracciones con el exclusivo fin de obtener calefacción en la cárcel durante el invierno y en verano para permanecer resguardados de los rigores del calor. Aquí se ha dado también el caso de individuos que cometen infracciones para tener comida en la cárcel, y convertirla en lugar de citas y hasta de agradable tertulia, y al calor de ella planear nuevos delitos.

Son de peso estas razones, que se aducen contra la prisión de corta duración, pero las penas con que se ha querido sustituir esta especie de pena, no llenan los fines de la intimidación. Si se sustituye por multa, el que tiene con qué la paga, y como la multa no se considera afrentosa, la pena pierde su carácter intimidativo. La gente reputa, que la sociedad estima menos al multado que al penado en una cárcel.

Las penas corporales, o sea aquellas que

afectan al cuerpo, como los azotes, baño frío, etc. puede decirse que han desaparecido en los sistemas modernos de penalidad. Por lo que hace a las penas reformadoras o de castigo, nada hay que agregar a lo dicho al tratar de las penas privativas y restrictivas de la libertad.

Las penas morales consisten en privación de ciertos derechos por tiempo más o menos largo o a perpetuidad, la prohibición de ejercer determinada profesión o arte.

Por lo que hace a las penas reformadoras o de castigo, nada hay que agregar fuera de lo dicho al tratar de las penas privativas o restrictivas de la libertad.

Las penas eliminatorias son las penas de muerte y el destierro. Al respecto solo cabe anotar que en el proyecto de nuestro actual código penal figuraba la pena de destierro para los denominados por Ferri delincuentes políticos sociales, pero luego, en la ley fue eliminado por razones muy valederas, entre otras el peligro que entrañaría en un país como el nuestro, de pasiones políticas tan vehementes, y la posibilidad de que como en otras épocas, el ejecutivo tomara esta atribución. Igualmente quedó eliminada la categoría de delincuentes político-sociales.

Cuarto Grupo.- Las penas pecuniarias son las multas que se imponen a favor del tesoro nacional. Ya vimos que el art. 50 del código las define como la obligación de pagar al tesoro nacional una suma no menor de dos pesos ni mayor de cinco mil proporcionada a las condiciones económicas del condenado y a la gravedad de la infracción.

Las penas pecuniarias, que ordinariamente se aplican como accesorias o complementarias, en ocasiones se aplican también como principales.

Respecto de la confiscación, el art. 59 del Código, conservando la tradición penal del país dice: (léase). A pesar de que la Constitución prohíbe la confiscación no parece que haya alguien que acuse este artículo como inconstitución, porque el principio que consagra es algo muy racional. En el antiguo C.P. existía la pena de la confiscación de la cuarta parte del patrimonio, aplicable en los delitos de falsificación de moneda.

Fuera de lo dicho hasta aquí hay algunas otras disposiciones del C.P. que requieren un análisis especial: en todos los C.P. de el legislador busca proporcionar la pena al delito, de tal manera que a mayor delito, corresponda mayor pena y viceversa; pero como el criterio de la duración será insuficiente, se ha adoptado el sistema de la intensidad de las penas. Por eso el C.P. en su art. 41 establece diferentes penas privativas de la libertad cuyo estudio y análisis ya hicimos. Por eso se ha dicho que si en el hecho no se hace diferencia en la manera de cumplir las penas, se cometerá una grave injusticia, pues el C.P. ha querido establecer distinción, castigando los delitos según la categoría que asigne a cada uno de ellos.

Ahora bien el art. 45 debe leerse. Se pregunta qué objeto tiene este art. Con él quiso el legislador obligarse a sí mismo, para no traspasar sus límites en la parte especial, al tratar de cada delito? Si esa fue la finalidad del artículo, es inocua e innecesaria, pues podría atenderse al desarrollo de la idea en la parte especial sin necesidad de un precepto expreso, previo.

Además, si el legislador quiso imponerse esa norma, falta a ella en la parte especial del C.P. Así por ej. el art. 254. Y lo mismo puede anotarse de otras muchas disposiciones, principalmente de las referentes a la reincidencia.

Respecto de la reincidencia los problemas que en la práctica se le presentan al juez para la aplicación de lo dispuesto por el art. 45 son estos: como ya lo vimos en las disposiciones sobre reincidencia y concurso de delitos se contempla el caso en que hayan de juzgarse varios delitos cometidos separada o conjuntamente y se ordena aplicar la sanción correspondiente al delito más grave aumentada hasta en la mitad o hasta en otro tanto.

Supongamos entonces que el delito más grave está castigado con ocho años de presidio, y que solo concurren circunstancias de mayor peligrosidad, por lo cual hay que aplicar la sanción máxima. El juez entonces o lo juzga conforme a las disposiciones sobre reincidencia y concurso de delitos, y en consecuencia dobla la sanción, con lo cual pasa el límite señalado por el art. 45, o aplica esta última disposición y no duplica la pena.

Según las reglas generales de hermenéutica en materia penal, en caso de contradicción hay que imponer la más benigna al condenado. Pero puede pensarse también en esta otra interpretación: el art. 45 es una disposición aplicable tratándose de la pena para un solo delito, pero no para el caso de varios delitos. Para este último rigen las disposiciones sobre reincidencias y concurso de delitos.

De las medidas de seguridad.- Se llaman medidas de seguridad, las sanciones que se imponen a los delinquentes menores de edad, o a los que sufren de una anomalía psíquica o de una intoxicación crónica. Son pues, de dos clases: las aplicables a los anormales y las aplicables a los menores de edad. Las primeras, de acuerdo con el art. 61 del C.P., son la retención en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial la libertad vigilada, el trabajo obligatorio en obras o empresas públicas y la obligación de concurrir a determinados lugares públicos, medidas todas extractadas de los arts. 62 a 68 inclusive.

Acerca de los delincuentes que sufren de anomalías psíquicas ya hemos dicho en otras ocasiones. El problema está en la falta de clínicas especiales para su reclusión y tratamiento o a los menos de departamentos especiales dentro de los manicomios comunes. Mientras tales obras no se hagan, todas estas disposiciones no serán más que simple teoría. Respecto de los menores de catorce años, los de catorce a diez y ocho y los que pasan de diez y ocho. Estos últimos no están sometidos al juez de menores sino al ordinario.

Para los dos primeras categorías se aplican, en general, la libertad vigilada, la reclusión en una escuela de trabajo o en un reformatorio de conformidad con lo dispuesto en los arts. 61, 69 y 72 del C.P. Además según el 70.

Pero en tratándose de los menores de catorce años del C.P. distingue entre los que están moralmente abandonados y los que no lo están. A estos últimos se refiere el art. 69.

Qué se entiende por libertad vigilada? - Tanto para los enfermos de la mente y los intoxicados, como para los menores de edad, nos lo dice la disposición del art. 67. Pero debe observarse, que si bien esta institución es muy buena en países bien organizados, como Bélgica o Suiza, entre nosotros se ha quedado en el campo de la pura teoría. Todas estas medidas aplicadas a los menores de edad tienen un carácter educativo.

Desde un punto de vista, no penal sino criminal propiamente dicho, es decir, para el criminalista que estudia las razones y causas del crimen, los dos problemas principales, especialmente en nuestro país, son el alcoholismo como factor de delincuencia y los menores delincuentes.

Es natural que la sociedad se preocupe por reeducar a todo criminal, pero desgraciadamente demuestra que, con la mayoría de ellos,-

nada o casi nada se obtiene; de manera que el trabajo fructuoso de la sociedad para disminuir la criminalidad es el de segarla en sus propias fuentes y especialmente en los delincuentes menores de edad. Desgraciadamente esta labor es difícil de realizar tanto por la incomprensión social acerca de estos problemas, como por la falta de personal, técnico que ella requiere. El país tiene la obligación de preparar un personal técnico para los juzgados de menores, con estudios de especialización, inclusive médica y pedagógica, entre individuos de decidida vocación. Ha de tenerse en cuenta, en todo esto, que la labor del juez de menores no debe llenarse únicamente sobre los expedientes sino que debe desempeñar la misión de un verdadero padre de familia y tratar a estos delincuentes por métodos educativos. También debe ser especializado el personal que maneje y dirija los reformatorios para que no se conviertan de casas de corrección en casas de corrupción, que es lo que aquí ha sucedido, y deben hacerse las construcciones necesarias, las clínicas y reformatorios adecuados, las escuelas de trabajo, de que el país carece en absoluto.

Todas estas disposiciones teóricas, no importan mucho. Lo que interesa, es que haya jueces buenos y buenos reformatorios y que el país reaccione contra ese complejo psicológico de indiferencia y escepticismo hacia estos problemas que no son solo de justicia sino de humanidad.

Condena y libertad condicionales- Perdón judicial.-

La condena condicional consiste en que cuando se trata de un delito por el cual no se impongan más de tres años de arresto o dos años de prisión, el juez debe dictar la sentencia correspondiente, pero no hacerla efectiva durante un periodo de prueba de dos a cinco años, al cabo de los cuales la condena se extingue definitivamente, siempre que el condenado no haya incurrido en un nuevo delito y no haya

violado los deberes que se le impusieron.

En el caso contrario se ejecutará inmediatamente la sentencia, más la pena correspondiente a las nuevas infracciones. Art. 80-81 y 82½

La libertad condicional- Consiste en que el condenado a las penas de prisión o arresto, no menores dos años, o a la pena de presidio, cuando haya cumplido las tres cuartas partes, el juez puede, por su buena conducta, eximirlo del resto de la condena, sometiéndolo a un período de prueba que comprenderá el tiempo que le falte para cumplir la condena, y hasta una tercera parte, transcurrido el cual sin que el condenado incurriere en un nuevo delito o violación de los deberes que se le hubieren impuesto, la liberación se tendrá por definitiva.

En el caso contrario se le revocará la liberación condicional y se le hará efectivo el resto de la pena que haya faltado por cumplir Arts. 85, 86, 87 y 88.

El perdón judicial consiste en prescindir de aplicar al responsable de un delito, la sanción correspondiente, habida cuenta de las condiciones personales del agente y de la poca gravedad del hecho, art. 91.

La diferencia fundamental entre la condena y libertad condicionales, consiste en que la libertad condicional se concede al que ha cumplido una parte de la condena, mientras que en la condena condicional no se cumple nada de ésta. Y ambas se diferencian del perdón judicial, en que en este no hay condena. Coinciden las tres instituciones en que la aplicación de cualquiera de ellas es facultativa del juez. En todas ellas puede el juez imponer la caución de buena conducta, y la obligación de reparar los daños causados por el delito. La institución de la libertad condicional, equivale a la llamada antiguamente rebaja de pena, derivada del derecho de gracia que antiguamente se reservaban los monarcas.

La gracia como institución en el derecho penal es muy discutible; por una parte, dada la facilidad de errores judiciales y la rectificación de las ciencias penales muy razonable que se deje este medio de escape; pero por otro lado, tal institución le quita fuerza y seriedad a la justicia.

Esto dentro de la teoría clásica. Según la doctrina positivista ante la peligrosidad del delincuente, la gracia no tiene razón de ser.

Requisitos para la aplicación de la condena condicional.

Según el art. 80, los requisitos que se exigen para que el juez pueda aplicar la condena condicional, son:

- a) que sobre el procesado no haya recaído ninguna condena por delito;
- b) que su conducta anterior haya sido siempre buena; y
- c) que su personalidad, la naturaleza y modalidades del hecho delictuoso, y los motivos determinantes, den al juez la convicción de que el individuo que va a gozar de este beneficio, no es peligroso para la sociedad. ni va a delinquir.

Llama la atención la diferencia que la ley ha establecido entre los antecedentes de mala conducta por condenación y los antecedentes de mala conducta sin condenación. Se ha hablado mucho al rededor de esto, preguntándose porque, con qué derecho, el legislador toma en cuenta la conducta privada del presente delincuente, es decir, su conducta moral.

La mala conducta anterior del individuo será moral o jurídica? Por lo que hace a nuestro código según se desprende de los requisitos atrás enumerados, se entiende por mala conducta aquella que tiene el individuo que ha incurrido anteriormente en condenaciones, como también la del que lleva una vida desocupada,-

viciosa, etc. aunque no haya habido condena. Se exige, pues, buen pasado jurídico y moral.

En cuanto al tercer requisito, se trata de uno de los fundamentos esenciales del sistema del código; solo ha de observarse que es muy difícil exigirle convicción al juez de que el individuo no es peligroso y no volverá a delinquir. Más lógicamente debería hablarse de presunción.

Requisitos para la aplicación de la libertad condicional.

A estos requisitos se refiere el art. 85. Parece que este es un punto de transición que han querido poner los autores del código para llegar a la institución de la sentencia a tiempo indeterminado. La intervención del A. del M. P. en el fondo viene a constituir una condena a tiempo relativamente indeterminado.

La condena sería a tiempo absolutamente indeterminado, si el juez dijera, tratándose del delito de homicidio, condeno a X a cumplir de ocho a catorce años de presidio; y sería a tiempo relativamente indeterminado, si el juez dijera, lo condeno a cumplir de ocho a catorce años de presidio rebajables de acuerdo con el art. 85 del C.P. el art. 89 establece una limitación interesante.

Es de observarse que mientras para la aplicación de la condena condicional el código exige que la pena no sea mayor de tres años de arresto o dos años de prisión, por el contrario para conceder la libertad condicional requiere que la pena sea mayor de dos años de presidio. La razón de esto, está en que tanto la uno como la otra, se han establecido para evitar el cumplimiento de las penas de corta duración, pues la práctica ha demostrado que ellas producen efectos muy nocivos en el penado. Por eso la condena condicional es aplicable en las penas

menores de dos años. Con la libertad condicional sucede lo contrario, porque se supone que lo cumplido de la condena es suficiente para - cumplir efectos benéficos en el condenado.

Para el perdón judicial no se establecen reglas generales, sino que el código nos remite a la parte especial, donde lo establece para algunos delitos. Art. 190, 195, 346, 382 y 389

De la ejecución de las sentencias y sus consecuencias.

Art. 92 Uno de los puntos a los cuales atribuyó Ferri más importancia a la reforma penal por él preconizada, fue la indemnización de las víctimas por los perjuicios causados por el delito.

En la antigua legislación se establecía que en todo delito, de que resultaren daños o perjuicios contra personas naturales o jurídicas habría lugar a la indemnización correspondiente; y el código Judicial de ese entonces disponía que en toda causa judicial en ese entonces disponía que en toda causa judicial en que hubiera perjuicios éstos debían evaluarse por medio de peritos aunque la víctima no se presentase a reclamar la indemnización. Las reformas que se introdujeron el año 15 en adelante abolieron la oficiosidad en ésta materia. Luego, Ferri, como ya se dijo, hizo una materia especial de esta indemnización y por eso, tanto en su proyecto como en actual código penal es punto de los que más dedestacan.

Críticos del proyecto de Ferri, tan imparciales como Colin dicen que en cuanto a la indemnización de perjuicios, el proyecto de Ferri es una obra maestra; y aún más: Colin llega a afirmar que si bien no es deseable que en otros países se adoptara este proyecto si debían hacerlo en materia de indemnización de perjuicios.

Pero se pregunta porqué Ferri atribuyó -

tanta importancia a la indemnización de perjuicios. No hay que repetir que el fundamento que Ferri da a las sanciones es defensivo, que las considera como medidas de defensa social.

Pero Ferri pide que se establezca la indemnización de perjuicios como una sanción reparatoria, donde se ve que el mismo Ferri y sus seguidores echaron de menos en el código penal el sentido de reparación en la pena, esto es, el sentido de justicia y quisieron reparar con la indemnización de perjuicios; que éste fue el pensamiento de Ferri, está dicho por él mismo en su exposición de motivos del proyecto; lo afirma Stefani en el concepto que al respecto rindió y se traduce de las mismas disposiciones del proyecto de Ferri y de nuestro actual Código Penal, a saber;

Se reconoce en el código la posibilidad de la indemnización de perjuicios no solo materiales sino morales causados por el delito. Se da al ofendido, a sus parientes, la facultad de demandar esa indemnización. Se atribuye enfáticamente o mejor, se impone al A. del M.P. la obligación de promover la acción correspondiente. Al mismo juez y al funcionario de instrucción se les impone el procedimiento de oficio en la práctica de las diligencias que la hagan efectiva.

Por lo demás el legislador trata de garantizarla con sanciones morales y compulsivas. Con las primeras, pues tanto la condena y la libertad condicionales como el perdón judicial se condicionan a la circunstancia de que el reo pague, o haga todo lo posible por pagar la indemnización de los perjuicios causados. Por la segunda, porque el juez o funcionario de instrucción, en los delitos castigados con pena de presidio o prisión al dictar el auto de detención preventiva deben ordenar el embargo de bienes en cantidad suficiente para responder de los daños, sin perjuicio de que más tarde la parte interesada haga concretar ese embargo.

Quiere Ferri, pues, que haya siempre - una pena retributiva de la justicia al lado - de la defensa social. Para los que no profesan el criterio de la defensa social hay que hacer una distinción entre la pena de carácter público y la indemnización de perjuicios de carácter privado.

El delito debe dar lugar a acción pública siempre; por excepción puede adelantarse - por acción privada. Antiguamente la parte interesada desistía y el juez tenía que suspender el procedimiento. Actualmente rige un sistema híbrido: en lo general el delito da lugar a acción de juicio pero hay caso en que se requiere la petición o querrela de parte, siguiendo luego la acción de oficio. Solo en algunos casos se acepta el desistimiento, en otros no.

Siendo el delito una ofensa pública, produciendo siempre un daño social, debe dar origen a acción pública. Por excepción se exige la querrela o petición de parte por una de - dos razones: o por que solo el perjudicado sabe si se ha o no cometido el delito; como por ejemplo en el delito de calumnia, o cuando de la acción pública se derivan daños más graves y una intranquilidad social mayor que del no castigo del delito, v.g. en los delitos contra el honor.

El querellante puede desistir de la acción, y como dijimos antes, solo en algunos casos se acepta. Esto plantea varios problemas. Si hay varios querellantes y uno de ellos desiste se produce el mismo resultado que si desistieran todos? nó...

Se necesita que el desistimiento sea - unánime. A la inversa: si son varios los acusados puede el querellante desistir respecto de uno solo y dejar vigente su acción respecto de los otros? Lo más aconsejable sería que desistiera totalmente o dejar en libertad al juez para decidir contra quienes debe prosperar la acción y contra quienes nó.

Aún cuando hay una reacción contra el método exegético de interpretación de las leyes, no es posible prescindir de saber cuál es la intención de sus autores para mejor comprenderla y aplicarla. Y en esto de la indemnización de perjuicios Ferri pensó que no debía ser una medida estrictamente civil sino que debía ser además una pena o medida de justicia.

Notari Stefani llega a afirmar que esta indemnización constituía una especie de membra de la libertad a que quedaba sometido el delincuente. A este respecto hay que reconocer que la indemnización tiene un doble carácter: por una parte, es una sanción reparadora, pero también es una obligación civil. Los delitos según el código civil son fuentes de obligaciones

Si se toma la indemnización como una obligación privada no tenía nada que ver la fijación con la pena principal; si se toma como sanción pública sí debe condicionarse y modificarse de igual forma a la pena principal.

Pero tratándose de una sanción que nuestro código, traicionando el pensamiento de Ferri, pone como accesoria, y a la cual se le da un carácter predominantemente civil, no le afectan las circunstancias de la condena condicional, la libertad condicional, el perdón judicial, ni siquiera el que el hecho se hubiera cometido en estado de ira o de intenso dolor.

Extinción de la acción y de la condena penales

Tres son las causas de la extinción de la acción y de la condena penal, a saber: la muerte del procesado, el desistimiento y la prescripción.

La muerte del procesado extingue la acción penal, Como también los efectos de la sentencia y todas las consecuencias penales de la condenación, excepto lo relacionado con la indemnización de perjuicios. art. 100.

El desistimiento de la parte agraviada

También extingue la acción y la condena penales en los casos en que se requiere petición o querrela de parte para proceder a la investigación, pero es necesario que el ofendido acepte el desistimiento. art. 102. Los casos que se requieren para la querrela son los de los arts. 280, - 231, 347, 356, 381, 418.

La prescripción también es causa de extinción de la acción y condena penales, art. 104

Art. 105. Es decir pasado el tiempo señalado en esta disposición, según el caso, se extingue el derecho de proseguir las diligencias sumarias o de enjuiciamiento que contra el reo se adelanten.

La prescripción de la acción empezará a correr desde el día de la consumación del delito, y si se trata de tentativas o de delitos continuados, desde el día en que se verificó el último acto. art. 106.

De acuerdo con el art. 108 Es decir que pasado el tiempo señalado en esta disposición, según el caso, se extingue el derecho de hacer efectivo el cumplimiento de la condena dictada en tiempo oportuno. Art. 109 y también estudíese el 101. Se interrumpe la prescripción de la sanción cuando el condenado es aprehendido en virtud de la sentencia, o si reíndide mientras la prescripción esté corriendo, art. 110 y 105.

El fundamento de la prescripción tanto de la acción penal como de la pena, es el mismo. - En primer lugar, no es posible mantener indefinidamente una situación de incertidumbre; en segundo lugar, hay pruebas que si no se recogen en cierto tiempo, desaparecen, y será injusto hacer efectiva la acción penal una vez que han podido desaparecer los medios de defensa del acusado.

El positivismo ha sido adversario de la prescripción en materia penal diciendo que por

ese medio el reo que logra burlar a la justicia resulta el más favorecido. Por eso solo propone en la prescripción que sea en ciertos casos, con ciertos requisitos y solo para los reos que en ten menor peligrosidad, que no sean reincidentes etc. Aun cuando en mucho tengan razón los positivistas, parecen lo más acertado establecer - una norma general al respecto, como lo ha hecho nuestro código, art. 113.

Finalmente la extinción de la responsabilidad proveniente de una infracción, se regirá por el C.C. art. 101 del C. P.

ESTUDIO DE LA PARTE ESPECIAL DEL CODIGO PENAL

El Derecho penal especial es el estudio de delito en particular~~es~~.

* Algunos tratadistas, como Florian y el ilus-
* tre criminalista colombiano Arceño Aragón, los
separan en tres categorías: Delitos contra el es-
tado, contra las personas y contra el Patrimonio
si bien esta última categoría puede considerarse
comprendida dentro de la segunda, pues en reali-
dad se trata de delitos contra uno de los dere-
chos de las personas.

* Dice Florian: aun cuando la división de -
los delitos puede obedecer a diferentes criteri-
os y ser mas o menos arbitraria, dos de esos cri-
terios predominan: el uno que atiende a la natu-
raleza del bien jurídico afectado y el otro que
atiende a la persona física o de derecho, que su-
fre el atentado del delito. Con este último cri-
terio es como se han dividido los delitos en de-
litos contra el estado y contra los particulares

Pero no hay que olvidar que el delito es -
fundamentalmente un hecho antisocial y que como
tal puede causar dos especies de daños: el daño
inmediato y el daño mediato, o mejor, el indivi-
dual y el social, o este último, únicamente.

Puede haber daño social sin que haya daño
individual. Pero en todo caso un delito que cau-
se un daño individual causa también un daño so-
cial. El que da muerte injustamente a otro no so-
lo vulnera un derecho individual sino que comete
un atentado contra el orden jurídico general y -
lo mismo puede decirse del ladrón, del calumnia-
dor. etc.

Pero hay delitos que atentan directamente
contra la existencia de la sociedad. En todas las
sociedades existe una plaga de delincuentes que
si bien son un motivo de intranquilidad social -
no atentan contra la existencia de la sociedad.-
En cambio, como ya lo dijimos, hay delitos que -

* Florian

* Arceño Aragón -

atentan específica y fundamentalmente contra las condiciones mismas de la existencia de la sociedad. De ahí que en la división de los delitos la primera categoría sea la de delitos contra el estado.

Nosotros, cualquiera que sea el criterio que los tratadistas tengan acerca de la división de los delitos, tenemos que partir de un hecho práctico cual es la división que establece el nuevo código penal. En él podemos distinguir, en general los delitos contra el estado del Tit. I al X, y los delitos que afectan a determinados derechos de las personas de los Tít. XI al XVI.

Pero se ven numerosos casos de interferencia entre el derecho violado y la persona titular del derecho y aun con la calidad de la persona que delinque. Ejemplo de lo primero es v.g. el homicidio cometido en un empleado público por razón del ejercicio de sus funciones pues, además de vulnerar el derecho individual es un atentado contra el Estado. Ejemplo de lo segundo es g v.g la detención arbitraria. Específicamente este delito no puede cometerlo sino el funcionario público que tiene autoridad y es un delito que si bien está en el título de los delitos contra las personas, ya que afecta la libertad, se encuentra también como delito contra el estado, pues entre estos está el del funcionario público que abusa de sus funciones.

La separación, pues, entre estas dos categorías de delitos no puede ser absoluta, lo cual es consecuencia de que el delito es siempre una ofensa social.

PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LOS DELITOS/.

Desde Beccaría, quien lo enunció por primera vez, se ha repetido con insistencia el principio de que no puede considerarse delito sino el hecho contemplado concretamente como tal en el Código Penal.

Por esto en el viejo código se definía el

① - Es garantía para el delincuente y para el no delincuente -

Pues no se puede castigar a quien no ha violado la ley penal -
y no se puede castigar sino en la medida en que está previsto en la ley penal, pero no más severamente -

delito como "la voluntaria y maliciosa violación de la ley penal, por la cual se incurre en una pena" Esta definición era criticada diciendo que no es cierto que el delito sea la violación de la ley penal, puesto que, por ej., la ley penal no prohíbe en ninguna parte dar muerte a otro, y sin embargo al que esto hace se le castiga. Crítica a la que Merker contesta diciendo que impañ citan ante se prohíbe un hecho cuando por su ejecución se impone una sanción.

Lo que acabamos de decir nos sirve de premisa para llegar a esto: dice Ferri que dentro del sistema de la defensa social él no comprende bien el principio de la legalidad de los delitos en el sentido de que para castigar un hecho sea menester que esté previsto en la ley penal. Y da como razón el hecho de que el criminal no se fija nunca en la pena para luego violarla. Pero a este ingeniosa razón hay que oponer un motivo fundamental en el sentido de sostener el principio de la legalidad de los delitos.

(1) La regla fundamental de la vida humana es la libertad, de manera que el ciudadano puede hacer todo lo que la ley no le prohíba. De ahí el principio constitucional según el cual los particulares solo son responsables por la infracción de la constitución y de las leyes, y los empleados, públicos, lo son además, por el abuso o la omisión en el ejercicio de sus funciones. Lo cual quiere decir que mientras el ciudadano no viole la constitución y las leyes es libre. Por eso dijo alguno que "el código penal no era solo una amenaza sino una promesa" en el sentido de que lo que en él no previsto esté no puede castigarse.

En los regímenes despóticos jamás se ha practicado el sistema de la legalidad de los delitos. Dentro de ellos se han creado delitos ex post facto y se han inventado penas que no estaban en el catálogo de las sanciones.

El sistema de la legalidad de los delitos corre parejas con el sistema de la libertad polí

tica, hasta el punto de que se puede decir que hay un derecho y un sistema penal para los países que gozan de libertad política y otro para los países totalitarios. En Colombia hasta ahora ha regido y el principio de la legalidad de los delitos, principio que está muy claramente garantizado en el nuevo código, tanto en la disposición del art. 1, como en el 11.

PRINCIPIO DE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY MAS -
BENIGNA.

Es este otro de los principios fundamentales en materia penal. Si cometido un delito, una ley posterior lo castiga menos fuerte que la ley bajo cuya vigencia se cometió, la ley posterior se aplicará de preferencia. La razón de esto es la siguiente: una de las condiciones esenciales de la ley penal es la promulgación. Nuestro código penal actual, por ej. no estaba promulgado hace cuatro años, por tanto, quien haya cometido un hecho que en ese entonces no estuviera catalogado como delito y ahora sí, no podría ser castigado, la ley no estaba promulgada.

Igualmente, si el hecho era entonces punible y hoy no lo es, tampoco puede ser castigado su autor, pues se considera que el legislador juzgó más justo y jurídico suprimir tal hecho como delito.

Y lo mismo cabe decir de la ley permisiva posterior: es más justo y jurídico aplicarla de preferencia a la ley anterior. Y no puede alegarse aquí la razón de su falta de promulgación al cometerse el hecho, porque no repugna que a uno lo favorezca una ley no promulgada. La regla general que domina el criterio en el derecho penal es que "lo favorable al reo debe ampliarse y lo odioso restringirse", y de que en caso de duda debe estarse a la interpretación más benigna. (Indubio pro reo).

(In dubio pro reo)

Tenemos pues, dos principios fundamenta-

les en materia penal; el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, y el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna.

El código penal antiguo era sumámente - casuístico; al contemplar una especie de delito consideraba numerosos casos concretos a los cuales debía atenerse el juez. Hemos ganado con la desaparición del casuismo en el nuevo código. Ahora lo que se necesitan son jueces que entiendan y puedan aplicar bien estas disposiciones.

El casuismo presenta la ventaja de que es una mayor garantía para la libertad individual. Pero tiene al mismo tiempo la desventaja de que es burlado por los delincuentes astutos y afortunados de que nos habla Ferri. Es preferible el sistema nuevo, sin ceder por ello un ápice en el principio de la legalidad de los delitos

* DELITOS CONTRA EL ESTADO: El Dr. Aragón propone la siguiente clasificación de los delitos contra el estado:

1) Delitos contra la independencia nacional, la seguridad exterior y las relaciones internacionales, entre los cuales hay que distinguir los cometidos en tiempo de paz y los cometidos en tiempo de guerra.

2) Delitos contra el régimen interno, que comprenden a su vez los delitos políticos y político-sociales y los delitos contra la actividad del estado (administración pública). Estos últimos pueden subdividirse así:

- a) Delitos contra la administración política.
- b) Delitos contra la administración económica, y
- c) Delitos contra la administración social.

Casi coincide esta clasificación con la

que hace el código.

En éste tenemos: Tít. I "Delitos contra la existencia y seguridad del Estado"; Tit. II "Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del estado"; Tit. III "Delitos contra la administración pública" Tít. IV " en adelante los que pudiéramos llamar delitos contra la sociedad.

T I T U L O I -

Delitos contra la existencia y la seguridad del Estado.

CAP. I.- Delitos de traición a la Patria.-

Si el delito es un atentado contra el orden jurídico, el más grave será el que atenta contra la sociedad a la cual se pertenece, y a más de los motivos de sentimiento y lealtad hacia la propia patria, hay motivos jurídicos para hacer p reprimir esta clase de delitos más fuertemente.

De ahí que en casi todos los códigos estos delitos están considerados en primer lugar dándose mayor preferencia a la traición en caso de guerra que afecte las fuerzas militares que sostienen la seguridad del Estado.

Estos delitos de tración a la Patria pueden ser de tres maneras: a) traición militar, b) traición diplomática y c) traición que pudiéramos llamar privada. Esta última es tan importante q en la que trae el código en el a art. 116.

Como ya lo vimos, el art. 45 fija el máximo de la pena de presidio en 24 años, y éste máximo es el que impone la ley en éste caso.- Considera, pues, que se trata de uno de los delitos más graves. Según el art. 116 el delito se puede cometer por uno de estos actos:

- m a) Acto para menoscabar la integridad territorial de la República.

- b) Actos para someterla en todo o en parte al dominio extranjero, y
- c) Actos para afectar su naturaleza de Estado soberano o para fraccionar la undad nacional.

Y el acto debe ser directamente a esos fines, pues, de lo contrario no es traición a la Patria. Y se necesita para incurrir en la pena de que trata la disposición, que haya dolo específico directo, ya que el art. empieza con estas palabras "el que con el propósito..."

a) De la traición militar.- Tratan los art. 117, 118 y 119, que prevén el caso de que un colombiano aun cuando hay perdido la calidad de nacional o el extranjero que deba obediencia a la nación, tome parte en hostilidades militares contra la Patria o se ponga al servicio del enemigo exterior en el caso de un conflicto armado, o lleve a cabo actos que tiendan directamente a provocar contra Colombia la guerra o las hostilidades de otra u otras naciones.

En el primero de estos artículos se trata de un delito formal, pues no se tienen en cuenta para castigarlo el resultado de los actos ejecutados. En cambio en el art. 118 se trata de un delito material, ya que para imponer la sanción en él fijada se necesita que "a consecuencia de los servicios prestadosl.."

b) Traición diplomática.- La prevé el Cód. en el art. 120. Ocurre preguntar si esta disposición será aplicable únicamente cuando se trate de relaciones diplomáticas o también en materias comerciales, v.g. en el caso de la celebración dolosa de un contrato perjudicial para la nación. La disposición trascrita parece limitarse a lo primero.

Del art. 121 en adelante contempla el código lo que pudiéramos llamar actos de espionaje.

En los actos de espionaje hay que contemplar un delito material y un delito formal: el segundo es el simple hecho de que sin autorización se persigan y obtengan secretos militares. El primero es el suministro de esos secretos con fines dolosos contra Colombia.

Desde luego, en tratándose de estos delitos no se pueden equiparar los nacionales y los extranjeros. En algunos países se ha llegado hasta considerar no punibles esta clase de actos o actividades de los extranjeros por ser ellas apenas naturales. Entre nosotros si se castigan: art. 117, 127.

En algunas de estas disposiciones expresamente se habla de los extranjeros que deban obediencia a Colombia. Otras principian con la expresión "El que.." es decir, que comprenden a todos, tanto colombianos como extranjeros. Y el art. 130 que debía estar colocado al final de este capítulo y no en el siguiente, se refiere a los extranjeros que no deban obediencia a Colombia.

En todos estos delitos también se puede incurrir por culpa o negligencia. Al hablar de ellos el Dr. Aragón dice que debe distinguirse si el país está en paz o en guerra y que pueden cometerse no solo por dolo sino también por culpa.

Con todo, según el art. 116 parece que estos últimos quedan excluidos, pues habla de "el que con el propósito..." es decir, con dolo. Pero en las otras disposiciones sí cabe la hipótesis de la culpa.

El capítulo que hemos estudiado se refiere a los actos que van directamente contra la seguridad del Estado. El capítulo II se refiere a actos similares pero ejecutados contra las naciones amigas de Colombia y que le pueden traer complicaciones internacionales. Las penas son por consiguiente menores.

TIT.

Cap. II.- Delitos contra el régimen constitucional y contra la seguridad interior del Estado

Estos delitos son de tres grados o géneros: a) Rebelión, b) Sedición, y c) Asonada.

a) La rebelión consiste en el alzamiento e en armas que se propone finalidades fundamentales respecto del régimen interno, v.g. derrocar al gobierno nacional legítimamente constituido, o cambiar o suspender en todo o en parte el régimen constitucional existente.." según lo dice el art. 139.

El Dr. Aragón dice de la rebelión que es un delito complejo y colectivo y que en él va envuelto el estado de guerra.

La mayoría de las legislaciones castigan el solo delito formal. Aquí esto quedó por fuera, pues sería muy peligroso.

b) La sedición es un alzamiento en armas que no persigue un cambio fundamental del régimen interno, sino un objetivo particular y concreto.

c) La asonada no es un alzamiento sino un motín o meeting con el propósito de intimidar o amenazar a alguna persona, corporación o autoridad.

El último inciso de este art. (144) prevee el caso de que con un motivo o pretexto de asonada se cometan otros delitos. Dice. Lo cual quiere decir o está haciendo ver que el legislador considera a los primeros como delitos políticos.

Respecto de los delitos políticos ha habido esta evolución en el derecho penal; en un principio se consideraron como los más graves y para ellos toda sanción parecía poca. Se hacía este razonamiento simplista pero contundente: entre un hombre que da muerte a otro en las peores condiciones de ferocidad, y un cabe

cilla de revolución que lleva la ruina, la desolación, y la muerte de todo un país, no puede haber comparación. Este último es el que puede atentar más gravemente contra la existencia y las condiciones fundamentales de paz y orden de una sociedad.

Vino luego una etapa de reacción, la que pudiéramos llamar romanticismo político, en que se considera que estos delitos, cuyos móviles son por lo general nobles y patrióticos aunque en ocasiones sean equivocados, no deben castigarse cruelmente. La nobleza del fin excusa el procedimiento, a lo que se agrega que sería moral aplicar la sanción penal según el resultado del acto y no según su inmoralidad o injusticia.

Este es un aspecto muy importante que explicana porque los códigos penales tratan estos delitos con relativa lenidad.

Pero hay delitos mixtos, es decir, tanto políticos como comunes, en los que se ve una grave perversidad y peligrosidad en el agente, cuyo resultado es el anarquismo y en los que predomina el elemento criminal, v.g. los atentados terroristas, los cuales deben estar sujetos al derecho común.

En el último capítulo de este título encontramos la disposición del art. 149. Se trata aquí de un delito formal que es muy peligroso poner en el código penal, pues es una cuestión de orden público de que sería mejor dejar al art. constitucional que la prevee.

Advierte el Dr. Aragón que en el proyecto de Rocco se encuentran disposiciones aplicables a quienes dentro del estado promuevan la formación de asociaciones que tiendan a imponer violentamente la dirección de una clase social sobre las otras o la perturbación violenta del orden jurídico, social o político. Estas disposiciones se echan de menos en nuestro código.

TIT. III.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA.

Es de observar ante todo, que si bien todos los delitos que este título enumera son contra la administración pública, no están todos los que son. Así, por ej. los delitos contra la administración de justicia, contra el sufragio, etc. son también delitos contra la administración pública.

Este título comprende ocho capítulos, que pueden formar tres grupos, así:

1) Delitos de lucro indebido por parte de los funcionarios públicos, que comprende el peculado, la concusión, el cohecho y las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.

2) Delitos de ejercicio indebido de la autoridad; prevaricato, abuso de autoridad y usurpación de funciones.

3) Delitos contra los funcionarios públicos.

Como ya lo dijimos, no quedaron todos los delitos contra la administración, pero puede decirse que están los que específicamente se consideran como tales, en cuanto son los cometidos por funcionarios públicos en razón o con pretexto del ejercicio de funciones públicas.

1) Delitos de lucro indebido por parte de los funcionarios públicos: Comprende este grupo los siguientes delitos:

a) El peculado que es el fraude cometido en los caudales públicos por los funcionarios que los manejan.

b) La concusión o extorsión indebida que hace un funcionario público contra los particulares aprovechándose de su empleo.

c) El cohecho que es la venta del funcio

naríos público en cuestiones relativas a sus -
funciones.

d) Las negociaciones incompatibles con -
el ejercicio de funciones públicas consiste en
que el funcionario se interese en provecho pro
prio, sea directo o indirectamente en cualquier
clase de contrato u operación en que deba in-
tervenir por razón de su cargo.

Cap. I del peculado.- Este delito consis-
te o mejor se ha considerado como uno de los -
más graves y repugnantes, hasta el punto de que
en Derecho Romano se castigaba con la pena de
la deportación y aun con la de muerte. Según l
las disposiciones de los art.s 150 a 155 del
C.P. el peculado puede cometerse en una de las
siguientes formas.

a) Dando el funcionario a los caudales o
efectos que administra una aplicación oficial,
pero diferente a aquella a que estaban destina-
dos (150). En este caso lo que hay más bien, -
es un fraude a la ley.

b) Haciendo el funcionario público uso i-
indebido de los caudales en cualquier forma -
pero reintegrandolos antes de que se inicie la
investigación (151).

Esto último va a tener que estudiarlo la
jurisprudencia en acuerdo con las disposiciones
que rigen sobre la Contraloría. Da la ley a los
visitadores de la contraloría verdaderos p̄de-
res de funcionarios de instrucción, de manera
que al practicar una visita a una oficina de ma-
nejo y encontrar irregularidades, puede orden-
narl la captura del empleado correspondiente, -
sellar las cajas de caudales. etc. lo cual ha-
ce surgir este problema: si en el momento de -
la visita un funcionario va a buscar el dinero
para reintegrarlo, se podrá decir que hay un -
reintegro después de iniciada la investigación
criminal? Parece que no sea así. En primer lu-

gar, porque para considerar iniciada la investigación se necesita un auto cabeza de proceso en que el funcionario de la contraloría no dicta. Y en segundo lugar, porque sería un sistema draconiano, especialmente tratándose de empleados no culpables, que no tuvieron el dinero a disposición en el momento de la visita, pero que al dárseles cuenta de la irregularidad pudieron inmediatamente subsanarla.

c) Haciendo el funcionario público uso indebido de los caudales, para efectos o negocios privados, sin reintegro. Se trata en estos casos de un fraude al fisco.

d) Por el extravío o pérdida de los caudales o efectos, debido a culpa del funcionario público, pero sin que este se les apropie (154)

Elementos de este delito: a) que lo cometa un funcionario público, encargado de la custodia, recaudo o administración de los caudales o efectos, pues si no los maneja el delito será otro.

b) Que se trate de caudales o efectos públicos u oficiales, o de fondos, rentas o efectos pertenecientes a un establecimiento de instrucción o beneficencia.

c) que el hecho, salvo el caso de culpa haya incurrido por fraude, nó por error.

Respecto del segundo de los elementos - conviene hacer algunas observaciones: en primer lugar, al hablar de la ley de caudales o efectos públicos, habrá querido comprender en general, todos los bienes muebles? A este respecto la aplicación tradicional que a esta disposición se ha dado tanto en nuestro país como en todos los demás, es concretándola a los dineros y otros caudales solamente.

En segundo lugar, hay que hacer aquí una

adición especial que trae el nuevo código en el art. 155. No dice el art. si se trata de establecimientos oficiales o privados o si al menos quiso referirse a aquellas instituciones que aunque de origen particular son de utilidad común y que la constitución coloca bajo la directa vigilancia del presidente de la República. Sí parece que esta disposición comprende a tales establecimientos, pues ella es la defensa no sólo contra el fraude sino contra el derroche y aun contra el descuido en el manejo de fondos que son sagrados.

Nos da este delito un ejemplo típico de lo que son los "cómplices necesarios". Supongamos el caso de que un particular robe los dineros públicos con ayuda de un funcionario de manejo. Habrá entonces peculado? Nó lo hay, porque una de las condiciones para que este delito exista es que lo cometa un funcionario público. En este caso se presenta la siguiente situación particular: el empleado público que facilita el hecho, será el autor, y el particular, que lo hizo efectivamente será el cómplice. Esto es que en los casos en que por carácter el agente de la calidad oficial necesaria para catalogar el hecho como peculado, se le considere como cómplice necesario de acuerdo con el art. 19 del C.P.

La Concusión.- Es la extorsión indebida que hace el funcionario público contra los particulares, aprovechándose de su empleo.

Tal extorsión puede hacerse por uno de estos tres medios:

a) Constriñendo o induciendo, por medio del abuso del cargo o de las funciones que se desempeñan a alguien a pagar un impuesto, contribución, emolumento, salario, rédito o renta que legalmente no se deba, en beneficio del fisco. Art. 159. 158

b) Recibiendo o reteniendo para sí o para otro, dineros o efectos que un tercero haya entregado por error. art. 159

c) Contriñendo o induciendo por medio del abuso del cargo a alguien a dar o prometer para el funcionario o para un tercero dinero u otra utilidad, art. 156

Este es el criterio estricto de este delito que nuestro código ampara pues, no se refiere solo a los funcionarios públicos, sino también a los embargados o administradores de un servicio público.

Elementos que constituyen este delito:a)- que lo ejecute un funcionario público o el encargo de un servicio público;

b) que el delito se cometa mediante el abuso de funciones, de lo contrario será estafa, u otro delito.

c) que el funcionario conozca la ilegalidad del cobro o que obre con animo de obtener - para si o para otro un provecho ilícito.

Cap. III.- Del cohecho.- Este delito es llamado también Venalidad, al decir el Dr. Concha, supone necesariamente dos actos distintos: el ofrecimiento por parte del sobornado y la - aceptación por parte del sobornado.

Este delito de corrupción de empleados - puede afectar una de dos formas:

La corrupción depravada, cuando el empleado vende su conciencia y recibe la dádiva, causando con ello un perjuicio injusto por omitir o retardar un acto propio del cargo para ejecutar uno contrario a los deberes oficiales art. 161.

La corrupción simple, cuando el empleado se vende y recibe la dádiva para llevar a cabo un acto que legalmente debe desempeñar en el de sempañio de sus funciones.

En el segundo caso se trata de un delito formal consistente en la venta de la conciencia del funcionario público, aun cuando sea por una justa.

Pero es característica de este delito el ánimo de lucro lo cual lo distingue del prevaricato que estudiaremos después.

Las dádivas o promesas deben hacerse de modo expreso, pues solo así quedará probada la venalidad. Pero puede hacerlas del corruptor a un tercero. 160.

Una forma general del delito de cohecho es la consagrada en el art. 165. La dádiva pues, puede ser hecha sin compromiso alguno por parte del funcionario. La ley ha querido con esto poner una valla, aun más extensa en defensa de la pulcritud del ejercicio de las funciones públicas.

El art. 162 de este capítulo contempla un delito que no encaja completamente dentro de la idea de cohecho. Se trata del funcionario o empleado público que al intervenir por razón de su cargo en la celebración de algún contrato o licitación pública, en la liquidación de efectos o en el suministro de los mismos, se concertare con los interesados o especuladores para obtener determinado resultado, o usare de cualquier maniobra o artificio conducente a ese fin, incurrirá en prisión de uno a 8 años. Pero es claro que hay casos en que para la ejecución de estos hechos por parte del funcionario puede no haber mediado oferta alguna y entonces faltaría uno de los elementos esenciales para que el delito de cohecho exista. Parece que esta disposición del art. 162 concuerda más bien con el capítulo sobre negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas.

Quizá el legislador pensó que en la mayoría de los casos tal oferta se presenta y por eso colocó esta disposición refiriéndose al cohecho.

Generalmente se cree que el delito de cohecho no se presenta sino en los funcionarios -

del órgano judicial del poder público, pero comprende también a todos los funcionarios administrativos, ya que en esta también se ventilan negocios de gran importancia con mucha frecuencia.

Y aun una vez desaparecido el casuismo - del viejo código, seguramente la jurisprudencia habrá de extender estas disposiciones a los funcionarios que no tienen funciones propiamente decisorias, como por ejemplo, a un diputado que reciba dádivas de sus electores.

Se pregunta qué delito habrá en el caso - de un funcionario que se deja cohechar y luego no cumple su compromiso? Algunos han pensado que en este caso se presenta una estafa o un abuso de confianza, pero lo que hay es que con la pérdida de lo que dió, recibe su merecido castigo el sobornador. Por lo demás, el cohecho, existe en este caso. De ahí que también se castigue, - como ya lo dijimos, el funcionario que vende su conciencia aun cuando sea para ejecutar actos - que legalmente le corresponde.

Cap. IV.- NEGOCIACIONES INCOMPATIBLES.-

Sanciona este cap. del Código el funcionario público, permanente o transitorio, que se interesa en provecho propio sea directa o indirectamente, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo.

Este delito, contemplado en el art. 167 se diferencia del cohecho art. 162, en que se refiere a intereses privados, mientras que este último se refiere a efectos o haberes públicos, disposición que, como ya lo anotamos, debería figurar más bien en este capítulo.

Este delito se castiga sin tener en cuenta el perjuicio efectivo, sino la mera indelicadeza y pueden ser reos de él no solo los empleados públicos sino también los peritos, árbitros, y administradores particulares, tutores y albaceas

Las razones para castigarlo son: primero,

que h tales hechos comprometen la imparcialidad del empleado público; segundo, que la ley quiere evitar que el funcionario se distraiga en cosa distinta del desempeño de sus funciones y que - perjudique a otros con una competencia desleal, merced a los datos que obtenga como autoridad. Y sobre todo, porque esto representa una falta de decoro en los funcionarios públicos, cuya - salvaguardia es el móvil principal de estas disposiciones, desgraciadamente demasiado leves.

2) DELITOS DEL EJERCICIO INDEBIDO DE LA U AUTORIDAD. - Comprende este grupo el prevaricato, el abuso de autoridad y la usurpación de funciones.

Cap. V. - Del Prevaricato. - Puede afectar una de dos formas: Positiva o Negativa. Los elementos constitutivos de la forma positivas son:

- a) que haya una sentencia, resolución o dictamen.
- b) contra la ley.
- c) expresa o manifiestamente injustos.
- d) dictada por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros.

Los elementos de la forma negativa son: -

a) que el funcionario rehuse, niegue o retarde un acto propio de sus funciones;

b) por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros.

El elemento predominante y común a las dos formas de prevaricato, es pues, el apasionamiento con que se juzga. Si hay intereses de lucro, y no pasión, el delito será cohecho. Pero, como la pasión es algo interno, es necesario que el ánimo apasionado se manifieste en actos externos contrarios a las leyes y expresa o manifiestamente injustos. Sin violación de la ley, el delito será teórico.

Pero como para que se pueda castigar por prevaricato no basta que la sentencia sea simple

mente l ilegal, porque entonces cada vez que un funcionario superior estuviera en desacuerdo con el inferior en la aplicación o interpretación d de una disposición legal, habr~~á~~a que castigar a este último por prevaricato.

El prevaricato se sanciona con pena de pri~~si~~ón. Pero si la sentencia prevaricadora se di~~ci~~ta en juicio criminal, la pena es de presidio y de mayor duración.

El código considera prevaricadores en el art. 169 a los funcionarios o empleados públicos que por iguales motivos y en perjuicio de terce~~ros~~os, asesoren o patrocinen a las personas que - ante ellos litiguen o gestionan, imponiéndoles una prisión de 6 meses a 3 años. Pero el art. - 179 contempla el mismo hecho aunque sin hablar de móviles ni perjuicios, cometidos por empleados del orden judicial o del ministerio público, en quienes es más grave el prevaricato y lo casti~~ga~~ga solo con arresto de un mes a un año. Hay pues una redundancia en el código que puede ser contraria a los intereses de la justicia.

El código penal de 1890 consideraba preva~~ric~~ricadores a los árbitros que fallaran por inte~~r~~rés, afecto o desafecto, a los jurados que fa~~lla~~llasen con notoria injusticia, a los peritos o partidores que abusaran de sus cargos por aquel~~l~~los móviles, y a los defensores o apoderados - que entraran en colusión con la contraparte.

En el nuevo código no se habla de los ju~~r~~rados, ni de los peritos y partidores pero dedi~~ca~~ca a los defensores y apoderados/los arts. 196 y 197 del capítulo de la colusión y otras infracci~~o~~ones cometidas por los apoderados y consejeros.

CAP. VI.- Del abuso de autoridad y otras in- fracciones.-

Es~~ta~~ este uno de los capítulos más importan~~tes~~tes por la frecuencia con que estos delitos e i~~n~~fracciones se comenten. El art. 171 reprime

la acción abusiva del ejercicio de funciones, es decir, el delito positivo. Y el art. 172 sofoca la omisión abusiva de tal ejercicio, o sea el delito negativo.

En cuanto al delito negativo la disposición citada léase: 174. En cuanto al delito positivo, léase: 172. Quiere pues el legislador que no queden por fuera de las sanciones legales las infracciones de los empleados públicos que están "fuera de los casos especialmente previstos como delitos" donde se ve la preocupación para que no quede i sin sanción ningún abuso.

Se puede decir que esta es una excepción en derecho penal en donde todo debe estar previsto. Siendo, por otra parte, muy bien que se exija el máximo de diligencia a los empleados públicos en el ejercicio de sus funciones.

El art. transcrito enuncia los elementos constitutivos:

- a) que el reo tenga calidad de funcionario público.
- b) que obre con ocasión de funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas;
- c) cometa o haga cometer un acto arbitrario
- d) O acto injusto que sea contra persona o contra propiedad.

La disposición que dice: "...cometa o haga cometer un acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad..." ha sido ya materia de discrepancia en la jurisprudencia. Das tesis hay acerca de su interpretación:

Crean unos que se necesita que el acto arbitrario redunde en perjuicio de una persona o propiedad para que pueda ser castigada. Opinan otros, con mayor acierto, que el legislador quiso reprimir a la vez el acto arbitrario en si, como delito formal, y el arbitrario puede ser justo o injusto, pero el legislador siempre quiere castigarlo.

La razón de esta segunda opinión es que -

el abuso de autoridad no se castiga por el perjuicio que cause sino por el desorden que produce en la marcha de la administración. El sistema de la delimitación de las funciones públicas es el eje en que giran el orden y la libertad, principios ambos indispensables para la vida y el desenvolvimiento de la sociedad.

En cuando al delito negativo, art. 172. - Establece, pues, esta disposición los siguientes elementos constitutivos:

- a) que se trate de un funcionario público
- b) que omita rehuse o retarde.
- c) un acto a que legalmente está obligado

Se comprenden en esta disposición las demoras imputables, la denegación de justicia, la repulsa a prestar la cooperación debida a otros funcionarios que la necesiten, etc. casos todos ellos que el código penal antiguo contemplaba - concretamente en diferentes artículos.

El art. 173 sanciona las infidencias públicas o privadas cometidas por los funcionarios públicos. En su primera parte contempla la disposición el delito formal e impone como sanción la privación del empleo y una multa de diez a quinientos pesos. En la segunda se refiere al delito material, diciendo: "si de tal hecho resultares..." Concuerda esta disposición con el art. 176, que considera también punible el funcionario público que utiliza en provecho propio o ajeno, inventos, descubrimientos científicos o nuevas aplicaciones industriales que conozcan por razón de su cargo.

Hay dos art. el 174 y el 175 que consideran también punible el funcionario, pero que están fuera de lugar, pues no tratan de abusos de autoridad sino de desidia o encubrimiento. Sanciones esas disposiciones al funcionario público que teniendo conocimiento de la comisión de un delito, cuya averiguación debe adelantarse de oficio, no lo denuncie a la autoridad compe-

tente (art. 174) o no adelantarse la investigación si es a él a quien corresponde. Es de advertir al respecto que aun cuando el funcionario encubridor falta al deber de cooperación a la seguridad pública, no debería pensarse especialmente, sino aplicarle la disposición general del art. 201 que dice: "El que teniendo conocimiento de la comisión de un delito..." No tiene, pues, razón de ser la disposición del art. 174 La del 175 sí viene bien.

El art. 177 castiga al militar o agente de la fuerza pública que rehuse o tarde indebidamente el apoyo debido por la autoridad competente, en la forma establecida en la ley. El 181 al funcionario público que "obtenga el concurso de la fuerza pública o emplea la que tenga a su disposición, para consumir un acto arbitrario o ilegal, o para impedir o estorbar el cumplimiento de órdenes legítimas de otra autoridad".

Falta saber el sentido que le fije la jurisprudencia a estas disposiciones siendo de advertir desde ahora la posibilidad de colisión entre ellas y las del código militar.

El art. 179 se refiere al indebido ejercicio del mandato judicial en asuntos judiciales. Ya antes nos referimos al conflicto entre dicho art. y el 169 del capítulo del prevaricato.

El art. 180 sanciona al funcionario público que forma parte de directorios políticos o interviene en debates de ese carácter.

Ya antes existía la ley 60 de 1930 que en su art. 8 dice: "Ninguno de los funcionarios públicos del poder judicial, de lo contencioso administrativo nacional, departamental o municipal podrá formar parte de directorios o comités políticos, ni poner al servicio de la política las funciones que ejerza. La violación de lo dispuesto en este art. constituye causal de mala conducta."

Bajo el código de 1890 vigente cuando se expidió esta ley, se llamó a juicio repetidas veces a funcionarios públicos por indebida intervención en la política. Y como el art. 8 de la ley 60 no señaló sanción especial para su infracción, sino que se dice que el hecho constituye mala conducta los tribunales y la corte siguieron tal falta en el capítulo V título X del libro II del C.P. de 1890, e impulsaron la pena señalada en el artículo 528 aplicable a los Funcionarios o empleados que faltan al cumplimiento de alguno o algunos de sus deberes..." si la falta no tiene señalada pena especial".

La sanción fijada era de multa de 8 a 100 pesos. Posteriormente el código judicial, ley 105 de 1931, en su art. 18 dispuso "los empleados del orden judicial y los del ministerio público tampoco pueden hacer parte de directorios políticos ni intervenir en debates políticos de este carácter".

Y por último, el art. 180 del nuevo C.P. consagra el principio atrás transcrito. Es una lástima que en esta disposición no se hubiera reproducido la del art. 8 de la ley 60 de 1930 que es la más completa, o al menos, no se hubiera agragado su última parte: "... poner al servicio de la política las funciones que ejerza".

CAP. VII.- DE LA USURPACION DE FUNCIONES PUBLICAS/

Según los autores del código parece que este delito de usurpación de funciones solo comprende uno de dos hechos:

a) ejercer funciones públicas sin autorización legal, es decir, sin nombramiento y posesión, art. 182; y

b) continuar desempeñándolas después de haber cesado en su ejercicio, 183.

Esto último puede cometerse, o bien fin-

giendo que se ha continuado en el desempeño de sus funciones o bien; poniéndole a las providencias que se dictan la fecha de cuando dichas funciones se ejercían. Existe entonces la falsedad de documentos públicos. En este capítulo debería estar el art. 178.

Pero si se trata de la usurpación de funciones correspondientes a otro empleado, habrá abuso de autoridad? Parece que el código no contempla este caso, sino solo los dos descritos anteriormente. Hay pues, impropiedad en la expresión "el que sin autorización", del art. 182.

En este capítulo debería estar el art. 178

Guarda íntima relación con este capítulo la jurisdicción o procedimiento especial a que están sometidos los funcionarios públicos.

En primer lugar, según disposición constitucional, los funcionarios del órgano judicial, deben responder de sus faltas ante su superior inmediato; en segundo lugar, si bien el actual código de procedimiento penal eliminó los numerosos fueron especiales establecidos en la antigua legislación en esta materia, dejó los indispensables, que señala en su art. 42. Y quedaron eliminados los llamados "juicios de responsabilidad" con trámites diferentes a los del juicio criminal ordinario.

3) DELITOS CONTRA LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. - Cap. VIII.

Han sido establecidos estos delitos en atención a la protección especial que debe darse al ejercicio de las funciones públicas. Los casos en que estos delitos pueden ocurrir son:

a) Violencia o amenaza para obligar al empleado o funcionario público o encargado de un servicio público, a ejecutar u omitir un acto propio de sus funciones, art. 184.

b) Violencia o amenaza para impedir o turbar la reunión de corporaciones legislativas, judiciales, administrativas, o de cualquier otra autoridad pública o pretender influir en sus deliberaciones, art. 185.

c) Delitos contra funcionarios públicos por razón o causa del ejercicio de sus funciones, art 186.

Hay un hecho especialmente constituido en delito por la constitución nacional, en su art. 68 que dice: "Toda reunión de miembros del congreso, que con la mira de ejercer el poder legislativo, se efectúe fuera de las condiciones constitucionales, será ilegal, los actos que expida nulos y los individuos que en las deliberaciones tomen parte serán castigados conforme a las leyes".

De este delito conocen privativamente la sala penal de la Corte Suprema de Justicia, según lo dispuesto por el ordinal 7 del art. 42 del C. de procedimiento Penal. Por otra parte, según el art. 100 de la constitución, "Los senadores y los representantes son inviolables por sus opiniones y votos en el ejercicio de su cargo. En el uso de la palabra solo serán responsables ante la cámara a que pertenecen, podrán ser llamados al orden por el que reside la sesión y penados conforme al reglamento por las faltas que cometan".

TIT.- IV.- DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA.-

Dos razones principales dan grande importancia al estudio de estos delitos: en primer lugar, la necesidad de diferenciarlos claramente de los anteriores, y en segundo lugar porque en verdad el estado "es el administrador de la justicia"; - el delito más grave es el que vaya contra la administración de la justicia.

Esta clase de delitos comprende: A Falsas imputaciones hechas ante las autoridades. B) El falso testimonio. C) La colusión y otras infracciones cometidas por los apoderados y consejeros.

D) El Encubrimiento. E) La fuga de presos.

A) Falsas imputaciones hechas ante las autoridades. Cap. I.-

El art. 187 castiga al que denunciare ante la autoridad una infracción penal a sabiendas de que no se ha cometido.. y el 188 al que "denuncia re ante la autoridad a personas determinada como responsable de una infracción penal, a sabiendas de que es inocente como también al que simulase pruebas contra ella". En el primer caso se trata de falsedad en cuanto al objeto, en el segundo, de falsedad en cuanto a la persona.

En algunos códigos, como en el colombiano de 1890 o no se prevenían estos delitos o se prevenían dentro de delitos de falsedad; pero está muy bien que se les haya dedicado un título aparte.

Los elementos constitutivos de este delito son:

a) que haya una denuncia; en algunas legislaciones se exige que la denuncia sea escrita, pero no se da razón de este requisito;

b) que la denuncia sea ante una autoridad. Es necesario interpretar esto en el sentido de que la denuncia sea ante la autoridad encargada de estas investigaciones, aunque algunos han dicho que siendo obligación de cualquier funcionario dar aviso oportuno al competente de todo delito de que tenga conocimiento, denunciar el hecho ante el primero equivale a hacerlo de una manera indirecta ante este último.

c) A sabiendas de que el delito no se ha cometido o de que la persona acusada es inocente. Como la ley erige en delito la omisión de dar parte a la autoridad del hecho criminal de que se tenga conocimiento, no se le puede exigir al particular que al presentar la denuncia tenga una evidencia completa sino que basta que la persona no proceda a sabiendas de que es un hecho y una imputación falsos. Cuando se denuncia un

hecho falso se pone una pena; si simulan las pruebas dichas penas se aumentan.

En el inciso 3 del art. 187 se ha contemplado una especie particular de delito no previsto en otras legislaciones. Es este el caso de la falsa confesión.

En derecho civil la confesión es la prueba por excelencia, que relata a todas las demás. No así en derecho penal, por la razón siguiente mientras que en el derecho civil se trata de derechos patrimoniales eminentemente renunciables, en el derecho penal se trata de una cuestión de orden público.

La confesión puede ser falsa por varios motivos: aquí es donde hay que aplicar la teoría de Ferri sobre los móviles del delito. Supongamos que un padre para salvar a su hijo hace una confesión falsa. El móvil es muy noble. Si, pues, en razón inversa de la nobleza de los móviles se aplica la peligrosidad, este individuo no será el peligroso y en consecuencia no debe sufrir sanción ninguna. Por esto no podemos pensar que la disposición transcrita considere punible toda confesión falsa, sino solamente aquella que se hace con el fin de entorpecer la justicia.

Quizás se encuentre alguna conexión entre esta disposición y la del art. 385. Disposición ésta muy discutible porque hace corresponder una semiprueba a una semipena, siendo que la pena si no es completa no existe. Por último léase el art. 190.

B) Falso testimonio. - Capítulo II.

En el código de 1890 el falso testimonio se consideraba como delito de falsedad. En este código está muy bien colocado en capítulo especial. Deben, con todo, tenerse en cuenta las disposiciones de los arts. 235 y 236 del capítulo de la falsedad de documentos. En tratándose

de falsos testimonios se consideran estas posibilidades;

- a) El art. 191, es decir, comprende taton la materia civil como la penal.
- b) El juramento falso en materia Civil. - art. 193.

La diferencia específica entre estos dos casos está en que en el primero se trata de la declaración de una persona como testigo, mientras que en el segundo de la declaración de una de las partes en juicio, es decir de declaración en asunto propio.

En el art. 1770 del C.C. se hace referencia al juramento decisorio y el 626 del C. de P Procedimiento penal. La sanción la establece el art. 193 del C.P.

Se va a presentar el problema de saber si la declaración hecha al absolver posiciones es campo propicio a incurrir en este juramento. En cuanto a esto ha detenerse en cuenta que, siendo la absolución de posiciones extrajuicio, no puede considerarse como parte en el juicio el que en ellos declara, y el ser parte es condición que exige la disposición del Código Penal.

Es claro que en materia penal, el juramento falso no puede erigirse en delito por que la ley no puede poner a la persona en el conflicto de jurar en falso o sufrir una pena. De ahí la razón para que no se le exija el juramento al sindicado que va a ser indagatorio.

Cuando el reo declara contra terceros se le pedírsele juramento para que su declaración tenga el valor de prueba testimonial. Pero aun en este último supuesto es peligroso recibirle juramento al sindicado, por dos razones: en primer lugar, si el sindicado al mismo tiempo que se culpa a sí mismo declara contra terceros, no debe pedírsele juramento, pues puede pronersé -

una excusa. En segundo lugar, si no se culpa a sí mismo, pero sí a terceros puede proponerse a hacer más verosímil su excusa.

El art. 194 sanciona el soborno. Por último, tratándose de estos delitos se presenta uno de los casos en que el código taxativamente otorga el perdón judicial, cuando el responsable se retracte en el mismo proceso en que se rindió la declaración o dictamen o versión falsas, con la debida oportunidad para que pueda ser apreciada en la sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el art. 195.

TIT. VI.- DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA.

En estos delitos se comprende: A) La falsificación de monedas, papeles de crédito y otros valores; B) La falsificación de sellos, papel sellado, estampillas y otros efectos oficiales; C) La falsificación de documentos. En el código penal antiguo se daba una definición muy vaga de falsedad considerándola como la "mutación de la verdad" y se seguía el sistema según el cual la falsedad podía cometerse por medio de palabras, hechos y escritos.

A) Falsificación de monedas, papeles de crédito público y otros valores. Cap. I.

En las legislaciones antiguas este delito se consideraba como de los más graves y en algunas se castigaba con la pena de muerte. Hoy día se considera como un atentado contra un monopolio del estado.

Tratando de asimilar este delito a otros, algunos han propuesto que se considere como un hurto que se hace al estado. Otros que como una estafa, y no pocos que como la combinación del hurto y de la estafa. Esta es una discusión por demás empírica. Todas las legislaciones reconocen la existencia de un delito especial en la falsificación monedas, papeles, etc.

El art. 214 castiga con pena de 3 a 15 años de presidio los siguientes hechos.

- 1- El que fabrique moneda nacional... léan se los demás.

Además también castiga el código los siguientes hechos:

- a) Art. 215; b) art. 216; c) art. 217.

Pero para que exista el delito de falsificación de moneda o mejor de circulación de moneda falsa se necesita que sea crónico, esto es, que sea la ocupación habitual del individuo acusado... Estas disposiciones deben relacionarse con los art. 5 y 6 del C.P. Tal vez la aplicación complementaria de la pena es fijs justificable esta disposición. Pero lo que sí es inicuo y contra todo principio de derecho penal, es que habiendo sido el procesado absuelto en el extranjero, se le vuelva a juzgar en Colombia. Esto es exagerar la política defensiva penal.

El art. 218 propone una defensa excesiva y es, por lo demás una repetición de los principios consagrados por las leyes que al respecto se han expedido de 1910 para acá.

El art. parece que tratándose del delito de falsedad que por su esencia es dolo no cupiera la culpa. Sin embargo el art. 220 contempla un caso especial de culpa.

En el nuevo código penal ha quedado por fuera la falsificación de billetes, a pesar de que cuando se discutió el proyecto no faltó la observación de que la disposición correspondiente art. 221 estaba mal redactada. Tanto más grave es esta deficiencia cuanto que vigente el viejo código, se planteó y prosperó, respecto de la introducción de billetes, las siguientes tesis: si los billetes ~~no son~~ moneda nacional y si la interpretación de la ley es restrictiva, la falsificación de billetes no puede -

castigarse por analogía. Y mayor fuerza tendría este razonamiento hoy, sentado el precedente de que el legislador no quiso atender la insinuación de comprender extresamente la falsificación de billetes en la disposición del art. 221. Existe pues, a este respecto, una laguna muy grave en la legislación.

B) De la falsificación de sellos, papel sellado, estampillas y otros efectos oficiales. -
Cap. II.-

Respecto de este capítulo lo que principalmente debe observarse es que no hay justa razón para considerar delictuosa la falsificación de sellos de las oficinas públicas por dos razones:

a) En primer lugar, la aposición de sellos no le agrega ni le quita nada a la validez del documento público. Solo hay contados documentos en que se exige como requisito especial el sello. Siendo esto así, no hay por qué castigar la falsificación de sellos.

b) En segundo lugar, no hay ley alguna que ordene poner los sellos ni disposición que diga cómo deber ser ellos. Esto está a la absoluta voluntad y gusto del funcionario.

En esta pues, una pena injustificada. Como dice algún expositor, el castigar este hecho existiendo las dos razones expuestas quita seriedad al código penal.

Se castiga también en este capítulo la fabricación y la circulación fraudulenta de papel sellado y de estampillas, lo mismo que la fabricación o alteración de billetes de ferrocarriles, o de cualquier otra empresa oficial de transportes, billetes de lotería, debidamente autorizada. Es de observar que no se comprenden en estas disposiciones los billetes de teatros, y demás espectáculos públicos. Esto tiene relación con lo dispuesto por el art. 244.

C) Falsedad en documentos. Cap. III-

Esta es una de las materias más difíciles por lo numerosos que son los problemas de carácter estrictamente jurídicos que puede presentar. La falsedad puede referirse a documentos privados o públicos, y sus elementos constitutivos son:

- a) que haya una alteración de la verdad.
- b) en un escrito público o privado.
- c) en lo referente a hechos que el documento debe probar
- d) capaz de causar perjuicio; y
- e) ejecutado con intención criminosa.

El perjuicio de que se habla no es necesario que sea efectivo, basta con que sea posible

La falsedad puede ser material o intelectual. Hay falsedad material cuando se crea un documento falso o se altera uno legítimo, cuando se llaman generalmente falsificados.

Hay falsedad intelectual cuando; por ej. se hace una declaración falsa de la renta, siempre que sea con intención y capaz de causar daño.

El art. 231 contempla cinco formas de falsedad material, a saber: a) Num. 1, 5, 6, 8, 9; contempla además tres formas de falsedad intelectual que son: b) Num. 2, 3, 4; por último contempla el mismo artículo el caso de una falsedad conjuntamente material e intelectual, en su numeral. 7.

El Código penal contempla diferentes fases en este delito: se refiere al funcionario público que abusando de sus funciones cometa la falsedad en escrituras o documentos públicos, art. 231; comprende esta disposición a los notarios, registradores y demás funcionarios públicos; - contempla luego el caso del funcionario o ministro eclesiástico que cometa alguno de estos delitos en actos o documentos que puedan producir efectos en el estado civil de las personas.

En seguida prevee el caso del particular o del funcionario o empleado público que sin abusar de sus funciones sino como particular, cometa alguno de estos delitos, 233.

La penalidad para estos tres casos es diferente: para los dos primeros se fija presidio de tres a diez años y multa de 100 a 200 pesos para el caso de los ministros eclesiásticos y para el tercer caso presidio de 2 a 8 años.

Viene ahora el delito de uso del documento público falso. Para que este delito exista, se necesita:

- a) que se pruebe la intención específica
- b) que se proceda con el ánimo de lucro o la intención de dañar a otro, art. 234.

Art. 235. Es necesario llamar especialmente la atención sobre esta disposición porque se va a presentar el siguiente problema: el código en los arts. 194 a 195 castiga el falso testimonio con una pena de presidio de uno a cinco años e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término, y según la disposición del art. 235 la pena será de 6 meses a dos años. Qué se hará entonces en el caso de las declaraciones falsas?

La explicación que dan es la siguiente: - que la disposición del art. 235 se refiere a las declaraciones o testimonios que se toman sin juramento, como mera información fehaciente y en los cuales se puede incurrir en falsedad, mientras que las disposiciones que tratan del falso testimonio se refieren al perjuicio en el caso de declaraciones tomadas bajo juramento. Induce a creer esto mismo el hecho de que los arts siguientes 236 y 237 de este capítulo tratan de delitos similares: el que declare falsamente acerca de su identidad, estado u otras generalidades de la ley respecto de su propia persona o la de un tercero, y el que en ejercicio de una profesión médica forense desde cualquier otro servicio de utilidad social, certifique falsamente -

cerca de hechos que deban probarse mediante dicha certificación.

En esta disposición, como en varias partes otras de este capítulo para evitar el casuismo, se nota una tendencia a aplicar la analogía en materia penal, lo cual es una derogación de principios tradicionales de derecho.

Art. 238. Hay que buscarle a esta disposición una interpretación equitativa. Se ha discutido siempre mucho si se puede imponer una pena al que en la denuncia de la renta incurre en inexactitudes; sea lo primero advertir que cuando la ley habla de "indicaciones falsas" significa datos maliciosos inexactos. Se necesita, pues, la reunión de los elementos constitutivos del delito de falsedad.

La disposición se justifica plenamente respecto de aquellas entidades o personas que están sometidas al control oficial, pero es discutible que pueda aplicarse a las inexactitudes en las declaraciones de impuestos hechos por particulares, aun cuando en las leyes al respecto se intercaló un artículo drástico castigando con presidio tales inexactitudes.

TIT. XV.- DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL.-

Comprende este título los capítulos siguientes: A) Homicidio; B) Lesiones personales; C) Aborto; D) Duelo; E) Abandono y exposición de niños.

Siendo la vida uno de los derechos primordiales del hombre, parece innecesario buscar la razón que el legislador haya tenido para considerar que la vida humana es el derecho personal que exige máxima protección en las leyes; por esto se contemplan como delitos las varias manifestaciones de atentados contra la

vida humana. El principio del código civil de que hay que proteger los derechos del que está por nacer, es solo una consecuencia del principio del derecho penal de protección a la vida.

A) Homicidio.- Cap. I.-

Como lo dice el Dr. Aragón, el vocablo - homicidio que significa la muerte dada por un hombre a otro, comprende hechos muy diferentes por su naturaleza y gravedad.

El actual código penal contempla las siguientes clases de homicidio:

Homicidio simplemente intencional; 362.

" preterintencional, 365

" concausal, 366.

Cooperación den el homicidio, suicidio 367

Homicidio con el consentimiento de la - víctima, 368.

Infanticidio, 369

Homicidio culpable, 370.

Esto en el código; pero teóricamente según el Dr. Aragón, podemos contemplar las siguientes especies de homicidios:

Homicidio inculpable, culpable (voluntario no intencional), homicidio con intención de causar un daño distinto de la muerte (preter-intencional); homicidio intencional no premeditado, y homicidio premeditado. Esto en cuanto a la intensidad del dolo.

En el código penal de 1890 se hacía la siguiente clasificación: homicidio inculpable, - culposo, involuntario (preterintencional), homicidio voluntario atenuado, simplemente voluntario, premeditado y asesinato.

En la reforma del código se propusieron sus autores restarle importancia a la premeditación, que según Carrara, es el grado máximo del dolo. Posteriormente en las discusiones del

proyecto en el senado uno de los autores del código, representante de la teoría tradicional hizo una modificación para introducir la premeditación. De ahí la disposición del art. 363 n.º 2. Disposición bastante buena, ya que trata de compaginar el criterio del nuevo código, es decir, la calidad de los móviles, con la antigua idea de la premeditación.

De suyo todo delito debe reputarse más grave cuando la resolución de cometerlo ha sido previa, y especialmente tratándose del homicidio, delito que instintivamente repela la naturaleza; debe considerarse mucho más grave el acto del delincuente que mata premeditadamente que el acto del que mata en estado de ira, o de pasión, etc.

La noción general media de delito de homicidio intencional, la da el código en el art. 362. Disposición bastante buena si no se queda en la sola teoría como sucedió en el código anterior en el cual existía una amenaza fuerte de 6.ª a 12 años de presidio, pero acompañada de numerosos artículos que prevenían las diferentes hipótesis, que son las que ocurren diariamente y que rebajaban considerablemente la pena.

Cuando el artículo citado dice "el que con el propósito" vale tanto como intención. No significa que con un propósito deliberado, con una resolución previa. Lo que se quiso fue contraponer el delito doloso al meramente culposo.

Presigue el mismo artículo "ocasiona la muerte a otro" no dice cause, como decía el código anterior. No se encuentra en la exposición de motivos una explicación del empleo de este verbo. Quizá con él se quiso comprender casos diferentes a los de la acción directa, es decir, que basta con que la acción del agente haya sido causa ocasional y no eficiente del delito.

En cuanto al asesinato, según el art. 363

se presenta cuando el homicidio se comete en una de las siguientes circunstancias, que el mismo art. enumera: Num. 1- Basta con que el homicidio viole los derechos especiales de parentesco para que sea asesinato. Nada importan las demás circunstancias. Y es natural que el legislador haya querido prestar una particular protección a los vínculos de parentesco y considere su violación como un grave atentado contra la convivencia social y familiar.

Nu. 2- Ya vimos o dijimos como en esta disposición se ha querido compaginar el criterio del nuevo código, es decir, la calidad de los móviles, con la antigua idea de la premeditación.

Num. 9- Es esta circunstancia de las más depravadas que pueden concebirse, por lo cual está bien que por sí sola baste para constituir asesinato.

Todas estas circunstancias son constitutivas o por lo menos modificadoras del delito que vienen a formar una sub especie del delito de homicidio; el asesinato, lo cual tiende a establecer claramente que no puede invocarse una misma circunstancia por dos títulos diferentes.

En el código penal antiguo el asesinato se castigaba con la pena capital, conmutable por el presidente de la república, vicio concepto de la corte suprema de justicia. Pero fueron raros los casos de ejecución. Posteriormente en 1910 abolida la pena de muerte, la pena del asesinato fue sustituida por 20 de presidio sin rebaja. En el nuevo código la pena máxima es 24 años, pero admite rebaja, según los criterios que el mismo código da para la aplicación de las sanciones.

El tránsito de la legislación anterior a la nueva impondrá el estar comparándolas, no solo, porque en cada caso concreto se presentará la cuestión de hermenéutica jurídica de saber

cual es la ley más favorable al delincuente, si no porque también en cualquier tratado serio de derecho penal cada delito se principia a estudiar por su evolución histórica.

En el viejo código se establecía que para que una agresión de la que resultara la muerte de una persona se considerara como homicidio, era necesario que la muerte se produjera por consecuencia directa y natural de la herida, dentro de los 60 días siguientes a aquel en que se causó. Y si la persona agredida no moría dentro de dicho término se consideraba que se trataba de una herida de las que causen incapacidad de por vida.

En el nuevo código se guarda silencio a este respecto, de tal manera que no sabe cuanto tiempo ha transcurrido. Este sistema es mejor, si el agredido muere hay homicidio, si queda herido se trata de lesiones personales. Ahora bien si se presenta el caso de que una persona cause a otra graves heridas que lo tengan durante cierto tiempo más o menos largo en estado que no pueda decirse si quiere o no, solo hay dos soluciones: o atenerse el juez al estado del herido al tiempo de calificar el sumario, o atenerse al resultado más probable, de acuerdo con el dictamen pericial.

Habría una solución intermedia bastante empírica que sería considerar el hecho como un homicidio frustrado, si se ve claramente que la intención del agresor era darle muerte a su víctima y si las heridas son graves.

Sería ir contra la realidad, atenerse en un caso de estos al criterio del antiguo código y muy parecido a ello considerar el hecho como homicidio frustrado. Lo único pues, será atenerse al estado del herido el día en que se llame a juicio al sindicado, teniendo en cuenta el concepto de los peritos sobre si las heridas son necesarias o contingentemente mortales.

Al homicidio preterintencional se refiere el art. 365. Hace este artículo un esfuerzo laudable por compaginar la doctrina de la defensa social, como fundamento de la penalidad con la doctrina que basa la penalidad en el daño jurídico causado. Esta disposición significa nada menos que cuando un delincuente se haya propuesto, únicamente herir a su víctima según la doctrina de la peligrosidad y de la defensa social cualquiera que sea el resultado, lo que debe castigarse es la intención del delincuente, o mejor su peligrosidad. Sin embargo, se acoge al antiguo criterio objetivo, diciendo que no es justo avaluar únicamente la intención sino que es necesario tener también en cuenta el resultado o daño causado. Establecer de esta manera la categoría del homicidio preterintencional, podríamos considerarlo como una defección a la teoría de la defensa social.

Al homicidio concausal se refiere al art. 366. Se habla pues, en esta disposición de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero. Parece que haya un vacío en la disposición al no considerar también el caso fortuito, pues puede ocurrir, por ej. que una herida se infecte y produzca la muerte, sin que la infección prevenga de la actividad de la víctima o de un tercero. Dentro del término "actividad" que esta disposición emplea hay que comprender tanto la acción como la omisión v.g. la impericia del cirujano o el descuido de la enfermera.

En todos estos actos, dentro de la teoría de la defensa social debería bastar el propósito de dar muerte por parte del delincuente, para castigar el hecho como homicidio. Cuando el código atiende a las consecuencias es porque también aquí adopta un criterio objetivo.

Al suicidio se refieren los art. 367 y 368. El primero contempla la forma clara y positiva. El 368 contiene una noción bastante diluída de la cooperación en el suicidio; en algunas legis

ciones, como en Alemania, se exige que la víctima le haya pedido al matador que le quite la vida, no basta el solo consentimiento. Pero esta es una posibilidad bastante remota. Desde luego no puede considerarse por consentimiento de la víctima la actitud de un hombre valeroso que afronta sin temor una situación peligrosa.

"El que eficazmente induzca a otro al suicidio" dice la disposición del art. 367. De modo que la inducción tiene que ser concreta, en lo cual no se pueden comprender ciertas eventualidades de omisión. v.g. el enamorado que se mata porque no es correspondido, sino que se necesita de una acción positiva, concreta y directa sobre persona determinada.

Ahora bien, esa acción puede ser psicológica o tendrá que ser material? Necesariamente a este respecto hay que ver las circunstancias particulares. Pero en o todo caso la acción no es punible sino en vista del resultado. En general, lo puesto por el art. está muy bien. Pero lo que sí es necesario explicar es cuando en la cooperación en el suicidio se entiende que hay motivos nobles o sociales.

Respecto del suicidio hay diferentes teorías. En las legislaciones antiguas se conminaba con penas graves que había que ejecutarlas a en efígie, y se castigaba severamente el suicidio frustrado. Carrara sostiene que es un disparate castigar la tentativa de suicidio, porque ello equivale a imponer al presunto suicida la obligación de matarse, y es lo cierto que no pudiendo castigar el suicidio consumado, sería injusto castigar el frustrado que es menor.

Pero respecto a la cooperación ajena, sí se plantea el problema en toda su fuerza: el que induce a otro a matarse coopera en un suicidio? Possina dice que no, porque el homicida es la víctima. El que coopera en el suicidio, decían los clásicos, no es punible. Esto en rigor de lógica. Pero en política criminal es más jurídico castigarlo.

Con un criterio de defensa social es contra indicado conminar al presunto suicida con la amenaza de una pena. Muy bien que se estudie a aquellas personas que por cualquier causa pierden el control de sí mismas y resuelven quitarse la vida. Pero, en general, el que no se detiene ante el temor de la muerte, menos se detiene ante el temor de la pena.

El homicidio por piedad está previsto en el art. 364. Hay que descartar desde luego la falsa piedad, como la aplicación de la eutanasia a los degenerados; eso es egoísmo, no piedad.

Respecto del infanticidio, art. 369, el motivo principal que ha tenido el legislador y más o menos leve a esta especie de homicidio es la de que los jueces al juzgar un caso determinado y movidos por el conflicto psicológico o afectivo en que se encontró la madre, la absuelvan injustamente, pues, entonces viene a establecerse la impunidad que es peor que la pena leve.

Se pone una pena atenuada cuando el hecho ocurre en el momento del parto o dentro de los ocho días siguientes. En el código anterior se ponía únicamente tres días, porque ese era el término que había en Francia para la inscripción del niño en el registro civil, y la disposición se copió del código francés. Entre nosotros el término para la inscripción es de ocho días. Se considera que después de inscrito ya no hay motivo para que la madre oculte al hijo.

CAP. II.- DE LAS LESIONES PERSONALES.

Para graduar la pena en los delitos de heridas se tropieza con este inconveniente: o se gradúa conforme al daño causado y se incurre así en un extremado objetivismo, o no se tiene en cuenta dicho daño y entonces es indispensable graduar la pena. Y es imposible porque es difícil calcular la peligrosidad del delincuente que hiere.

En la discusión del código penal alguno de los miembros de la comisión quiso que se adoptara este criterio. Pero predominó el contrario en el sentido de que siempre se tenga en cuenta para graduar la pena el daño objetivamente causado.

Art. 371. El delito de lesiones comprende pues estos elementos:

- a) que se cause daño físico o material o perturbación psíquica.
- b) sin intención de matar.

Daño en el cuerpo o en la salud" dice el código. En medicina legal se entiende por daño en el cuerpo, el daño aparente. Por daño en la salud, el daño interno.

Se contemplan en la disposición transcrita dos: un daño material o una perturbación psíquica. En el viejo código, en los arts. 645 y 666 se trataba del delito de heridas con este concepto: "El que voluntariamente hiere, de golpes o de cualquier otro modo maltrate de obra a otra persona con premeditación y con intención de maltratarla". Exigía pues, como elementos constitutivos la premeditación.

Se planteó entonces el siguiente dilema: o se exige la premeditación para castigar el delito, y entonces se quedarán impune la mayoría de los casos o se castiga prescindiendo de la premeditación y entonces se viola el principio Nulla pena sine lege.

En la doctrina y en la jurisprudencia prevaleció el instinto defensivo de la sociedad, y se castigó siempre el delito de heridas sin exigirse premeditación, inventándose a la vez teorías por demás sutiles para explicar tal proceder.

Aquel código establecía siempre sanciones mas o menos graves según que la lesión fuera grave, leve o levísima, y cuando no había propiamente

te lesión se aplicaba la pena según el número de días de incapacidad para trabajar. De ahí que algunos de los que se proponen darle una explicación materialista a todas las cosas, digan que lo que los códigos penales castigan en estos delitos es el atentado al trabajo.

Decía la disposición, art. 645: "...Si la lesión fuere leve por no ser de mucha importancia el órgano o miembro o la parte del cuerpo inutilizada, por no ser muy notable la deformación física, por no producir grave perjuicio al ofendido, la pena será de 3 a 6 años de presidio. Si la lesión fuere levísima o de carácter transitorio, pero de larga duración, como la que resulta de cortarle el pelo a una mujer la pena será de 2 a 4 años de reclusión; pero si la incapacidad que haya resultado se merece pena mayor, será esta la que se aplique".

Tocó entonces a la medicina legal inventar sutilezas en esta clasificación de las heridas en graves, leves y levísimas, considerando por ejemplo, que la pérdida de un brazo, una pierna, o de un ojo, etc. era una herida leve, porque el calificativo de grave debía reservarse para la pérdida de los dos brazos, ojos, etc. Se hizo así durante tiempo una jurisprudencia ficticia.

La clasificación que se hace en el nuevo código está más de acuerdo con el criterio médico legal. En esta clasificación se contemplan los siguientes casos:

1- Incapacidad para trabajar, que a su vez comprende: a) incapacidad menor de quince días b) incapacidad de quince a 30 días; c) incapacidad de más de treinta días, art. 372.

2- Desfiguración facial, deformidad física reparable, o perturbación psíquica transitoria, art. 373.

3- Desfiguración o deformidad permanente, art. 373 inc. 2.

- 4- perturbación funcional transitoria de un órgano o miembro, art. 374.
- 5- perturbación funcional o psíquica permanente, arts. 372 374.
- 6- Pérdida de un órgano o miembro, art - 375.

Por ejemplo, en esto de la pérdida de un órgano o miembro, hay un elemento muy notable - de relatividad, v.g. no es lo mismo la pérdida de un dedo para una persona corriente que para un pianista. El último queda incapacitado de por vida en lo que a su profesión atañe. Sin embargo dentro del antiguo sistema se clasificaba este caso como herida leve o levísima. Estas fórmulas del nuevo código que engloban más el concepto de lesiones son mejores.

El art. 377 plantea el problema del concurso de delitos de la absorción de las penas - en el caso de varios daños.

Al discutirse el proyecto de código, se esbozó la tesis de que por la gravedad del resultado podría autorizarse al juez para que aumentara la pena. Pero dicha tesis no fue aceptada con la objeción de que a más de que las disposiciones del código dejan siempre un gran poder de apreciación del juez, en esta se le manda imponer la más grave con lo cual pueda el delito suficientemente castigado.

Otra cosa ocurriría cuando sean varias las víctimas de una misma acción; entonces sí - habrá lugar a aplicar la disposición del art. - 31. El art. 377 que venimos comentando, se refiere al caso de que a una persona con el mismo hecho se le causen varios daños.

El art. 378 consagra un caso del desentimiento.

A esta disposición se opuso el Dr. Lozano, diciendo "que en su concepto no puede justificarse la facultad de suspender el procedimiento

to penal y detener la aplicación de la pena sino cuando las heridas o maltratamientos son levísimos, de manera que no causen alarma social. En su opinión no es posible derogar en ningún momento el principio general de que los delitos se persiguen por un interés público y de que corresponde solo a los poderes del estado resolver sobre el mérito de los sumarios y la imposición de las sanciones. Heridas que hayan causado una incapacidad hasta de 15 días son heridas de importancia que no pueden quedar impunes, y mucho menos a cambio del pago de sumas de dinero, pues ello desmoralizaría la vida social, facultando a las personas pudientes a abusar arbitrariamente de la debilidad ajena para satisfacer sus instintos de violencia o brutalidad. En su concepto, el sistema propuesto no es otra cosa sino la resurrección velada de la composición pecuniaria de los tiempos primitivos, cosa completamente inaceptable".

El art. 376 contempla un caso especial; el 379 aumenta la pena para el caso de que las heridas se sometan con circunstancias de asesinato. El art. 380 contempla un caso especial de culpa en el delito de heridas y disminuye la sanción. En la comisión redactora del código surgió el problema de saber si puede haber tentativa en el delito de heridas y predominó la opinión negativa.

El art. 381 introduce en la legislación una innovación notable. Claro está que esto es más que un delito un verdadero crimen. La dificultad está en la prueba. Estas es una cuestión que fácilmente se presenta a chantajes, ven-ganzas, desvergüenzas, etc. y en fin a toda clase de maquinaciones.

Tráe luego el código los motivos de atenuación para los delitos de homicidio o de lesiones que se cometan en determinadas circunstancias de dolor o pasión. Léase a este propósito los arts. 382 y 383. En realidad como lo dice el art. 383 estas son nada más que cir--

cunstances atenuantes. No pueden jamás considerarse como justificativas, por que sería un absurdo facultar a los particulares para imponer la pena de muerte, cuando lo prohíbe el propio legislador. Con tanta mayor razón se podría decir hoy que existe en este caso una causal de justificación cuando que el delito de adulterio ha sido suprimido del código. El art 383 se entiende porque entonces no median los mismos motivos afectivos o de honor que en el primer caso hacen atenuante el hecho.

C) Cap. IV.- EL ABORTO.-

Según el código, se aplica la sanción a la mujer en el caso del art. 386; y la misma sanción se aplica de acuerdo con el segundo inciso al que procure el aborto con el consentimiento de la mujer. El que cause el aborto de una mujer sin su consentimiento incurre en prisión de 1 a 6 años. Y si el aborto por los medios empleados para causarlo ocasionare la muerte de la mujer debe, según el código, aplicar el art. 367, que contempla el caso del que eficazmente induzca a otro al suicidio. Ha debido citarse más bien el art. 369 que castiga al que ocasione la muerte a otro con su consentimiento Pero, en todo caso, como la pena que esta última disposición establece es más grave. hay que pensar que la cita está bien traída.

Cuando el responsable del delito sea un médico, cirujano, farmacéuta o partera, la pena aumentarse debe en la tercera parte e imponerse además la suspensión de la respectiva profesión de 2 meses a 6 años. art. 388.

Finalmente dispone el art. 389 que "..."

D) CAP. V.- DEL DUELO.-

Cuando el duelo se verifique con intervención de padrinos a los que se batieren se -

les impondrán las siguientes penas, de conformidad con el art. 390.

Si el duelo se verifica sin intervención de padrinos, las sanciones dichas se aumentarán hasta el doble, según el 391.

Si los padrinos de los combatientes faltares en daño de su adversario, a las condiciones fijadas por los padrinos, se le impondrán las sanciones ordinarias establecidas para las lesiones personales y para el homicidio art. 392.

Finalmente parece que el art. 394 consigne la existencia de un delito formal por la sola concertación del duelo por parte de los padrinos, al decir:...." Esta disposición hay que relacionarla con el art. 211 que dice...." Tenemos pues, que el hecho de concertar el duelo es delictuoso, según el 394 y que solo el hecho de proponerlo es también punible según el 211.

TIT. **XVI.**- DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

En esta categoría de delitos se comprenden: Hurto, robo, extorsión y chantage, estafa, abuso de confianza y otras defraudaciones.

En el viejo código estos delitos se castigaban en proporción a la cuantía, por lo cual se incurría en graves injusticias y se llegaron a imponer penas exorbitantes en relación con las que correspondían a otros delitos. Constituía esto un vuelco en los valores jurídicos y era una situación que no podía conservarse.

En algunos códigos penales se da como exponente de estos delitos el hurto, y se llama hurto calificado a las demás modalidades de atentados contra la propiedad.

A) **Cap. I.- Del Hurto.**

A) Cap. I.- Del hurto.-

Art. 397. Son pues elementos constitutivos de este delito:

- a) sustraer una cosa mueble
- b) sin el consentimiento del dueño
- c) con el propósito de aprovecharse de ella.

Es necesario saber qué significado tiene en esta disposición la expresión "con el propósito"; parece que debe ser elemento esencial del hurto el ánimo de apropiación.

La pena con que el hurto se castiga se aumenta hasta en la mitad cuando el delito se comete en una de las circunstancias que el art 398 prevee.

Algunos de estos eventos están contemplados dentro de las circunstancias de mayor - peligrosidad que el código enumera, por lo cual es necesario tener en cuenta que no pueden cargársele dos veces al agente del delito. La pena se aumenta hasta el doble según lo dispuesto por el art. 399.

En la comisión redactora del código no se aceptó la cuantía del delito, como criterio para imponer la sanción. Esto está muy bien, pero por otra parte, la cuantía tampoco puede - despreciarse; parece muy buena la fórmula de este artículo: cuando la cuantía sea grande o cause un perjuicio considerable. El art. 400 - faculta al juez para reducir la pena hasta la sexta parte del mínimo correspondiente y sustituir el arresto a la prisión, cuando el valor de lo hurtado sea inferior a doscientos pesos, y las circunstancias personales del responsable no revela mayor peligrosidad.

Finalmente, el art. 401 da un criterio general muy saludable para la jurisprudencia: - para la fijación de las penas, en tratándose de este delito, deberá tenerse en cuenta la - magnitud del perjuicio sufrido por la víctima

de acuerdo con sus condiciones pecuniarias.

B) Cap. II.- Del robo.

La diferencia específica entre el hurto simple y el robo o hurto calificado como se llama en Francia, está en que en hurto, la cosa se sustrae por el fraude y en el robo por medio de la violencia sobre las personas o las cosas. En las legislaciones antiguas y en el código penal de 1890 no se contemplaba como hurto calificado sino el robo. Hoy se ha querido considerar también el atraco, pero la fórmula que para este último delito da al código, lo identifica con el robo.

Art. 402- Lo de las amenazas se ha debido dejar para el caso del atraco o extorsión. Los motivos de atenuación y agravación de la pena del delito de hurto, se aplican también tratándose del robo, art. 403.

La pena máxima para el delito de hurto, de trece a catorce años de presidio, se aplicará cuando el robo se cometa en una de las circunstancias que el art. 404 enumera.

C) Cap. III.- De la extorsión y chantaje.

La extorsión o atraco, aun cuando tenga por fin principal la sustracción o apropiación indebida es un atentado tan grave que debe castigarse como delito formal.

La fórmula que en la comisión redactora del código propuso el Dr. Cárdenas contiene el concepto preciso de la extorsión: "Al que por medio de violencias, amenazas o engaños constriña a otro para que haga u omita alguna cosa con el fin de procurarse para sí o para otro un provecho ilícito, se le impondrá prisión de uno a cinco años." Desgraciadamente la comisión no la aceptó y adoptó el art. 406.

Hay una forma compulsiva para procurarse un provecho ilícito que es el secuestro de una

persona, muy en boga hoy principalmente en los EE. UU. Esto nos obliga a relacionar la disposición de que hablamos con el art. w 293 .

Es pues, muy notable la diferencia de pena en uno y otro caso. Ahora bien, cuando la extorsión se haga por medio del secuestro habrá un concurso real de delitos o habrá más bien - un concurso ideal? en el que el delito fin es la extorsión y el delito medio, el secuestro? - Sería este un caso en que el delito medio está más fuertemente castigado que el delito fin. - Al chantaje o amenaza bajo condición se refiere el art. 407.

D) Cap.IV.- De la estafa.-

La diferencia esencial entre el delito de extorsión y el de estafa está en que en el primero el delincuente se hace entragar una cosa ajena por medios violentos y en el segundo por medios engañosos. Por eso el 408. A tal punto fue infortunada la fórmula del 406 al especificar la extorsión que no solo la confunde con el robo, como ya lo vimos, sino también con la estafa, ya que coloca como elemento de la extorsión el engaño. La diferencia entre estos dos delitos, está en que en la estafa la víctima entrega la cosa voluntariamente, mientras que en el atraco la entrega amedrantada.

En materia de estafa, uno de los puntos que da más que hacer a la jurisprudencia es la idoneidad de los medios empleados. En realidad hay casos en que es inexplicable que con medios tan burdos se pueda efectuar una estafa, y algo más, que el caso se repita y se obtengan los mismos resultados.

El candor de la víctima o lo burdo de los medios no destruye con todo, el delito de estafa. Para que este exista no se necesitan medios especiales basta con que sean efectivos.

La estafa puede ser en provecho propio o

de un tercero. Hay dos formas de estafa en e que se presenta una interferencia en la legislación penal con la civil y comercial:

Una de esas formas es cuando se trata de negocios en que intervienen cheques que no pueden pagarse por falta de fondos. Al respecto hay que contemplar dos hipótesis: que el cheque se gire para que se cobre inmediatamente y que el cheque sea de fecha futura. En el primer caso parece clara la intención de estafa. En el segundo se necesita demostrar claramente que el girador tuvo la intención de estafar. Si no hay cuenta en el Banco la estafa es clara. El problema está en que haya cuenta pero no fondos suficientes.

Hace algún tiempo la Asamblea de Cundina marca por medio de una ordenanza sancionó los giros en descubierto. La jurisprudencia vacilaba entonces entre castigar el hecho como giro en descubierto, estafa, o incumplimiento de una obligación civil. Vinieron luego las leyes sobre instrumentos negociables que autorizaban el giro con fecha futura y que han quitado al cheque el poder ser instrumento de delito. Puede haber pues, en ese caso cualquiera otra cosa pero no estafa.

La otra forma se presenta en casos en que no se puede delimitar el campo de la obligación civil, y de la obligación penal o engendrada por el delito; en materias de contratos el incumplimiento por regla general, no debe dar lugar sino a acción civil, pero puede haber numerosas casos en que se finja la celebración de un contrato para estafar a una persona; puede surgir entonces la acción penal además de la civil, así como cuando surge principalmente la acción penal puede haber lugar también a la acción civil.

No hay que confundir, pues los casos que dan lugar a acción civil y los que dan lugar a acción penal, aun cuando hay numerosos casos que originan ambas cosas. Desde luego son claros los del art. 40

En la comisión redactora se objetó que siendo la venta de cosa ajena válida según los principios del derecho civil no podía erigirse en delito. Pero la venta de cosa ajena vale en relación con terceros y por ser la compra un contrato consensual.

Si una persona se ha sustraído v.g. unas acciones y las vende, habrá dos delitos de hurto y estafa o uno solo? Si entendemos que tal persona se ha apropiado las acciones por tratarse de títulos al portador, solo ha habido un hurto y el comprador será legítimo dueño. Y lo mismo podemos decir de los demás bienes en cuanto no se trate de aquellos que solo se compran en determinado lugar, como por ej. las joyas.

B) Cap. V.- Del abuso de confianza y otras defraudaciones.

Contempla este capítulo los puntos siguientes:

a) El abuso de confianza propiamente dicho, o sea la apropiación indebida o aprovechamiento ilícito de una cosa que ha sido dada por un título no traslativo de dominio, o que no confiere derecho a goce, 412.

b) el abuso del papel firmado en blanco que se haya confiado al agente para determinado fin, 415, delito que en el antiguo código se consideraba como la falsedad de documentos.

c) La usura, contemplada como delito colectivo o de hábito, 416)

d) Maniobras para obtener para si o para otro el precio de un seguro u otro provecho ilícito, 417.

e) La quiebra comercial, 419 a 422.

f) usurpación indebida de la posesión de los bienes muebles (418)

g) apropiación indebida de los bienes inmuebles.

- h) daños en casa ajena 426.
- i) abuso de derecho, 428.

Respecto del abuso de confianza, el art.412 enumera los elementos constitutivos los siguientes:

- a) apropiación en provecho de un tercero o propio
- b) de una cosa muebles ajenos; y
- c) confiada sin título traslativo de dominio.

Si no hay apropiación sino uso indebido, la pena se reduce hasta la mitad. Pero si el delito se comete abusando de las funciones de tutor curador, albacea, mandatario, depositario, o de cualquiera otra semejante, confiadas por autoridad pública la sanción se aumentará hasta en la mitad, 413.

Sugiere esta disposición la cuestión de saber si en ella estarán o no comprendidos los jueces que manejan intereses particulares y que se los apropian. Para resolver este problema es necesario solucionar antes una cuestión civil y administrativa: el juez recibe los dineros pertenecientes a diferentes personas y debe depositarlos en la cuenta bancaria del respectivo juzgado. Si esos dineros se pierden sucede por una de dos formas: o porque el juez los haya sacado del banco para sí o para un tercero, sin imputación a juicio determinado, o porque no los haya consignado. Surge el dinero se ha entregado en cuenta corriente no puede asignársele dueño preciso. Parece que es bastante claro que el estado tiene que ser responsable civilmente por el manejo de sus funcionarios. La persona ejecutada no es libre de entregar o no el dinero, no hace un acto de confianza voluntario en el juez, sino el acto de confianza social implícita que se hace con todos los funcionarios del estado, precisamente porque se considera que este responde.

Ahora bien, si es el estado quien debe responder por esos dineros, no habrá un abuso de confianza sino un peculado, pues el juez entonces está manejando algo muy parecido a las cau-

dales públicos. En el art. 418 el código asimila al abuso de confianza los hechos enumerados en las letras a), b), y c); y agrega el último inciso que para proceder se requiere la querrela de parte.

F I N.-