

*A su muy querido primo y amigo  
el Dr. Luis E. Borja (hijo) el autor*

# APUNTES

PARA EL ESTUDIO

DE

## CODIGO PENAL

POR

FRANCISCO PÉREZ BORJA

—  
LIBRO I



QUITO—ECUADOR

IMPRESA DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL

1916

APUNTES  
PARA EL ESTUDIO  
DE CODIGO PENAL  
POR  
FRANCISCO PÉREZ BORJA

---

ADVERTENCIA

---

Nunca tuve, ni remotamente, la idea de dar a la publicidad los pocos apuntes que, sobre el Derecho penal ecuatoriano, los había recogido en el curso de mis estudios; porque, convencido estoy, de que los trabajos científicos para que merezcan ser publicados, es menester encontrar en ellos algo de original, o, por lo menos, que revistiéndolos de cierta novedad, llenen algún vacío que se haya notado con el constante estudio, y la práctica en el ejercicio de la ciencia a la cual dediquemos todos nuestros esfuerzos.

Nada de original ni de nuevo puede hallarse en este trabajo, y si me he resuelto a publicarlo, es por la bondadosa petición que me hicieran los distinguidos jóvenes que componen la *Sociedad "Estudios Jurídicos"*, a

quienes lo dedico; pues, si han creído que podía serles útil para el estudio del Código Penal, muy satisfactorio para mí complacer con ellos, seguro como estoy de que llenarán las lagunas y rectificarán los errores que, sin duda, los encontrarán.

El Código Penal anterior al vigente, tanto en su parte general como en la especial, era una copia casi exacta del Código Penal belga, el cual tuvo como base el Código Penal francés de 1810; de modo que, su estudio era fácil, dados los notables comentarios de ilustres publicistas franceses y belgas.

El Código en vigencia, modificó en mucho la parte general, siendo sus disposiciones tomadas, talvez, al acaso, de otros Códigos, o los principios consignados por los criminalistas y puestos en formas de preceptos.

Para un cursante de Jurisprudencia, difícil recurrir a las fuentes del derecho positivo, porque su atención tiene que dividirse en las varias materias que comprende el estudio de esa ciencia; y de ahí la necesidad de ayudarle por medio de programas, que son como la norma que tiene que seguir para, una vez terminadas las tareas universitarias, desenvolver los conocimientos adquiridos.

Estos apuntes son el desarrollo del programa formulado para el estudio del Código Penal en los cursos de 1912—1913 y 1915—1916, y, repito, nada se encuentra en ellos de original, son tomados de diversos comentaristas y tratadistas, y no haré mención de autores ni de obras, a fin de no llenar de citas este corto trabajo; pues mi objeto no es otro, sino señalar los puntos más importantes de nuestra legislación penal positiva, planteando los problemas, cuya resolución pueda presentarse en la práctica.

## OBSERVACIONES GENERALES (1)

---

Aspectos en los cuales suele ser considerado el Derecho penal.—Derecho penal absoluto y derecho penal positivo.—Concepto de uno y otro.—Definición del Código Penal—Partes en que se divide el Código Penal—Comparación del plan del Código vigente con el plan de los Códigos anteriores.

“Los aspectos en que el Derecho penal suele ser considerado, dice Pessina, son aquellos dos mismos que para todo el derecho se presentan, esto es, la idea y el hecho. Hay un derecho superior a todos los tiempos y a todos los lugares, esto es, la justicia penal considerada en su esencia ideal, universal e inmutable como el modelo de las instituciones penales, y hay también un modo de manifestarse este Derecho a los hombres y por obra de los mismos en los varios tiempos y en los varios lugares, que origina las diversas opiniones sobre el contenido del Derecho penal y de aquellas instituciones que establecidas por los mismos hombres toman el nombre de Derecho penal positivo. El primero es uno, universal e idéntico, y puede llamarse contingente en cuanto cambia según las épocas y los países. Sin embargo, en esta variedad se revela siempre algo del Derecho penal absoluto, de tal manera, que lo vario representa una progresión ascendente, una serie de incrementos del hecho hacia la idea, y forma, por tanto, la vida del Derecho penal en la limitación del tiempo y del espacio”.

El conjunto de los principios que forman el Derecho penal absoluto, es la ciencia del Derecho penal, o según una expresión más reciente y talvez más adecuada, filosofía del Derecho penal, la cual es el “conjunto de verdades orgánica y sistemáticamente enlazadas, como con-

---

(1) Para mayor facilidad transcribiré las proposiciones del programa para el estudio del Código Penal, y los artículos de dicho Código.

secuencia de un solo y único principio relativo al castigo del delito”, y se divide en tantas partes cuantos son los elementos en que el Derecho penal se compone, o sea la doctrina del delito, la doctrina de la pena y la doctrina del castigo.

El conjunto de los principios del Derecho penal circunscrito a los varios países, y determinado en forma de preceptos, lo que constituye el Derecho penal positivo, o sea, “el conjunto de leyes que reglamentan en cada país, el ejercicio del derecho social de castigar”.

Como todas las demás ramas del Derecho positivo, el Derecho penal comprende tres órdenes de disposiciones: 1º Las que determinan las penas aplicables a los que cometen tal acción o tal omisión prohibida u ordenada por la ley; 2º las que organizan las jurisdicciones y las autoridades encargadas de asegurar la aplicación; 3º las que determinan el procedimiento; es decir, el camino que hay que seguir para comprobar los hechos delictuosos, perseguirlos y castigar a los delincuentes. En una palabra, el Derecho penal positivo comprende el precepto penal, la jurisdicción penal y el procedimiento penal.

El Derecho penal positivo se divide en Derecho penal común y Derecho penal especial.

En el Código Penal, en el Código de Enjuiciamientos en materia criminal y en el Código de Policía está determinado el Derecho penal común actualmente en vigencia en el Ecuador. En el Código Militar, el Derecho penal especial.

Vamos a estudiar el Derecho criminal ecuatoriano común, en el primer orden de leyes, o sea el precepto penal, materia del Código Penal, que se lo puede definir diciendo, que es “el conjunto armónico de preceptos que determinan los hechos punibles, las personas responsables de esos hechos y las penas con que se castigan”, comprendiéndose en la definición las tres partes principales del Derecho penal: los delitos, los delincuentes y las penas.

El Código Penal se divide en dos partes: una, que podemos llamarla sintética, y otra, analítica. La prime-

ra, trata de las infracciones en general; de las condiciones que se requieren para que haya infracción, también de una manera general; determina los responsables de las infracciones en abstracto, y estudia las penas aplicables a las diversas infracciones. La segunda, determina los hechos que están considerados como crímenes o delitos, fijando, en cada uno de ellos, las condiciones constitutivas de la infracción, y señala la pena con que se castiga tal crimen o tal delito.

En el primer libro del Código penal está comprendida la parte sintética, y en los otros diez la parte analítica.

El Código penal anterior, en sus ediciones de 1872 y 1889, se dividía únicamente en dos libros; en el primero se trataba de la parte sintética, y en el segundo de la parte analítica. En cuanto a esto, el plan propiamente no ha cambiado, ya que en la sustitución de *título* por *libro*, hay variación únicamente de palabras. En lo que sí hay una verdadera reforma, es en haber formado el Código de Policía con las infracciones denominadas contravenciones, que era materia del último título del Código Penal anterior.

Tengo para mí que no hay razón para esta reforma, pues si el Código dice que las infracciones de la ley penal son los crímenes, delitos y contravenciones, lo natural es que los tres órdenes de infracciones, estén reunidos en un solo cuerpo de leyes; así como la jurisdicción y el procedimiento en las contravenciones debía estar determinado en el Código de procedimientos criminales.

En cuanto a otras reformas, las iremos anotando en el curso de este estudio, mediante la comparación del vigente con el anterior, aunque podemos afirmar, sin temor de equivocarnos, que nada se ha adelantado con el Código de 1906 en legislación penal, ya que en el anterior había siquiera unidad de criterio.

Determinadas reformas han obedecido también al cambio de régimen político; y esto es natural, ya que siendo el Derecho penal una rama del Derecho público de un pueblo, toda revolución política tiene que influir necesariamente en él.

## LIBRO I

### De las infracciones y de las penas en general

#### CAPITULO I

##### DE LAS INFRACCIONES

Art. 1.<sup>o</sup> Son crímenes, delitos y contravenciones, los hechos imputables que están castigados por las leyes penales.

Definición de las infracciones de la ley penal.—Clasificación de las infracciones.—No es una división sino una graduación.—Límites que comprenden los grupos de infracciones llamadas crímenes, delitos y contravenciones.—Es a la pena a lo que se atiende para calificar la infracción.—Críticas que se han hecho a este sistema.—Importancia de la clasificación para la jurisdicción y el procedimiento.—Sentido en que debe tomarse la palabra *hechos*.—Concepto de la palabra *imputables*.—Concepto de la expresión *que están castigados por las leyes penales*.

El título del Libro I del Código Penal es incompleto, ya que en este Libro no solamente se trata de las infracciones y de las penas, sino que en el Capítulo II se estudia “de las personas responsables de las infracciones”; de modo que debería decirse. “de las infracciones, de las personas responsables, y de las penas, en general”. En el Capítulo I se determina cuáles son las infracciones que la ley castiga y las condiciones que se requieren para que haya infracción.

El art. 1.<sup>o</sup> da la definición de las infracciones de la ley penal. Los Códigos penales modernos no definen filosóficamente lo que es infracción criminal, pues han considerado, y con razón, que las leyes no son libros de doctrina sino reglas de práctica, y tomándolas bajo este aspecto es como la han definido. Así, el Código francés, el primero en el orden cronológico, dice: “Es crimen las infracciones que las leyes castigan con pena aflic-

tiva o infamante; delito, las infracciones que las leyes castigan con pena correccional; es contravención la infracción que las leyes castigan con pena de Policía”.

La definición que da el Código Penal ecuatoriano, tampoco podemos decir que es filosófica, es más bien una enumeración de las condiciones que se requieren para que haya crimen, delito y contravención. En cada una de las palabras que emplea está consignada, como lo veremos, una condición.

Lo primero que encontramos en la definición es la clasificación de las infracciones en tres grupos: crímenes, delitos y contravenciones. Pero, ¿qué es crimen, que es delito, qué es contravención? El art. 2º dice que los crímenes se castigan con pena criminal, los delitos con pena correccional y las contravenciones con penas de Policía; de modo que infracción que esté castigada con pena criminal, crimen; la que lo esté con pena correccional, delito; y, por último, si está castigada con pena de Policía, contravención. En el art. 38 se fija cuáles son penas criminales, cuáles correccionales y cuáles de Policía.

El Código, tomando en cuenta la gravedad objetiva de las infracciones, las clasifica en tres grupos: crímenes, delitos y contravenciones.

Para la clasificación de las infracciones, dos sistemas están en vigencia en los Códigos modernos. El uno, que tiene por tipo al Código francés, que clasifica las infracciones tomando como base la gravedad de la pena: sistema tripartito. El otro, el sistema bipartito, que las clasifica según la naturaleza de los hechos: es el sistema del Código penal italiano.

El sistema tripartito que sigue nuestro Código, ha sido duramente censurado por los jurisconsultos franceses desde el punto de vista metafísico; por jurisconsultos extranjeros desde el punto de vista jurídico; y también por la escuela positivista.

Consignemos algunas de estas críticas.

En primer lugar se dice que la clasificación en crímenes, delitos y contravenciones, no puede dar, como conceptos distintos, del crimen y delito una definición

intrínseca y adecuada. ¿Cuál es la naturaleza del crimen y en qué se diferencia del delito? Parece que debe haber una diferencia intrínseca, puesto que se trata de separar hechos cuyas consecuencias represivas son distintas. El crimen aparece como la infracción más grave que pueda ser cometida; el delito como una infracción de una gravedad menor. Lo que las diferencia no es su naturaleza sino su gravedad relativa. El mismo hecho, un robo, por ejemplo, puede ser tanto un crimen como un delito. Ya que se trata de infracciones que no están separadas sino por una simple proporción de más o de menos gravedad, proporción extraña a toda modificación de ser o de esencia, no hay razón de hacer dos categorías de infracciones.

La clasificación general de crímenes, delitos y contravenciones es, afirmáse, puramente empírica, puesto que si los crímenes y delitos son hechos de la misma naturaleza no deben estar separados, y como las contravenciones son esencialmente distintas de los crímenes y delitos, no deben figurar bajo el mismo título que los crímenes y delitos, relacionándose en el concepto general de infracciones de la ley penal. En otros términos, no se puede relacionar en una clasificación sino especies del mismo tipo, y las contravenciones no son de la misma naturaleza que los crímenes o los delitos.

El sistema bipartito, al contrario, no incurre en ninguno de estos reproches: no tiene nada de arbitrario, puesto que respeta la naturaleza jurídica de las infracciones y las clasifica en dos grupos naturalmente distintos.

Se dice también que está alterado el orden lógico, ya que por la infracción se ha de señalar la pena, y no por ésta se ha de conocer la infracción.

Según la escuela positivista, la pena no debe ser fijada teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, sino la perversidad del delincuente; y, por lo mismo, no hay base para señalarla de antemano, por lo cual no existe fundamento en que apoyar la clasificación de crímenes, delitos y contravenciones.

A los anteriores argumentos en contra de la clasificación tripartita, contestan sus partidarios diciendo que es preciso, ante todo, comprender el sentido y alcance de la división tripartita. Las penas inherentes a las diversas infracciones son medidas por el legislador según la gravedad social de los hechos. La ley fijando la pena, juzga de la gravedad objetiva de la infracción. De suerte que, cuando el legislador dice: las infracciones que las leyes castigan con pena de Policía es una contravención, quiere decir, como consecuencia de un razonamiento que él supone: "La infracción que la ley considera como la menos grave es una contravención; será castigada con penas de policía, y es por este signo que se la distinguirá. Nadie puede engañarse".

¿Es, además, exacto afirmar que esta clasificación de los hechos punibles en delitos y contravenciones sea más racional, más científica y más conforme con la naturaleza de las cosas? ¿Hay una diferencia cualitativa entre las dos categorías de infracciones, o no hay sino una diferencia cuantitativa? ¿Cuál es el criterio de distinción entre delitos y contravenciones?

Se está muy lejos de que haya acuerdo sobre este criterio.

Es imposible estudiando la nomenclatura de la mayor parte de los Códigos vigentes, dar una idea precisa, sea de la naturaleza de la contravención, sea de la naturaleza de los delitos, y de establecer un criterio científico, único para la división bipartita.

En cuanto al argumento de que está alterado el orden lógico y que por la infracción se ha de señalar la pena, y no por ésta se ha de conocer la infracción, contestan diciendo que el legislador primero estudia la gravedad del mal causado y después señala la pena correspondiente al mal; y luego, como regla de conducta práctica, ya presupuesto el trabajo que se hizo, prescribe al juez atender a la pena señalada para que conozca si es crimen, delito o contravención el hecho punible.

La discusión acerca del sistema que debe adoptarse es más bien teórica que práctica; propiamente hablando no es una división la que establece el Código con el sis-

tema tripartito, sino una graduación de la mayor o menor gravedad del hecho punible, ya que no hay una diferencia esencial entre los términos: todos son infracciones de la ley penal. Entre el grado cero de la delincuencia y el grado máximo de la misma, hay infinitas escalas de gravedad en el hecho dañoso, y lo mejor que pudo hacer el legislador era señalar los límites aproximados que comprenden un grupo de actos más o menos graves, pero que si no bajan del grado de maldad ínfima, no suban del grado de maldad próximo señalado por la ley.

El Código penal señala tres límites: entre el grado máximo de la gravedad que constituyen los crímenes y el grado máximo de la gravedad que constituyen los delitos, están las infracciones llamadas crímenes; entre el grado máximo de la gravedad de las infracciones llamadas delitos, y el grado máximo de la gravedad de las contravenciones se encuentran los delitos; y, por último, las contravenciones se encuentran entre el grado ínfimo de gravedad, y el límite ínfimo de gravedad de las infracciones denominadas delitos. Así el robo, por ejemplo, si es de una cosa de menos de diez sucres de valor, sin circunstancias agravantes, contravención; si el valor es de más diez sucres, también sin circunstancias agravantes delito; y si es con una o varias de esas circunstancias, cualquiera que sea el valor, crimen.

Por lo demás, la clasificación de las infracciones en crímenes, delitos y contravenciones tiene importancia para la jurisdicción y el procedimiento, ya que el conocimiento de los crímenes, pertenece, por lo general, salvo las excepciones establecidas en el Código de Enjuiciamientos criminales, al jurado; los delitos son de competencia de los jueces de Derecho, y las contravenciones de los jueces de Policía. El juzgamiento de cada una está sujeto a un procedimiento especial (2). De manera que, en materia criminal, no pueden presentarse las dificultades de competencia por razón de la materia tan

---

(2) Actualmente se discute en la Academia de abogados un proyecto presentado por el doctor Manuel E. Escudero para uniformar el procedimiento para los crímenes y delitos.

frecuentes en las cuestiones civiles; sobre todo antes, con la separación del fuero civil y comercial.

Hecha la clasificación de las infracciones, el art. 1º continúa y dice: "Son crímenes, delitos y contravenciones los *hechos*". Para que haya infracción de la ley penal, es necesario que el agente ejecute algo, con lo cual turbe las relaciones sociales; en una palabra, se necesita un elemento material; que tal individuo haya perpetrado tal hecho.

Pero el mal se causa de ordinario ejecutando un hecho, y por esto las leyes penales son por lo general prohibitivas; sin embargo, esas leyes son algunas veces preceptivas, siendo sus preceptos obligatorios, recayendo sanción en los que nos los cumplen. De modo que, se puede infringir la ley por actos de acción o de omisión.

Sin duda unos y otros están comprendidos en las palabras hechos, aunque impropriamente para las infracciones por omisión; ya que las infracciones de acción se las lleva a efecto ejecutando algo, y las de omisión dejando de ejecutar. De ahí que el Código español dice: "Es delito o falta toda acción u omisión":

Puede constituir materia del delito, tanto la acción en sentido estricto, esto es, la acción material, como la palabra, que también es una especie de acción. Por esto las infracciones de la ley penal pueden ser materiales como el homicidio, las heridas etc. y verbales como la amenaza, la calumnia, la revelación del secreto.

Pero además del elemento material, se requiere otro elemento para que exista infracción: el elemento moral, que esté comprendido en la palabra *imputables*.

El artículo que estudiamos no existía en los Códigos anteriores, los cuales principiaban por el art; 2º re-dactado casi en los mismos términos. Cuando se dictó el Código en vigencia, privaba Carrara como lo mejor en materia criminal, y de la definición que este autor da del delito, se tomó, sin duda, la palabra *imputables* (3).

---

(3) Carrara define el delito: "La infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente *imputable* y socialmente dañoso.

Para comprender, pues, el sentido de la palabra imputables no tenemos sino que recordar la teoría del autor citado sobre la imputabilidad o imputación; y para no extendernos demasiado, hagamos un resumen de esta teoría. Imputar, dice, es atribuir un hecho a una persona; pero para que podamos atribuirlo es necesario que esa persona sea su causa moral; es decir, que el hecho provenga de su inteligencia y voluntad. Donde falte la inteligencia, o donde no exista la voluntad no encontramos imputación o sea responsabilidad. El loco no comete delito porque no tiene inteligencia; el hombre atado no es delincuente porque no tiene libertad.

En la palabra imputables del art. 1º se encuentra pues, la condición de que para que haya infracción es menester que el agente al realizar un hecho, lo haga con inteligencia y voluntad; principio reconocido también en el art. 20.

Hemos dicho que es necesario que el ejecutor de un hecho tenga inteligencia y voluntad, pero no hemos afirmado que es necesaria la intención, aunque ésta provenga del concurso de las dos facultades, porque el Código no sólo castiga las infracciones provenientes del *dolo*, de la intención, sino también, en algunos casos, las que provienen de la *culpa*, ya que es necesario distinguir la intención de la voluntad, porque si bien todo acto intencional es voluntario, no todo lo que es voluntario es intencional.

Un individuo hace un disparo al aire, y causa la muerte de una persona, sin que el agente haya querido ni previsto la muerte. El individuo no se propuso con el acto del disparo el cumplimiento de un delito, y por eso no tuvo intención de cometerlo. Se reconoce que quiso el acto del disparo, pero se niega que lo haya querido como delito, y de ahí esas locuciones "lo hizo sin querer", "no lo hizo adrede", "lo hizo sin intención", que manifiestan la falta de intención pero no la falta de voluntad; y ese hecho debe ser castigado, porque fue voluntario, aunque las consecuencias no lo sean, porque podían ser previstas.

Pero puede suceder que el agente obre con inteligencia y voluntad; que quiera realizar un hecho que está considerado como infracción de la ley penal, y sin embargo no cometa infracción, porque su acto esté justificado por el ejercicio de un derecho; es decir porque exista una causa de justificación.

Un hombre es atacado por otro; ha llegado el momento de legítima defensa y mata a su adversario. Indudablemente el individuo atacado realizó el hecho con inteligencia y voluntad, y aún con intención, pero, no cometió ni crimen, ni delito ni contravención porque su hecho está justificado por la ley.

De modo que podemos agregar una tercera condición: "que el acto no se justifique por el ejercicio de un derecho".

Los hechos que están castigados por las leyes penales son unicamente los que constituyen crímenes, delitos o contravenciones.

Puede haber otras infracciones de ley que estén acompañadas de sanción, pero estas infracciones no son los hechos que considera el Código Penal; por esto se añade en la definición "que estén castigados por las leyes penales". Así, infracciones de las leyes administrativas son algunas veces castigadas, pero como no lo son por las leyes penales, no son crímenes, delitos ni contravenciones.

Es, pues, necesario otro elemento, que podemos llamarlo legal, para que exista infracción penal.

Acto que no esté prohibido u ordenado por una ley penal no es infracción, y en este concepto, podemos decir que dentro del derecho positivo el delito nace de la ley, pues pertenece al legislador declarar, a nombre de la sociedad, cuáles son los actos ilícitos porque son perjudiciales a ella; y, aun es menester que la ley haya declarado punible un hecho con anterioridad a su perpetración, como se dispone en el art. 9º.

En resumen, cuatro son los elementos necesarios para que exista infracción de la ley penal: 1º Elemento material: una acción o una omisión; 2º Elemento moral: inteligencia y voluntad; 3º Que el hecho no



se justifique por el ejercicio de un derecho; y 4º Que el hecho esté previsto y castigado por la ley penal.

Fuera de estos elementos generales, es menester que se cumplan los requisitos especiales para cada infracción; pero esto pertenece al estudio de la parte analítica.

---

Art. 2º Los crímenes se castigan con pena criminal; los delitos, con pena correccional; y las contravenciones, con pena de Policía.

En caso de que una misma infracción estuviere castigada con distintas penas peculiares, se atenderá a la mayor para la calificación del hecho.

Cuando concurren penas comunes con otras peculiares a la infracción castigada, no influyen aquellas en su calificación.

Si la Ley castiga una infracción sólo con penas comunes, será considerada como delito.

División de las penas en peculiares y comunes.—A cuál se atiende para calificar la infracción.—Concurrencia de varias penas peculiares; de penas peculiares y comunes, y de comunes solamente.—En caso de concurrencia de circunstancias agravantes, excusantes o atenuantes ¿se toman en cuenta para la clasificación de las infracciones?

Ya hemos dicho que por la pena se conoce la infracción, y que por aquella se clasifican en crímenes delitos y contravenciones. Si las infracciones se castigan con pena criminal, son crímenes; si la pena es correccional son delitos, y si es pena de policía, contravención. Hemos dicho también que en el art. 38 están determinadas cuáles son penas criminales, cuáles correccionales y cuáles de policía.

Pero, según el art. 38 las penas son peculiares y comunes; peculiares para cada una de las infracciones, y comunes para los crímenes y delitos, y comunes para las tres infracciones.

¿A cuál de las penas, a las peculiares o a las comunes se atenderá para calificar la infracción? Las penas peculiares son las que llevan la nota característica

de la infracción que se castiga; luego a éstas y no a las comunes se ha de atender para calificar la infracción; pues, las comunes son accesorias, casi siempre, de las peculiares.

Sin embargo, pueden presentarse los siguientes casos:

Primero: que una misma infracción esté castigada con varias penas peculiares;

Segundo: que esté castigada con penas peculiares y comunes, y

Tercero: que esté penada con penas comunes solamente.

En los incisos 2º, 3º y 4º del artículo que estudiamos, se fijan las reglas para resolver los casos propuestos.

Dado caso de que hubiere en el Código una infracción castigada con varias penas peculiares se atenderá a la mayor para la clasificación. Así, si una infracción estuviere castigada con reclusión, pena peculiar al crimen, y multa de dos décimos de sucre a treinta sucres, pena peculiar a la contravención, atenderíamos a la mayor, que es sin duda la reclusión, y tendríamos que es crimen.

La ley dice: "En caso de que una misma infracción estuviere castigada con distintas penas peculiares", pero en todo el Código no se encuentra una sola infracción que esté penada con distintas penas peculiares, y es natural que no lo pueda estar al mismo tiempo con reclusión y prisión p. ej., aunque pudiera serlo con prisión y multa.

Hay casos en que un mismo hecho puede constituir varias infracciones, pero, según el art. 65, "cuando un solo hecho constituya varias infracciones, únicamente se impondrá la pena más rigurosa", y, por lo mismo, jamás puede haber penas peculiares que concurren en una misma infracción.

En caso de que concurren penas peculiares y comunes, el inciso 3º dice que estas no influyen en la calificación; y esto es natural, porque, como lo hemos dicho, las penas peculiares son las que llevan la nota característica de la infracción.

Las infracciones que estén castigadas con penas comunes solamente, son consideradas delitos; por ejemplo la determinada en el art. 216, penada con multa de ochenta a ciento sesenta sucres, pena común al crimen y delito, ya que la multa excede de treinta sucres.

Por lo demás, la clasificación de las infracciones según su gravedad, influye en todo el derecho penal, como lo veremos tratándose de la prescripción, de la concurrencia de varias infracciones, de la reincidencia y de las circunstancias de excusa y de las atenuantes.

Pero un mismo hecho, según las circunstancias con las cuales se lo haya cometido, puede ser crimen, delito o contravención. Un hecho que es considerado como crimen, bien puede ser únicamente un delito en virtud de una circunstancia excusante. Por ejemplo, el homicidio castigado como está por la ley con reclusión es un crimen, pero si se lo ha cometido con la excusa de la provocación es un delito, ya que la pena es de prisión.

¿En qué momento del juzgamiento decidiremos que es un crimen o un delito la infracción cometida? Mientras por una decisión definitiva no se haya determinado la pena, es el texto legal aplicable el que fija el carácter de la infracción. El texto legal, es decir, el texto que prevé el hecho tal cual está castigado, con las circunstancias agravantes que le acompañan, abstracción hecha de las circunstancias justificativas, excusantes o atenuantes, que no surten efecto sobre la pena, sino desde el momento en que hayan sido reconocidas por el juez o tribunal encargado del juzgamiento.

Así en el caso del homicidio. Un individuo ha sido acusado por homicidio voluntario, sujeto al juicio de jurados, se reconoce la excusa de la provocación, el juez al imponer la pena aplicará el art. 60 y le condenará a prisión correccional, y, por lo tanto, no ha cometido sino un delito.

---

Art. 3º Repútanse como voluntarios y maliciosos ante la Ley, todos los crímenes y delitos, mientras no se pruebe lo contrario; excepto, cuando todas las circuns-

tancias que precedieron o acompañaron al hecho, pongan fuera de duda, que no hubo intención dañada al cometerlo.

Presunción que establece la ley en el art. 3º.—Prueba en contra de la presunción legal.—Sentido del término *voluntarios*.—Crímenes voluntarios no intencionales.—¿Puede haber crímenes involuntarios?—Delitos involuntarios.—Concepto de la palabra maliciosos.—Este artículo corresponde más bien al derecho adjetivo que al sustantivo.—Exclusión de las contravenciones.—Crítica de la segunda parte del artículo.—Contradicción aparente entre este artículo y la garantía consignada en el núm. 2º del artículo 26 de la Constitución.

Al estudiar en el art. 1º la palabra imputables dijimos, que para imputar un hecho a una persona, era necesario que ese hecho haya sido ejecutado con inteligencia y voluntad; es decir, que haya sido el resultado del conocimiento y de la libertad del agente.

En el art. 3º establece la ley la presunción de <sup>hecho</sup> derecho de que todo individuo al ejecutar un acto lo hace con inteligencia y voluntad; y, además, con intención de dañar.

La cuestión de las presunciones es una de las más arduas y más importantes del Derecho, y su resolución, en cada caso, uno de los primeros objetos de la Jurisprudencia.

¿Qué es lo que debe presumir el legislador? El legislador al presumir algo, debe hacerlo en lo más general, en lo que sucede de ordinario, en lo que pasa casi siempre.

Cuando el hombre ejecuta algún acto, considera el Código Penal que ese acto, es por lo natural, de ordinario, el resultado de la inteligencia y de la voluntad; vé en el hombre un sér en el cual la inteligencia y la libertad están en su naturaleza, y aceptando este concepto, tiene que presumir que los hechos ilícitos, según la ley penal, son el resultado de la facultad de discernir y de la facultad de hacer o de abstenerse.

Cuando el hombre con inteligencia y libertad ejecuta un acto, dirigiendo su voluntad a la realización de

ese acto, nuestro Código lo califica de *voluntario*, y si es el resultado no de la intención sino de la imprevisión o negligencia lo llama involuntario, aunque debiera decirse intencional o no intencional. Lo voluntario, para el Código Penal, es, pues, lo intencional.

Ahora bien, toda presunción de ~~derecho~~<sup>hecho</sup> admite prueba en contrario, y si el legislador cree que lo que pasa por lo general es que el hombre obra con inteligencia y voluntad, puede haber casos, como efectivamente los hay, en que desaparecen esas facultades, y entonces el actor no es responsable de sus hechos; y por esto se añade "mientras no se pruebe lo contrario", lo que no había necesidad de decirlo, pues toda presunción de ~~derecho~~<sup>hecho</sup>, según principio de legislación, admite prueba en contrario.

Además, en el artículo 20 está establecido el principio de que "son delincuentes únicamente los individuos que han cometido el hecho con inteligencia y voluntad", principio que es el mismo que el establecido en el art. 3º

El individuo acusado de un hecho delictuoso, si pretende que no ha procedido con inteligencia y voluntad, deberá hacer desaparecer la presunción que establece la ley, probando algunas de las causas de no imputabilidad.

El agente, al ejecutar un acto, puede encontrarse en uno de estos tres estados: quiere y prevé las consecuencias de su acto, y las quiere precisamente en vista de las consecuencias; o bien, el efecto alcanzado no ha sido sino una consecuencia posible de los actos del agente, quien ha querido los medios sin querer precisamente el efecto; o, por último, el efecto no ha sido querido ni previsto.

En el primer caso, tendríamos lo que los criminalistas llaman la intención directa; y en el segundo, la intención indirecta positiva, que da lugar al dolo indeterminado.

Este último, el dolo indeterminado, produce, según el sistema de nuestro Código, los crímenes voluntarios no intencionales, caso previsto en el art. 400. Un hombre da voluntariamente golpes a otro, pero sin querer causarle la muerte, y la muerte se efectúa, tendremos un homicidio voluntario no intencional.

El art. dice también: "Repútanse como voluntarios, maliciosos ante la Ley, todos los crímenes y delitos, mientras no se pruebe lo contrario"; es decir, que si se prueba lo contrario puede haber crímenes involuntarios. La ley, lo repetimos, castiga no sólo los hechos resultado del *dolo*, sino, en algunos casos, castiga los provenientes de la *culpa*. Pero los hechos que son resultado de imprevisión o falta de precaución no son crímenes, todos son delitos; y esto es justo, porque si los crímenes son los hechos punibles que ocupan el lugar más alto en la escala de la gravedad, un hecho no intencional, involuntario según el Código, nunca tiene una gravedad mayor, capaz de ser tenido como crimen.

Fijemos el significado de la palabra "malicioso". El término malicioso es el "ánimo de causar mal". La malicia implica, pues, la intención de causar un daño.

Pero es preciso no confundir la intención de cometer un delito, con los motivos que determinaron la voluntad del culpable y le decidieron a realizarlo. Se ha cometido un homicidio, se comprueba que el autor ha querido dar la muerte: esta es la intención directa, sin la cual el homicidio voluntario no existe. Si el homicidio ha sido cometido por satisfacer una venganza, por celos, por apoderarse de los bienes de la víctima, este es el motivo, la causa indirecta o remota del crimen, que la ley, en principio no tiene en cuenta para establecer la culpabilidad.

Sin embargo, esta regla no es absoluta, porque la ley hace depender la culpabilidad, en muchos casos, de la ilegitimidad de los motivos que han determinado al agente, sea poniendo esa condición en la definición del crimen o del delito, sea que la naturaleza misma del hecho supone necesariamente esa condición que está sobreentendida en la ley.

Observemos también que no todo acto ejecutado con intención es malicioso, aunque los actos que se los haya ejecutado con malicia sean intencionales. En el caso de legítima defensa, un homicidio cometido con esta causa de justificación sería intencional pero no malicioso puesto que fue un acto lícito.

Si hubiera necesidad de este artículo correspondería más bien al derecho adjetivo que al sustantivo; pues determina la manera cómo ha de proceder el juez, caso de que no haya suficiente prueba para destruir la presunción que hace la ley, de que todo crimen es voluntario y malicioso.

No se ha hecho mención, en el artículo que estudiamos, de las contravenciones, limitándolo sólo a los crímenes y delitos. Esto, sin duda, es un defecto de redacción, proveniente de no haber usado el término general de hechos punibles, para no repetir a cada paso crímenes, delitos y contravenciones.

Según el sistema tripartito, adoptado por el legislador ecuatoriano, se atiende a la gravedad del hecho para calificar la infracción; de modo que las contravenciones no excluyen de ninguna manera la malicia, sólo que corresponden a una escala mínima de culpabilidad.

Para los criminalistas que quieren ver en la intención una diferencia entre delitos y contravenciones, la supresión de éstas, en el art. 3º, estuviera conforme con el sistema de tales criminalistas, que ven en los hechos dañosos que nuestro Código castiga con penas de Policía el efecto de la negligencia o falta de precaución en los contraventores, pero, de ninguna manera, el fruto de la intención criminal.

Pero, repetimos, este no es el sistema seguido por el legislador ecuatoriano, pues todas las infracciones, de conformidad con el art. 1º del Código Penal, son hechos imputables, y, por lo mismo, las contravenciones; principio consignado también, para estas últimas, en el art. 24 del Código de Policía.

El art. 3º está tomado del Código Penal español, el cual termina, en la disposición análoga, con las palabras "mientras no se pruebe lo contrario", en las que terminaba también el Código ecuatoriano anterior.

No encuentro la razón para el aumento de la segunda parte: "excepto, cuando todas las circunstancias que precedieron o acompañaron al hecho, pongan fuera de duda, que no hubo intención dañada al cometerlo", porque esto precisamente implica que se ha probado lo

contrario; esto es que el crimen o delito no ha sido voluntario y malicioso. Está, pues, por demás la segunda parte, siendo inútil todo el artículo; para establecer la responsabilidad bastan los arts. 11 y 20.

Para concluir resolvamos una aparente contradicción entre el art. 3º y la garantía constitucional consignada en el art. 2º del art. 26 de la Constitución.

Este art. dice: "que a toda persona se le presume inocente mientras no haya sido declarado culpado conforme a las leyes." Observemos que el artículo constitucional es para el caso de no saberse si se ha cometido un hecho punible por un individuo; y en tal caso, debe presumírsele inocente hasta que resulte lo contrario.

En el caso del art. 3º del Código Penal se sabe que se ha cometido por un individuo un hecho punible, y lo que se presume es que ha obrado con voluntad y malicia.

Relativamente a presunciones, es lógico que se presuma lo general y más común. En efecto, la Constitución presume la inocencia de un sospechoso, a causa de que la inocencia es la más general en el hombre y lo excepcional la criminalidad. De la misma manera, el Código, siguiendo las reglas de la escuela clásica, cree, que lo más general, en el que ha cometido un hecho punible, es que ese hecho ha sido el resultado de su inteligencia y libertad.

---

Art. 4º Son punibles no sólo los crímenes y delitos consumados, sino aun los frustrados y las tentativas.

Las contravenciones sólo son punibles cuando han sido consumadas.

Art. 5º Hay crimen o delito frustrado, cuando se ejecutan, con intención de cometerlo, todos los actos que deberían producir, como efecto, el crimen o delito consumado; y que, si no lo producen, es únicamente por circunstancias ajenas a la voluntad del infractor.

Art. 6º Hay tentativa punible cuando la resolución de cometer un crimen o delito, ha sido manifestada por actos exteriores que constituyen un principio de ejecución; y de manera que, si no hubo ejecución completa de los actos que debían producir la infracción,

fue sólo por circunstancias independientes de la voluntad del autor.

La tentativa de un crimen o delito, cuya ejecución, aunque ya empezada, se haya suspendido por desistimiento voluntario del autor, no será castigada; excepto, cuando el acto que se hubiere ya cometido para comenzar la ejecución del crimen o delito, tenga señalada alguna pena; o cuando la Ley en casos especiales, califica como delito o crimen consumado, la mera tentativa.

Si los actos externos, preparatorios de un crimen o delito, tuvieren señalada alguna pena, serán castigados con élla; aunque todovía no constituyan un principio de ejecución que pueda calificarse como tentativa.

División de los delitos en perfectos e imperfectos.—Concepto de unos y otros.—Crímenes, delitos y contravenciones consumados.—Crímenes y delitos frustrados y tentativas.—¿Deben castigarse todas las tentativas de delito?—La ley no castiga sino las contravenciones consumadas.—Los arts. 5º 6º fijan las condiciones necesarias para que haya crimen o delito frustrado y tentativa.—Definición de la tentativa.—Condiciones para que haya tentativa: 1ª Resolución de cometer un crimen o delito.—¿Puede encontrarse tentativa en los delitos involuntarios?—2ª La resolución de cometer un crimen o delito debe ser la resolución de cometer un crimen o delito determinado.—Crímenes o delitos cometidos en el impulso de las pasiones.—3ª La resolución debe manifestarse por actos exteriores.—4ª Estos actos exteriores deben constituir un principio de ejecución.—Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución.—Delitos imposibles.—5ª Que no haya habido ejecución completa de los actos.—Sentido de las palabras *debían producir la infracción*.—Ejecución de actos no idoneos.—Causas dependientes e independientes de la voluntad del autor.—Desistimiento voluntario.—Si el autor desiste voluntariamente no hay tentativa punible.—Si los actos de ejecución tuvieren señalada alguna pena, debe aplicarse la pena señalada a esos actos y no la pena de la tentativa.—Calificación de crímenes o delitos consumados a la mera tentativa.—Pena con la cual se castigan los actos preparatorios, caso que constituyan infracción de la ley penal.—Definición del delito o crimen frustrado.—Las condiciones intencionales para que haya tentativa se aplican al delito o crimen frustrado.—La diferencia entre tentativa e infracción frustrada se encuentra en los elementos físicos.—Ejecución de todos los actos que deberían producir la infracción.—Sentido de las palabras

*como efecto.* —Circunstancias ajenas a la voluntad del infractor.

El art. 4º establece el principio de que no sólo son castigados los crímenes y delitos consumados, sino también los frustrados y la tentativa; esto es, acepta una de las divisiones de las infracciones desde el punto de vista de su materialidad: consumadas, frustradas y tentativa, las cuales han sido denominadas, delitos perfectos e imperfectos, siguiendo la tecnología de la escuela clásica objetiva, correspondiendo al delito perfecto el consumado y al imperfecto la tentativa y delito frustrado; si bien hay impropiedad en esta denominación, pues tanto el uno como el otro son perfectos, ya que encontramos los elementos completos para que exista delito. Habrá, como dice un autor, una obra imperfecta, pero no un delito imperfecto.

La infracción consumada tiene lugar, en el sentido legal, cuando el hecho reúne todas las condiciones que exige la ley para la existencia de esa infracción. De modo que, para saber si la infracción de que se trata se ha consumado, o si no hay sino un delito frustrado o tentativa, es preciso examinar, no si el autor ha conseguido su objeto, sino si en el hecho se encuentran todos los elementos constitutivos del crimen tal cual está definido por la ley. Atenderemos, pues, a la definición dada por el legislador para saber si la infracción se ha consumado.

La ley exige, las más de las veces, como condición para la consumación del delito, que el acto delictuoso haya producido su objeto, y que el agente haya obtenido el resultado que pretendía. Pero en algunos casos la ley castiga un hecho determinado, hecho cuya sola ejecución, sin tener en cuenta los resultados, constituye la consumación de la infracción.

Así, para que haya homicidio, la ley exige que la muerte de un hombre por obra de otro se efectúe; pero para la falsificación de monedas no requiere sino que éstas hayan sido falsificadas o alteradas, aun cuando no se las ponga en circulación.



Antes de entrar en el estudio del concepto legal de tentativa y delito frustrado, hagamos una observación al art. 4º.

El Código Penal anterior no castigaba todas las tentativas de delito, y teníamos esta disposición: "La ley determina en qué casos y con qué penas son castigadas las tentativas de delito", y en la parte especial, fijaba los delitos cuya tentativa creía conveniente castigar, y la pena que imponía para esas tentativas.

La disposición transcrita, no es sino una consecuencia de la clasificación tripartita; pues, siendo los delitos menos graves que los crímenes, el legislador podía dejar en impunidad las tentativas de algunos delitos, y castigarla en los más graves.

Las legislaciones que aceptan la división bipartita declaran punible toda tentativa de delito, salvo excepción.

El Código en vigencia, a pesar de haber seguido el sistema de la división tripartita, se ha separado, en este punto, de una de sus consecuencias, castigando toda tentativa de delito.

Pero hay delitos que aún consumados apenas causan daño ya sea particular o social, y el legislador los castiga con el mínimum de la pena aplicable a los delitos; la tentativa de estos delitos no causará daño alguno o lo causará imperceptiblemente, y como la pena con que se castiga la tentativa es igual a la tercera parte de la que se habría impuesto al delito si se hubiera consumado, resulta que es irrisoria la pena de la tentativa para esos delitos, sin que merezca seguirse todo un proceso criminal con Comisarios, Jueces, etc. para obtener ese resultado. Así, hay infracciones que consumadas se las castiga con ocho días prisión como mínimum, la tentativa se la castiga con dos días ocho horas, confundándose casi con el mínimum de la prisión aplicable a las contravenciones.

En cuanto a que estas últimas no se las castiga sino cuando han sido consumadas, es unánime en las legislaciones este principio, ya se acepte cualquiera de los sistemas de división de las infracciones.

Los artículos 5º y 6º fijan las condiciones necesarias para que pueda encontrarse crimen y delito frustrado y tentativa de crimen o delito; por esto, principian con estas palabras la definición de uno y otra: "Hay crimen o delito frustrado". "Hay tentativa punible", lo que indica que en el proceso han de estar comprobadas cada una de esas condiciones. Podrá a veces haber tentativa o infracción frustrada en el sentido vulgar; pero no las que castiga la ley; de modo que es indispensable determinar con la mayor precisión cuando hay tentativa y delito frustrado en el concepto legal y cuando no hay sino apariencia de tentativa.

Como los requisitos que se requieren para que haya infracción frustrada y tentativa son los mismos para el crimen y para el delito, usaremos indistintamente de las palabras crimen o delito.

Para estudiar con método vamos a invertir el orden del Código, examinando en primer lugar la tentativa; porque sabiendo lo que es ésta, es más fácil comprender el concepto del delito frustrado.

El art. 6º comienza la definición de tentativa diciendo: "Hay tentativa punible cuando la resolución de cometer un crimen o delito", lo que manifiesta que la primera condición para que exista tentativa es: resolución de cometer un crimen o delito.

Cuando se ha consumado el delito, el hecho realizado nos revela por sí mismo la voluntad del agente, y la presunción jurídica nos lleva a la consecuencia de que se quiso hacer lo que se hizo, ya que esta presunción se deriva del curso ordinario de las cosas, salvo que el acusado destruya esta presunción.

Pero en la tentativa, el hecho criminal que tuvo en mira el agente no existe, y para acusar de tentativa a un individuo, debemos estar firmemente convencidos de que su intención se dirigió a cometer un delito que no lo cometió. Por esto, si queremos declarar a alguno como autor de tentativa, hemos de encontrar la prueba de que

no solamente pudo realizar el hecho criminal, sino que hemos de estar ciertos de que quiso realizarlo.

“La esencia de la tentativa, dice Carrara, y con razón, estriba en la previsión de un resultado no obtenido y en la voluntad de obtenerlo”. En la tentativa no se castiga el mal causado, ya que muchas veces no existe, se pena el mal que se ha querido causar.

La existencia de la resolución criminal, es, pues, esencial para la tentativa. La intención del agente debe ir directamente a la realización del hecho criminal. No se puede tentar sino lo que ~~se~~ se quiere; y por esto no podemos encontrar tentativa en la culpa, es necesario el dolo.

De lo dicho resulta que no puede hallarse tentativa en los delitos involuntarios. En esta clase de delitos la resolución criminal no existe, es el resultado de la falta de precaución o previsión.

Entre la culpa y la tentativa hay una antítesis perfecta, ya que la esencia de la culpa consiste en la falta de voluntad hácia el hecho criminoso, y la de la tentativa en que el fin que se propuso el agente fue previsto y no se realizó. En la última tenemos la previsión; en la primera lo imprevisto, si bien podía preverse.

Podrá a veces imponerse castigo a los actos imprudentes, aun cuando no causen daño alguno, pero no se los castiga como tentativas de los actos perjudiciales que pudieran resultar, sino como delitos especiales, por el peligro que es menester precaver.

Pero la resolución criminal no es una resolución cualquiera, es menester que el agente dirija su voluntad a cometer un crimen o delito determinado; por esto expresa el Código, “resolución de cometer *un* crimen o *un* delito”, siendo, pues, esta la segunda condición para la tentativa; condición que estaba más claramente determinada en el Código anterior con estas palabras: “Cuando la resolución de cometer un crimen o delito ha sido manifestada por actos exteriores que constituyen un principio de ejecución *del* crimen o delito”

Un mismo hecho puede ser una infracción consumada y la tentativa de otra más grave, y para decir que

ha habido esta última, hemos de justificar plenamente que lo que quiso el agente fue realizar el delito que no lo realizó, en lugar del que efectivamente cometió. Si un individuo ha herido a otro, tendremos el delito de heridas que puede ser tentativa de homicidio; para acusarle de esta última, se ha de probar que lo que quiso fue matar y no solamente herir.

Del mismo principio resulta que no puede encontrarse tentativa en aquellas infracciones que resultan de un hecho cometido voluntariamente, pero cuyo efecto es más grave del que tuvo en mira el agente. Tal es, por ejemplo, el crimen previsto por el art. 400; porque si los golpes y las heridas no han causado la muerte, sino una incapacidad o enfermedad temporal o permanente, será responsable de las infracciones previstas en los art. 398 o 399, y si la han causado, es el caso del art. 400.

También se presenta la cuestión de si puede encontrarse tentativa en los hechos que se cometen en el arrebato súbito de las pasiones.

Sobre este punto me parece muy aceptable la teoría de Carrara, que podemos sintetizarla así: El hombre que se halla impulsado por una pasión fuerte, pierde la facultad de reflexionar, y no le acusaremos de tentativa, ya que en ese estado de ánimo no resulta clara la intención de causar un delito, aunque los medios empleados sean capaces de producirlo; pues de los medios no puede deducirse consecuencia alguna, si el que los empleó no tuvo facultad para reflexionar, para calcular. El hombre impulsado por una pasión fuerte como la cólera o el temor, recurre al primer instrumento que se le presenta, y si hiere, hiere por herir, pero no porque a su espíritu se le presente la idea de homicidio; y como no tenemos certidumbre de que se ha querido matar, hemos de presumir que lo que quiso fue herir; ya que, en todo caso de duda, hemos de interpretar lo más favorable al reo.

Pero esto será cuando los actos verificados puedan producir dos efectos diferentes, que si no producen sino uno, es de necesidad lógica presumir que se ha querido el único efecto que podía resultar, porque no pode-

mos suponer que el hombre al ejecutar un acto, obre sin querer algo.

Determinado el elemento intencional de la tentativa, debemos estudiar el elemento físico.

No basta que el agente tenga resolución de cometer un crimen o delito, es menester que esta resolución se manifieste por "actos exteriores", siendo esta la tercera condición para que exista tentativa, como condición que es necesaria también para que haya infracción punible, como dijimos al estudiar el artículo 1º

Sin embargo no todos los actos exteriores con los cuales un agente manifieste su resolución de verificar un hecho criminal son suficientes para la tentativa que castiga la ley, es preciso que esos actos exteriores constituyan "un principio de ejecución."

Pero, ¿cuáles son los actos exteriores que constituyen un principio de ejecución? Este es uno de los puntos más difíciles en la tentativa, y para resolverlo tenemos que distinguir los actos preparatorios de los de ejecución.

En la ley no encontramos una regla para distinguir esta clase de actos; es una cuestión que no la ha explicado el legislador ni podía explicarla, ya que no se la puede resolver en principio, con una regla absoluta para todos los casos.

Mas, si el legislador no podía dar una regla general, no por eso debemos dejar de distinguir unos de otros, y vamos a intentar hacerlo.

Cuando el agente ha resuelto la comisión de un delito, manifiesta su resolución por actos externos, y la primera forma de esta manifestación es el acto preparatorio, por la cual el agente dispone sus medios de acción. La segunda forma consiste en los actos de ejecución.

Los actos preparatorios son aquellos que no se relacionan con el delito proyectado sino en la intención del agente. Por medio de estos actos el agente se pone en las condiciones queridas para que la ejecución sea posible.

Los actos preparatorios tienen, en primer lugar, un carácter equívoco, no se relacionan a una infracción de-

terminada, y este carácter es la razón por la cual quedan impunes. La compra de una arma puede ser para la realización de un homicidio, como para un objeto en sí mismo inocente.

Pero aun cuando por razón de circunstancias especiales, aparezca, por el lazo intencional, que se relacionan estos actos a un crimen, hay, entre el acto preparatorio y la acción criminal, mucha distancia aún para suponer que el agente hubiera llegado al fin, y bastarnos en esto para la aplicación de una pena.

El legislador, por otra parte, puede castigar los actos preparatorios, pero como delitos especiales y no relacionándolos con la tentativa.

Los actos de ejecución son aquellos que tienden directa e inmediatamente al delito, tal como lo define la ley; de modo que es menester investigar la intención del agente para saber si esos actos tendían o no al delito.

Un individuo penetra en una habitación por medio del escalamiento, este acto por sí solo no demuestra la intención de cometer un hecho punible determinado, puede ser para verificar un robo como para otro delito.

Por lo demás, la ley exige para la existencia de la tentativa que los actos exteriores con los cuales el agente ha manifestado su resolución criminal, constituyan un "principio de ejecución"; es decir que el agente haya comenzado no el crimen mismo, sino la ejecución de ese crimen, el cual puede componerse de varios hechos. La tentativa existe desde que el agente comienza a ejecutar su proyecto. Para que haya tentativa de homicidio, por ejemplo, no es necesario que el autor haya disparado sobre su víctima, bastaría que haya tratado de realizar de una manera inmediata y directa.

En las palabras "principio de ejecución", encuentran los comentadores del Código Penal francés, la posibilidad de la ejecución, porque en lo que no es posible, no puede darse comienzo de ejecución.

Pero la imposibilidad de ejecutar un delito puede provenir de la no existencia del delito, o por no ser idóneos los medios empleados o de la falta del objeto del delito.

La imposibilidad de ejecutar un delito por la no existencia del delito, proviene de algún obstáculo legal que hace imposible cometerlo. Si alguien queriendo cometer un robo, ejecuta actos que tiendan a apoderarse de una cosa de su padre, no tendremos tentativa de robo, o más bien ésta no será castigada; pues no castigándose la infracción consumada no puede encontrarse tentativa punible.

Pero si esta imposibilidad legal proviene solamente de un accidente que haya hecho imposible la consumación del delito, creo que sí habría tentativa. Si alguien penetra en una morada ajena, derriba la puerta, y efectúa actos con intención de robar, y el ladrón por cualquier circunstancia se apodera de una cosa de su padre que por casualidad se encontraba allí, en lugar de tomar lo ajeno, no habrá robo consumado, pero sí tentativa de robo de las cosas ajenas, hubo "principio de ejecución" de ese robo.

Análogo a los casos anteriores es la imposibilidad de efectuar un delito por falta del objeto del delito.

Si el objeto del delito no ha existido siempre no puede hallarse tentativa, pues si es imposible la consumación del delito, también lo es la tentativa del mismo. Si ladrones se introducen en una casa completamente abandonada, de costumbre deshabitada, no tendremos tentativa de robo, se empleó la actividad en una cosa imposible.

Pero si la falta del objeto del delito ha sido accidental, ¿tendremos tentativa punible? En el terreno de los principios, creo que bien pudiera hallarse tentativa, porque el no haberse consumado la infracción, dependió de una circunstancia fortuita, independiente de la voluntad del culpable.

Los comentadores de los Códigos penal francés y belga, dados los términos en que está redactado el artículo 2º del Código francés y 51 del belga, están en completo desacuerdo acerca de este punto, y se han dado diversas decisiones por los Tribunales de Justicia de esas Naciones, presentándose igual dificultad en la aplicación

del artículo 7º del Código ecuatoriano anterior al vigente.

La resolución de este problema, de acuerdo con el artículo 6º que estudiamos, es idéntica para la imposibilidad del delito por la no existencia del objeto y por la no idoneidad de los medios, y procuraremos solucionarlo al analizar las palabras "que debían producir la infracción."

Hasta aquí hemos visto las condiciones, que podemos llamarlas positivas, necesarias para que exista tentativa: resolución de cometer un crimen o delito determinado; que esta resolución se manifieste por actos exteriores; y los actos exteriores deben constituir un principio de ejecución.

Pero la ley añade: "y de manera que si no hubo ejecución completa de los actos", en lo que encontramos otra condición que la denominaremos negativa.

Para la tentativa se requiere un principio de ejecución, pero si no sólo ha habido un principio de ejecución, sino que se han ejecutado todos los actos, desaparece la tentativa, no por falta de condiciones sino por exceso de las mismas.

En los delitos que se perfeccionan en un solo acto, como en los de palabra, la injuria, la calumnia, no cabe principio de ejecución, sino ejecución completa: se pronunció o no se pronunció la palabra.

Puede que se hayan ejecutado todos los actos, y no consumarse el delito, y también en este caso no tiene lugar la noción de la tentativa, pues entramos ya en el delito frustrado. Para la tentativa el principio de ejecución; para el delito frustrado la ejecución completa, siendo ésta la diferencia entre uno y otra, como lo veremos al analizar la infracción frustrada.

Mas, el agente ha podido realizar todos los actos que tiendan al delito, su intención se ha mostrado claramente, no hay duda que quiso cometer un crimen o delito, y sin embargo la violación del derecho no se efectúa, porque los actos no "debían producir la infracción", ¿encontraremos tentativa en este caso? En una palabra, ¿puede hallarse tentativa en la ejecución de actos no idóneos?

Hemos dicho ya que este caso tiene analogía con la no existencia del objeto del delito, y para resolver uno y otro nos valdremos del mismo razonamiento.

Si la no existencia del objeto es permanente o si la no idoneidad de los medios es absoluta, no puede encontrarse tentativa, porque no ha habido principio de ejecución de un delito, cuando la actividad se ha empleado en la ejecución de actos que no debían producir la infracción; actos con los cuales no puede producirse ningún resultado es lo mismo que si no se los hubiera realizado.

Si un individuo queriendo envenenar usa azúcar, por ejemplo, no podemos afirmar que ha comenzado la ejecución de un delito, ya que con este medio es imposible obtener el resultado querido; no debía producir el envenenamiento, ya sea que emplee ese medio por ignorancia o por error, aun cuando en este último caso están en desacuerdo las escuelas ontológica, subjetiva y positivista, hallándose casi conformes las dos últimas.

Los que ven en la intención el fundamento del castigo, encuentran un hecho que debe castigarse, pues se manifestó la resolución criminal; está demostrada la perversidad criminal, dicen los positivistas.

No entramos en la discusión teórica de este punto, sino en la interpretación de lo hecho por el legislador ecuatoriano, y de conformidad con las palabras de la ley, creo que no puede hallarse tentativa.

Pero si la falta del objeto del delito es accidental o si la no idoneidad de los medios es relativa, bien creo que existe la tentativa punible, porque la tentativa se encuentra en el comienzo de la ejecución, y siendo los medios aptos relativamente, el agente dió principio a un delito que no podrá ejecutarse completamente, por lo que no existirá delito frustrado, como lo veremos después, pero hubo un principio de ejecución y, por lo mismo, tentativa.

Hemos estudiado hasta aquí los elementos constitutivos de la tentativa; veamos una circunstancia accidental: la falta de desistimiento.

Para la tentativa, lo repetimos, es necesario un principio de ejecución, y que no haya habido ejecución com-

pleta, pero esta falta de ejecución completa puede provenir de circunstancias dependientes o independientes de la voluntad del autor.

Si fue un cambio de la voluntad del culpable, desistimiento espontáneo, la tentativa no es punible, porque es necesario que esas circunstancias sean independientes de su voluntad: no existe tentativa legal cuando el desistimiento es voluntario, según el inciso 1º del art. 6º

Un individuo con el fin de robar rompe la puerta de una casa, se arrepiente y no continúa en la ejecución de su intento, tal tentativa no es punible, porque lo que impidió la completa ejecución no fue una circunstancia accidental.

Este principio está repetido en el inciso 2º del art. 6º que dice: "La tentativa de un crimen o delito, cuya ejecución, ya empezada, se haya suspendido por desistimiento voluntario del autor, no será castigada", pero añade: "excepto cuando el acto que se hubiere ya cometido para comenzar la ejecución del crimen o delito, tenga señalada alguna pena", por lo que parece que el legislador quiere castigar la tentativa, aunque haya desistimiento voluntario, en el caso de que los primeros actos de ejecución constituyan infracción punible.

En la legislación anterior teníamos análoga disposición, pues se decía: "no será castigada sino cuando el acto que se hubiere cometido para preparar o comenzar la ejecución del crimen o delito principal, tenga señalada alguna pena. En tal caso será ésta la que se aplique."

De acuerdo con el inciso 2º del art. 6º que lo hemos transcrito, se deduce que la tentativa debe ser castigada y que la pena debe ser la de <sup>la</sup> tentativa; mas según el inciso 1º esa tentativa no es punible, puesto que la ejecución se suspendió por una circunstancia dependiente de la voluntad, y falta un requisito esencial para la tentativa tal como la define la ley, por lo que, creo, que esa tentativa no debe ser castigada; o más bien dicho, no existe tentativa; pero como los actos son punibles y deben llevar alguna sanción, se impondrá la pena que merezcan esos actos y no la de la tentativa.

El inciso 2º en su parte final dice: "o cuando la ley

F.E.

en casos especiales, califica como delito o crimen consumado, la mera tentativa.”

La ley en algunos casos asimila la tentativa al delito consumado, porque la violación del derecho se efectúa por la simple ejecución de actos que tienden a conseguir un fin, aunque el resultado no se efectúe; esto tiene lugar principalmente en los delitos políticos.

Así en el art. 96 se dice: “El hecho existe desde que hay tentativa punible.”

Estos delitos se consideran consumados desde que hay un principio de ejecución, porque si se esperara que el resultado se efectúe, el resultado sería la victoria, muchas veces, y la victoria la impunidad.

Pero si se castiga la tentativa como el delito consumado, debe ser siempre que la tentativa reúna los requisitos para que exista legalmente; es decir, tal como lo define el inciso 1º del art. 6º, que no se haya llegado a la ejecución completa de los actos por circunstancias ajenas de la voluntad del autor.

Mas, según el inciso segundo, esos crímenes serían castigados, y como consumados, aun cuando los autores de él se hayan arrepentido después de los primeros actos de ejecución; sin embargo de que el inciso primero no los considera como tentativas, lo cual no puede aceptarse, ni en el terreno de los principios ni en la interpretación legal. Se debe, pues, entender la tentativa en el sentido del inciso primero; lo contrario, sería llegar casi al absurdo del Código Penal francés que asimilaba, en estos crímenes, los actos meramente preparatorios al crimen consumado, y se daría la monstruosidad de que el desistimiento voluntario aprovecha para los crímenes comunes, pero no para los políticos.

Creo, pues, siempre que la ley asimila la tentativa al delito consumado, debe ser la tentativa descrita en el inciso primero del art. 6º

El inciso último del art. 6º no ofrece dificultad alguna. La pena con la cual se castiguen los actos preparatorios, cuando constituyan delitos, debe ser la correspondiente a esos delitos.

En la parte final hay la redundancia de decir: “aun-

que no constituyan un principio de ejecución"; pues, si son preparatorios no son de ejecución, y si fueran de este último carácter estarían comprendidos en el inciso segundo.

Estudiada una de las especies del delito imperfecto, tócanos examinar el crimen o delito frustrado.

El art. 5º define lo que es el delito frustrado, a diferencia de lo establecido en el Código Penal anterior que, siguiendo a los Códigos belga y francés, comprendía en la definición de tentativa el concepto de delito frustrado.

En el crimen frustrado lo mismo que en toda infracción de la ley penal, tenemos que considerar los dos elementos: el elemento moral y el elemento físico.

En cuanto al primero, lo que hemos dicho de la intención al hablar de la tentativa, tenemos que decir del delito frustrado.

En el delito imperfecto, en cualquiera de sus clases, la fuerza moral se encuentra en su plenitud, y si no se ha llegado a la consumación, no es por falta o degradación de esta fuerza, sino porque los elementos físicos han sido incompletos, ya porque el agente no ha ejecutado todos los actos, o aunque los haya ejecutado, el fin que se proponía el infractor no se ha realizado.

No puede, pues, encontrarse delito frustrado sino cuando el agente tenga intención de cometer un crimen o delito determinado.

La diferencia entre tentativa y delito frustrado no se halla en la intención: es perfecta y directa en uno y otra. La diferencia se encuentra en el elemento físico.

Veamos, pues, este elemento.

En la tentativa es suficiente el comienzo de ejecución, pero si ésta no solamente ha comenzado sino que se ha verificado en su totalidad, tenemos el delito frustrado, por eso al hablar de la tentativa dice el Código: "ha sido manifestada por actos exteriores que constituyen un principio de ejecución; y de manera que, si no hubo ejecución completa", y al hablar del delito frustra-

do expresa: "cuando se ejecutan con intención de cometerlo, todos los actos que deberían producir"; de modo que la esencia del delito frustrado es la ejecución de todos los actos, y mientras la ejecución no se haya completado, el agente será responsable de tentativa simple o incompleta como dicen los franceses.

Pero, ¿cuándo el agente habrá completado todos los actos? Esta también es una cuestión de hecho que hay que resolverla según los casos prácticos que ocurran, y con relación a tales o cuales delitos determinados.

Un individuo trata de envenenar a otro, y pone la sustancia venenosa en un vaso con una bebida que debía tomar la víctima; pero una tercera persona, impide que la lleve a los labios, tenemos un comienzo de ejecución; pero si la víctima ha tomado el líquido envenenado, y se salva por habersele suministrado un antídoto, la ejecución se ha completado, y tendremos frustrado el envenenamiento.

Pero en muchos otros casos es muy difícil distinguir, y lo que para unos es una ejecución completa, para otros puede no serlo, y un Juez puede resolver que no hay ejecución completa en un hecho que para otro Juez si la habría.

Un disparo hecho contra una persona, si no ha dado en el blanco, ¿sería de ejecución completa? Indudablemente el agente hizo todo lo que tenía que hacer, ningún acto le faltaba, ejecutó completamente los actos que tendían a realizar el objeto que se propuso, y sin embargo como no dió en el blanco no podía realizarse el delito.

Para evitar estas dificultades, y para no complicar los textos, como afirman los comentadores, es por lo que en el Código francés y en el ecuatoriano anterior al vigente, se comprendía en la misma definición la tentativa y el delito frustrado, y se decía: "y que no han sido suspendidos, o no han dejado de surtir efecto, sino por circunstancias independientes de la voluntad del autor", encontrándose en las palabras subrayadas el concepto de delito frustrado.

Pero no es suficiente la ejecución completa de los

actos, es necesario que estos actos “deberían producir, como efecto, el crimen o delito consumado.”

Veamos el alcance de estas palabras: “como efecto.”

Carrara en la definición que da de delito frustrado dice: “La ejecución de todos los *actos necesarios* para la consumación de un delito”, y en la expresión “como efecto”, encuentro el mismo concepto que indica el expresado autor, al determinar el significado de la palabra “necesarios.”

Para el delito frustrado no basta que el agente ejecute todos los actos que deban producir la infracción, es menester que esos actos estén con respecto al delito consumado, en la relación de causa a efecto, según el curso ordinario de las cosas.

Si la consumación del delito no puede tener lugar, porque el agente ha empleado medios que no deberían producirla, desaparece la noción del delito frustrado, si bien, en algunos casos, puede encontrarse tentativa.

Un individuo quiere matar a otro con un tiro de revólver, pero este último se encuentra tras de un obstáculo que hace imposible que la bala atravesase: el agente habrá ejecutado todos los actos, pero como ese disparo no debería causar el homicidio, no existe esta infracción frustrada.

Para que tenga lugar el delito frustrado es necesario, además, absoluta idoneidad de los medios, porque sólo con medios de esta clase puede consumarse el delito.

Así en el ejemplo de envenenamiento que poníamos al hablar de la tentativa. El veneno ha sido dado en cantidad insuficiente, el medio es relativamente idóneo; habrá tentativa, pero no delito frustrado, se habrán verificado todos los actos, pero un medio de esta clase, no puede producir “como efecto” el envenenamiento.

No siendo el delito frustrado la consumación de la infracción que tuvo en mira el agente, ha debido haber una causa imprevista, un accidente casual, para que la realización del hecho no haya tenido lugar, y de ahí que se lo llame delito frustrado; por esto, parece que está demás la expresión “circunstancias ajenas a la voluntad del infractor”, porque si el autor ha ejecutado todos los

actos necesarios para el delito, nada tiene ya que hacer, ontológicamente considerado el crimen frustrado existe.

Sin embargo la fórmula enunciada presenta un interés práctico. Puede ser que el agente a pesar de haber hecho todo lo necesario para la consumación del delito, el resultado querido sea de tal naturaleza que admita en tiempo útil una reparación, y que el delincuente se arrepienta, y evite él mismo la consumación del delito.

Si el criminal antes de que el veneno cause su efecto se arrepiente, y él mismo da un contra veneno a la víctima, tenemos que reconocer la existencia ontológica del delito frustrado; pero jurídicamente considerado desaparece, ya que no fueron "circunstancias ajenas a la voluntad del infractor" las que impidieron la consumación del homicidio.

Para concluir esta materia mencionaremos un caso en nuestro Código en que el delito frustrado se asimila a la tentativa, y es el del art. 334 que en su inciso 2º dice: "Si los medios empleados no han tenido efecto, se castigará como tentativa".

Indudablemente si se han empleado los medios para procurar el aborto, y estos medios no lo han causado, hay crimen frustrado, pero se lo castiga como tentativa.

En el Código Penal anterior teníamos la misma disposición, pero se castigaba como tentativa este crimen frustrado, porque no había diferencia en cuanto al castigo entre uno y otra, y por cuanto el legislador ecuatoriano, siguiendo el sistema del Código belga, quería castigar el delito frustrado y no la tentativa.

Según el Código en vigencia, tampoco se castigaría la tentativa, pero sí el crimen frustrado pero como tentativa.

Esto depende de que a pesar de haberse cambiado el sistema en la parte general, en la especial se la ha copiado casi literalmente.

---

Art. 7º La conspiración y proposición para cometer un crimen o delito, sólo serán castigadas en los casos en que la Ley determina.

Se entiende que hay *conspiración*, cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un crimen o delito; y existe la *proposición* cuando el que ha resuelto cometerlo, propone su comisión a otra u otras personas.

Si la conspiración o proposición para cometer un crimen o delito, deja de producir efectos, por haber sus autores desistido voluntariamente de la ejecución, antes de iniciarse procedimiento judicial contra ellos, no se les aplicará pena alguna.

Definición de la conspiración y proposición.—Diferencia entre una y otra.—Diferencia entre conspiración y asociación.—La ley castiga la conspiración sólo en casos determinados

Las definiciones dadas por el Código Penal, en el art. 7º, de conspiración y proposición, son tomadas del art. 4º del Código español, y siguiendo a éste, se modificó el plan del anterior que trataba de la conspiración y proposición en la parte especial, en lo relativo a los crímenes y delitos contra la seguridad del Estado.

¿Cuándo hay conspiración y cuándo proposición?

La ley dice que hay conspiración "cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un crimen o delito"; pero, ¿el simple concierto, el acuerdo de voluntades para realizar una de las infracciones determinadas por la ley, será suficiente para que exista la conspiración?

Los comentadores de los Códigos francés y belga, al estudiar el respectivo artículo, dicen que la simple resolución de obrar no es punible, sino cuando ella ha sido precisada, concertada y convenida; cuando todas las voluntades se confunden en una sola; cuando toda deliberación posterior es inútil, ya que no se trata sino de pasar a los actos de ejecución. Si el objeto es vago, si las condiciones no han sido acordadas, si los medios son incompletos, si las funciones de los conspiradores no han sido distribuidas; en una palabra, cuando la voluntad está irresoluta sobre uno o varios de los hechos que constituyen el crimen o delito, no hay asociación porque no

hay concierto. No es suficiente que se haya tomado la resolución, es necesario que haya un acuerdo.

Tal creo que debe ser también la interpretación que debe darse a lo dispuesto por el Código ecuatoriano en cuanto a la conspiración, porque si la sociedad tiene derecho a defenderse, no debe hacerlo sino dentro de los límites del derecho y de la justicia. Un acuerdo aislado, sin que se hayan tenido en cuenta ni los medios ni el objeto, no podría ser castigado, y traduciremos lo expuesto por Berville citado por Carnot: "El complot, definido por las leyes penales, es un crimen de naturaleza particular, un crimen de excepción; en toda otra materia, la justicia humana no castiga sino los actos; aquí la simple voluntad, comparece a los tribunales de los hombres.

Mas, si la voluntad es el solo elemento del crimen, veamos en qué condiciones el legislador ha decidido declarar la voluntad criminal.

Lo que la ley castiga es un contrato de sociedad contra la seguridad del Estado: el proyecto aislado de un atentado, por más horrible que parezca a los ojos de la moral, no es nada aún a los ojos de la ley; el pacto de asociación para un atentado, he aquí el objeto de su represión".

En cuanto a la proposición son claros los términos de la ley, y nos demuestran que no es sino la manifestación que hace el que ha resuelto cometer un crimen o delito a otro persona, excitando su ánimo para la ejecución de aquél.

La diferencia entre proposición y conspiración está en las mismas palabras. La proposición: comunicación de una persona a otra, con el ánimo de inducirla a cometer el crimen o delito; y la conspiración, la determinación de dos o más personas para cometer un delito.

Pero la ley castiga también la asociación de malhechores, infracción especial que existe por el hecho solo de la organización de la partida (Art. 312), y que tiene naturaleza distinta de la conspiración.

Para la asociación de malhechores es necesario también un acuerdo, pero este acuerdo es permanente, con

cierta organización y con un carácter de continuidad. La conspiración es acuerdo transitorio y se la castiga en casos determinados; la asociación siempre que exista.

La conspiración dice el art. 7º que es el concierto para cometer un crimen o delito; pero el crimen o delito debe ser de los determinados por la ley, de acuerdo con la regla sentada en el inciso 1º, y estos son los crímenes y delitos enunciados en los arts. 77, 94, 100 y 101, todos los cuales son crímenes o delitos políticos; y, por lo mismo, la conspiración es un crimen o un delito político.

Sin entrar en el estudio de lo que son los crímenes y delitos políticos, porque corresponde tratar de éstos al examinar el Libro II del Código Penal, adelantaremos el concepto de que los crímenes políticos no son de la misma naturaleza que los de derecho común. Los móviles para los primeros son casi siempre desinteresados, y muchas veces dignos de alabanza; no revelan la misma inmoralidad, en sus autores, que los segundos. No deben sujetarse unos y otros a las mismas penas, y una legislación como la nuestra, que impone la misma represión, desconoce los principios y las tendencias de la ciencia penal moderna.

En cuanto a la proposición, en el Código no se encuentra un solo caso en que se la castigue, pues el art. 139 del Código anterior que castigaba la proposición para formar una conspiración, fue suprimido en el actual; de modo que lo que se dice de la proposición en el art. 7º no tiene aplicación alguna.

Así como la tentativa no es punible cuando el autor ha desistido voluntariamente de la ejecución completa de los actos, así también en el inciso tercero se establece como causa de impunidad el desistimiento voluntario para la conspiración, pero a condición de que no se haya iniciado procedimiento judicial: mientras el auto cabeza de proceso no se lo haya levantado o no se haya intentado querrela, que son los modos como principia el juicio criminal.

En el art. 114 se establece otra causa de exención de pena para los conspiradores.

Art. 8º<sup>(3)</sup> El que ejecuta voluntariamente un hecho punible, será responsable de él; e incurrirá en la pena señalada, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o recaiga en distinta persona de aquella a quien se propuso ofender.

Es la misma la responsabilidad del delincuente cuando lo que ejecutó es igual a lo que tuvo intención de ejecutar, aunque varíe el sujeto pasivo de la infracción.—Sentido en que deben tomarse las palabras *el mal*.—Casos en que no existe igualdad entre la intención y la acción: 1º La acción es más grave que la intención: 2º La intención es más grave que la acción.

Hemos dicho varias veces que para que haya delito es necesario el elemento intencional y el elemento físico, y que cuando la ley se refiere a lo voluntario de un acto, quiere decir lo intencional.

Sucede casi siempre que la intención y la acción están de acuerdo; es decir, que lo que quiso el agente lo ejecutó: quiso matar y mató; quiso robar y robó.

Pero acontece también que aun cuando la acción y la intención estén conformes, en cuanto al hecho mismo, resulta divergencias en cuanto al sujeto pasivo del delito, y así queriendo matar a un individuo se mata a otro; pretendiendo robar a uno se roba a otro. En estos casos la responsabilidad es la misma, puesto que siendo el derecho violado el mismo, la ley protege los derechos de un individuo como los de los demás.

Para que haya homicidio voluntario, por ejemplo, se necesita que haya habido intención de dar la muerte, y si ésta se efectúa, no importa a los ojos de la ley, que sea una en vez de otra la persona muerta.

Digo que la responsabilidad es la misma aunque varíe el sujeto pasivo de la infracción, y no empleo las palabras que usa la ley: "aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar", porque si tomamos la expresión "el mal" en el sentido que se le da ordinariamente, esto es, el daño causado, sería falso el principio sentado en el art. 8º

En efecto, puede el individuo querer causar un daño y sin embargo causa otro, ya sea mayor o menor el

que efectivamente alcanzó de aquel que quiso alcanzar. Se puede querer herir y el resultado dar la muerte, o, por el contrario, se quiere matar y se causan solamente heridas.

En ambos casos no es responsable solamente de lo que quiso; en el primero sería responsable de homicidio; en el segundo de las heridas o de tentativa de homicidio, según las circunstancias.

De modo que tenemos estos casos: 1º Que la acción sea de mayor gravedad que la intención; y 2º Que la intención sea más grave que la acción.

De cuál será responsable el agente, ¿del delito que quiso ejecutar o del que ejecutó realmente?

Podemos dar una regla general, y es que cuando la intención y la acción no están de acuerdo, el delincuente es responsable de la infracción que haya ejecutado realmente, tomando la infracción en el sentido que lo determina la ley.

Expliquemos estos casos con ejemplos. Pedro quiere herir a Juan y lo mata, no es responsable de homicidio involuntario, sino de homicidio voluntario sin intención de dar la muerte.

En el caso contrario, si Pedro quería matar a Juan y lo hiere, es responsable de tentativa o de homicidio frustrado, porque esta infracción es la que cometió realmente.

El error acerca de la calidad de la persona, cuando ésta influye en la naturaleza o título de la infracción, debe ser tomado en consideración. Si Pedro queriendo matar a Juan, mata por error a su padre, no será sino responsable de homicidio, porque para que haya parricidio se necesita que a sabiendas y voluntariamente se mate al padre.

Si Pedro queriendo matar a su padre mata a Juan, será responsable de homicidio, aunque haya querido cometer parricidio, porque para éste es necesario dar la muerte a uno de los parientes determinados en la ley.

Póngase un ejemplo cualquiera y se verá la exactitud de la regla que hemos sentado.

Por último, aquello de “aunque sea distinta la persona a quien se propuso ofender” estaba incluida en el

Código anterior en el Título de los crímenes y delitos contra las personas, si bien creo que es más propia de la parte general como lo está en el actual.

Art. 9º Para que una infracción pueda ser castigada, es menester que la Ley la haya declarado punible, con anterioridad a la perpetración del hecho.

Deja de ser punible un acto, si una ley posterior a su ejecución, lo suprime del número de las infracciones; y si ha mediado ya sentencia condenatoria contra el actor quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirla.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia, difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las penas, se aplicarán en lo que sea favorable a los delincuentes, aunque exista sentencia ejecutoriada.

Si se comete una acción que aunque parezca digna de castigo, no esté comprendida en este Código, no se procederá contra el que la cometió; pero, el Juez respectivo dará cuenta a la Corte Suprema, a fin de que ésta, si considera dicha acción como punible, recabe del Congreso el señalamiento de la pena necesaria.

Por regla general las leyes penales no tienen efecto retroactivo.—  
Tienen efecto retroactivo en todos los casos que favorecen al reo,—Cosa juzgada en lo criminal.—El inciso 5º es una disposición propia de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El Código ha determinado en los artículos anteriores los hechos que pueden ser declarados punibles y las condiciones generales que se necesitan para que puedan ser castigados. En los artículos 9º y 10 trata de los límites de la ley penal.

La ley penal puede estar limitada por el tiempo, por el espacio y por la condición de las personas.

Lo está por el tiempo, por cuanto las leyes no son eternas, caen bajo el dominio del tiempo; y por ésto se suceden unas a otras.

Lo está por el espacio, porque las leyes son consecuencia de la soberanía de un Estado, y su imperio no se extiende sino hasta donde alcanza esa soberanía.

Lo está por la condición de las personas, ya que se establecen excepciones al principio de que la ley obra igualmente sobre todas las personas.

El límite de la ley penal por el tiempo es materia del artículo 9º; el límite por el espacio lo considera el artículo 10, y el límite por la condición de las personas se encuentra en varias disposiciones de la legislación.

Las leyes penales, lo mismo que todas las leyes, no tienen eficacia sino desde que aparecen hasta que dejan de ser leyes; esto es, desde su promulgación hasta su derogación; y, por lo tanto, para que un hecho pueda ser considerado como punible, es necesario que se lo cometa en el intervalo de tiempo que media entre la promulgación y la derogación.

De que la ley no obliga sino en virtud de su promulgación, se desprende que no tiene efecto retroactivo, que no obliga sino para lo venidero. Lo que no está prohibido está permitido; lo que no está ordenado es indiferente.

Cuando una acción por más ilícita que parezca desde el punto de vista moral, sino está prohibida por una ley, es lícita en el orden social, y de aquí lo dispuesto en el inciso 1º del artículo 9º, lo cual es una repetición de lo dispuesto en el Código Civil, que la ley no tiene efecto retroactivo, no dispone sino para lo venidero.

El que hubiere cometido un hecho que está declarado infracción según el Código actual, y no lo estaba en el Código anterior, no podrá ser castigado el autor de ese hecho, si lo hubiese verificado antes del 1º de Julio de 1906, fecha en la cual comenzó a regir el Código en vigencia; como, por ejemplo, la infracción determinada en el art. 99.

Pero si tanto en lo civil como en lo penal, es un principio la irretroactividad de la ley, no tiene ni el mismo carácter ni la misma extensión en una y otra materia.

En lo civil, es más bien una regla para el juez, que un principio de legislación, y el juez debe tenerla en cuenta cuando el legislador no ha dado ese carácter retroactivo a las leyes.

En lo criminal, es un principio constitucional que debe extenderse tanto a los legisladores como a los jueces.

Pero si el principio de la no retroactividad de la ley es verdadero, en cuanto no se puede castigar un hecho que no haya sido declarado punible antes de su perpetración, puede el juez encontrarse en presencia de dos leyes sucesivas y diferentes, a consecuencia de un cambio en la legislación, relativas a la acriminación, a la penalidad, a la organización de las jurisdicciones y a la prescripción.

Con respecto a las leyes relativas a la acriminación y a la penalidad, la ley nueva no tiene efecto retroactivo en cuanto castigue un hecho que no lo estaba por la ley anterior, o cuando agrava la pena señalada por la primera ley.

Pero si la nueva ley quita un hecho del número de las infracciones, considerado tal por la ley anterior, o suaviza la pena, entonces tiene efecto retroactivo la ley penal.

Ambos principios están reconocidos en los tres primeros incisos del art. 9º

En cuanto a que la ley nueva no tiene efecto retroactivo cuando acrimina un hecho que no lo estaba, hemos manifestado ya la razón, pero sería dar demasiada extensión al principio en el caso de que un hecho tolerado antes por una ley anterior, pudiera seguir efectuándose bajo el imperio de la nueva que prohíba el acto. La no retroactividad se opondría a que se persigan los hechos anteriores a la promulgación de la nueva ley, pero no si continuara en su ejecución después de su vigencia.

Si la nueva ley agrava la pena señalada por la anterior, no tiene efecto retroactivo, porque la pena es una consecuencia del delito, y el condenado no debe sufrir sino esas consecuencias, y podemos decir que adquirió

un derecho a no ser castigado sino con esa pena, y como esta es la menos rigurosa, es la que debe ser impuesta.

Si la nueva ley declara que no es infracción un hecho castigado por la ley anterior o rebaja la pena, en ambos casos tiene efecto retroactivo.

En el primero, porque si el legislador considera un hecho como inocente, sería injusto hacer sufrir una pena a aquel que, según el legislador, ha verificado un hecho lícito; y si estuviere cumpliendo una condena por ese hecho, debe cesar el castigo, porque si bien cuando verificó esa acción se hizo acreedor a una pena, no debe continuar padeciéndola por un hecho que ya no es delito.

El mismo razonamiento podemos hacer en el caso de disminución o rebaja de la pena. Si el legislador rebaja una pena, es porque se considera que el tanto de la pena no es proporcional al delito; y, por lo mismo debe sufrir únicamente aquella pena que se la tiene como sanción suficiente para el hecho cometido.

Las leyes de procedimiento y competencia, se refieren a procurar de un modo mejor la eficacia de las leyes, y a conseguir la manifestación de la verdad. Si se cambian las leyes de procedimiento es porque la sociedad ve que, de este modo, se garantizarán los intereses sociales y los del acusado, y deben aplicarse desde el día de su promulgación para todas las infracciones, y aunque el juzgamiento esté todavía pendiente, salvo que perjudique al reo, como sería el caso de suprimirse la apelación estando pendiente el recurso.

En cuanto a la prescripción, claramente se determina en el inciso 4º del artículo que estudiamos, que tratándose de la extinción de la pena, y la prescripción es un modo de extinguirla, que debe aplicarse la ley más favorable a los delincuentes.

En una palabra, siempre que haya conflicto de leyes penales, se debe comparar la nueva ley con la anterior, y debe aplicarse la más favorable al reo, y aun cuando "exista sentencia ejecutoriada"; es decir, que va contra el principio de la inviolabilidad de la cosa juzgada.

X

Pero la inviolabilidad de la cosa juzgada en lo criminal, no tiene el mismo alcance que en lo civil.

En materia civil se funda en una ficción, ficción que hace considerar como verdadero lo resuelto por el juez, para evitar la perpetua fluctuación de los derechos de los particulares. Se funda en un principio de utilidad.

En lo criminal, no podemos aceptar esta ficción, este principio de utilidad. Si el legislador considera que un hecho no debe ser tenido como criminal, no por aceptar una ficción hemos de ir contra los principios de justicia absoluta, que debe prevalecer sobre toda idea de utilidad siempre que aparezca que debe aplicarse.

El inciso último no es sino una consecuencia de lo dispuesto en el inciso primero, ya que la acción penal es un efecto del delito, y no puede nacer sino de un hecho que ha sido declarado tal.

La parte última es una obligación que se impone al Juez, y debe estar comprendida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre las atribuciones y deberes de los Jueces.

---

Art 10.—Toda infracción cometida dentro del territorio de la República, por ecuatorianos y extranjeros, será juzgada y castigada conforme a las leyes ecuatorianas.

Se reputan infracciones cometidas en el territorio de la República, las ejecutadas a bordo de naves ecuatorianas de guerra o mercantes, en alta mar; y las cometidas en el recinto de una Legación ecuatoriana, en país extranjero.

La infracción cometida fuera del territorio de la República, por ecuatorianos, no será castigada en el Ecuador; excepto los fraudes de cualquier especie, cometidos por agentes de la Nación, en perjuicio del Erario o de otro fondo público; la falsificación del Sello de la República, de monedas ecuatorianas, de documentos de crédito público nacional, o de Billetes de Banco establecido en el Ecuador; los atentados contra el Derecho Interna-

cional; la piratería; la traición a la Patria; y las demás infracciones que determine la Ley.

Los extranjeros que, fuera del territorio de la República, hubieren cometido las falsificaciones mencionadas en el inciso que antecede, serán juzgados y condenados conforme a las leyes ecuatorianas, siempre que sean aprehendidos en el Ecuador, o que se obtenga su extradición.

Diversos sistemas para saber sobre qué personas y en qué territorio tiene autoridad la ley penal: 1º Sistema territorial; 2º Sistema personal, y 3º Sistema mixto.—La legislación ecuatoriana acepta el sistema mixto.—Excepciones.

Diversos sistemas se han establecido para determinar sobre qué personas y en qué territorio tiene imperio la ley penal, siendo tres los principales de esos sistemas:

1º El sistema territorial, según el cual la ley penal debe tener únicamente jurisdicción territorial; o sea, que se aplique a todas las personas que residan en el territorio, pero nunca fuera de él;

2º El sistema personal que quiere que la ley penal se aplique a los nacionales, cualquiera que sea el lugar en donde cometan un delito; pero que no se aplique sino a ellos, aun dentro del territorio; y

3º El sistema mixto: territorial para que se aplique a todas las personas que cometan una infracción dentro del territorio, y personal para que se aplique a ciertos individuos que lleven a cabo ciertos crímenes o delitos fuera del territorio del Estado.

Ninguna legislación admite el segundo sistema, pues se reconoce como una consecuencia de la soberanía, que los delitos cometidos en el territorio de la Nación están sometidos al imperio absoluto de la ley penal, que se aplica indistintivamente a todos los nacionales y extranjeros.

La legislación ecuatoriana acepta el sistema mixto.

En efecto, el inciso 1º del artículo 10 dice que cualquiera que sea la infracción cometida dentro del territorio de la República, será castigada y juzgada conforme

a las leyes del Ecuador; esto es, acoge el sistema territorial, lo cual está establecido en el art. 13 del Código Civil: "La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros"; principio consignado en el Núm. 1º del artículo 2º del Código de Enjuiciamientos en materia criminal: "Están sujetos a la jurisdicción criminal del Ecuador: 1º Los ecuatorianos y extranjeros que delinquen en el territorio de la República".

Pero el territorio, como noción jurídica, no comprende solamente el espacio contenido dentro de los límites de la Nación, sino que se extiende a otros lugares en donde el estado ejerce la soberanía, y son: 1º el mar territorial, cuya extensión está señalada por el Derecho Internacional; 2º Los buques de guerra y mercantes; y 3º El recinto de una Legación ecuatoriana.

De conformidad con el principio de Derecho Internacional acerca de la libertad de los mares, se reputa como una ficción que los buques mercantes que se hallan en alta mar forman parte del territorio, y como ninguna otra nación puede ejercer actos de soberanía, es natural que las infracciones cometidas a bordo de naves mercantes sean juzgadas y castigadas en la Nación bajo cuyo pabellón navegan.

Los buques de guerra se consideran parte integrante del territorio, porque representan en algo el poder público del Estado; y las infracciones cometidas a bordo de esos buques, ya en alta mar o en aguas de otra Nación, son castigadas conforme a las leyes ecuatorianas (Núm 4º art. 2º C. EE. Criminales).

El art. 10 considera también como territorio del Estado, el recinto de una legación ecuatoriana en el extranjero, pero, creo, que es dar mucha extensión al principio de extraterritorialidad.

La inmunidad de que gozan los agentes diplomáticos, será una razón para que no se pueda allanar su casa sin su consentimiento, pero no para que las infracciones cometidas en la legación sean juzgadas por el país al que pertenece el agente diplomático; y me parece que debe entenderse lo dispuesto en el artículo 10 conforme a

los principios del Derecho Internacional, y al Núm. 2º del art. 2º del Código de Enjuiciamientos Criminales; esto es, que las infracciones cometidas en el recinto de una legación ecuatoriana, serán juzgadas y castigadas en el Ecuador, cuando el delincuente sea el agente diplomático, algún miembro de su familia o comitiva.

El principio de la territorialidad de la ley penal, tiene también su excepción, de acuerdo con el Derecho Internacional, cuando el infractor sea una de las personas determinadas en el inciso 2º del Nº 1º del art. 2º del Código de procedimientos en materia criminal.

En el inciso 3º del art. 10 se establece el sistema personal, por cuanto las infracciones señaladas en él, cometidas en el extranjero por ecuatorianos, serán castigadas en el Ecuador.

En esas infracciones la directamente perjudicada es la Nación ecuatoriana, y la que más interés tiene en castigarlas, pudiendo, en algunos casos, ser indiferente para otras naciones su represión.

Si se trata de las falsificaciones mencionadas en el inciso 3º, aún los extranjeros que las cometan, pueden ser castigados en el Ecuador, siempre que sean aprehendidos en territorio ecuatoriano o que se obtenga su extradición; disposición en todo igual a la del art. 3º del Código de Enjuiciamientos Criminales.

## CAPITULO II

### De las personas responsables de las infracciones

Art. 11. Son responsables de las infracciones, los autores, los cómplices y los encubridores.

Participación de varias personas en la comisión de un crimen o delito.— Delinquentes principales y accesorios.

En el Capítulo I hemos estudiado las infracciones de la ley penal de un modo general, las condiciones que se necesitan para que haya infracción. En el Capítulo II vamos a considerar las personas responsables de esas infracciones; esto es, la segunda parte de la parte sintética.

Ordinariamente las infracciones de la ley penal se causan por un solo hombre, quien es el que piensa, resuelve, ejecuta y consuma, y en este caso él es el único responsable; pero sucede también que la violación del derecho no es obra de un solo individuo, sino que son varias las personas que toman parte en esa infracción.

La violación puede, pues, ser individual o colectiva.

“ El delito, dice Ortolán, puede compararse a un drama al cual concurren varios actores. Lo mismo que en los dramas que se representan en el teatro, cada uno de los actores tiene su papel, pero no todos los papeles son de la misma importancia: hay unos principales y otros accesorios. Entre todos ellos se encuentran numerosas desigualdades, aunque todos ellos sirven para llegar al final del drama, no sería justo colocarlos en el mismo nivel.

“ Lo mismo que en los dramas de la escena, el delito recorre faces diversas, y puede dividirse en varios actos que son: primer acto, resolución de cometer la infracción; segundo acto, preparación, y tercer acto, ejecución hasta la consumación. Puede haber quienes intervengan en todos tres actos, o en dos o en uno de ellos, pero todos son actores en el mismo delito, es menester apreciar el papel de cada uno de ellos.”

Todos los que colectivamente tienen participación en el mismo crimen o delito, o entre varios crímenes o delitos, conexos entre sí, reciben el nombre de codeincentes, y la responsabilidad recae naturalmente en todos ellos, y en proporción a su concurrencia en la infracción realizada.

Ahora bien, de conformidad con el Capítulo II del Código Penal, estos codeincentes pueden concurrir de tres maneras: directamente, de realización; esto es, tomando parte en lo que constituye propiamente la infracción; indirectamente, por actos anteriores o simultáneos, y, por último, indirectamente también, pero, por medio de actos posteriores a la ejecución del crimen o delito.

Los primeros, los que han tomado parte de una manera directa: delincentes principales; los que han participado de una manera indirecta: delincentes accesorios.

Los delincuentes principales se llaman autores; los accesorios, cómplices y encubridores.

En el artículo 12 determina la ley a quienes considera autores, y en los artículos 13 y 14 a quienes cómplices y a quienes encubridores, respectivamente.

Todos son responsables, pero los autores lo son más que los cómplices y éstos más que los encubridores, fijándose en los artículos 16 y 18 la pena para estos últimos.

---

Art. 12. Se reputan autores, los que han perpetrado la infracción, sea de una manera inmediata o directa, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando ese consejo ha determinado la perpetración del crimen o delito; los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución; los que han decidido la perpetración del hecho punible y efectuándolo valiéndose de otras personas, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo; los que han coadyuvado a la ejecución de un modo principal, practicando deliberada y maliciosamente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el hecho punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

---

La ley distingue tres clases de delincuentes principales: 1º *Ejecutores* o autores propiamente dichos; 2º *Motores* en los cuales están comprendidos el consejo y el mandato.— Diferencia entre consejo y mandato, y 3º *Correos*.

---

En el art. 12, la ley no dice: "Son autores" como en el art. 13 dice "Son cómplices" y en el art. 14 "Son encubridores" sino que emplea la expresión: "Se reputan autores" los que en seguida enumera; es decir, que la ley juzga que los individuos que toman parte en una infracción, de un modo cualquiera de los determinados en el art. 12 son autores, esto es, delincuentes principales, aun cuando no sean autores propiamente dichos, en el sentido que ordinariamente se da a estos delincuentes: ejecutores materiales de la infracción.



Pero el Código para no entrar en distinciones, propias para las obras científicas, pero no para las leyes, ha reunido en una sola denominación a las varias clases de delinquentes principales, llamándoles a todos autores.

En el artículo que estudiamos están comprendidos seis clases de delinquentes principales:

1º Los que han perpetrado la infracción de una manera inmediata o directa;

2º Los que han aconsejado o instigado a otro para que la cometa, cuando ese consejo ha determinado la perpetración del crimen o delito;

3º Los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución;

4º Los que han decidido la perpetración del hecho punible y efectuándolo valiéndose de otras personas, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento o directo;

5º Los que han coadyuvado a la ejecución de un modo principal, practicando deliberada y maliciosamente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción; y

6º Los que por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el hecho punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

Estas seis clases de delinquentes principales, pueden reducirse a tres: 1º autores propiamente dichos o ejecutores; 2º motores como los llaman algunos criminalistas, o autores intelectuales como los denominan otros; y 3º los correos.

Autores los comprendidos en el Nº 1º; motores los de los Nos. 2º, 4º y 6º; correos los de los Nos. 3º y 5º

Estudiemos separadamente cada una de estas clases, y para hacerlo con orden no sigamos el del Código, sino en primer lugar los autores, en seguida los motores, y, por último, los correos.

AUTORES.—Son autores propiamente dichos o ejecutores los que "han perpetrado la infracción de una manera inmediata o directa", aquellos que han concurrido a la ejecución, en los actos constitutivos de la in-

fracción de que se trata: son la causa eficiente del delito.

Si se prepara un asesinato, y concurren a él varios individuos, y unos sujetan a la víctima, otros le arrojan al suelo, y otro por fin, le da una puñalada, todos han tomado parte en el asesinato de un modo inmediato y directo; son autores propiamente dichos: son responsables de la misma manera por el crimen cometido.

Pero es necesario hacer una observación general para todos los casos de codelincuencia, y es que para que exista, es necesario la voluntad de concurrir al crimen o delito, y de la manera que se determine en la ley.

No puede darse codelincuencia si no existe acuerdo de voluntades entre todos aquellos que han participado en el delito: La codelincuencia implica la participación de varias personas en las resoluciones y en los hechos constitutivos en un mismo delito o en aquellas únicamente, lo que supone que dos o más individuos quieren un mismo hecho, y hacen algo para que tengan vida en la esfera de la realidad.

Si dos personas han tomado parte en la realización de una infracción, puede suceder que una de ellas sea responsable y la otra no, como si fuere uno de ellos un menor de diez años, o un loco, o en virtud de haber obrado al influjo de una fuerza; ambos serán autores físicos, pero el responsable será solamente uno de ellos.—

Es necesario también que la participación sea en la forma que determina la ley, en los artículos 12, 13 y 14.

Además, es indispensable que la participación se refiera a un acto calificado de crimen o delito por la ley. Aquel que ayuda a otro a suicidarse, no puede considerarse como codelincuente en el suicidio, porque el suicidio no es infracción según la ley; y el que facilita o proporciona los medios para el suicidio, no es coautor o cómplice del suicidio, sino que es responsable de una infracción especial, de un delito *sui generis*.

MOTORES.—Los motores son los que excitan o impulsan a los ejecutores, moviendo el ánimo de éstos, para la realización del delito.

Los motores, según el artículo 12, son de tres clases: el consejo, el mandato y la coacción.

El consejo lo encontramos en el N<sup>o</sup> 2<sup>o</sup> de la enumeración que hemos hecho.

El consejo no es sino la instigación de una persona a otra para que cometa el delito.

En el consejo, el aconsejador no tiene ningún interés en la comisión de la infracción, todo el interés lo tiene el aconsejado, el que ejecuta la infracción.

Pero si el aconsejador no tiene interés en el delito, ¿debemos considerarle como delincuente principal, y responsable de la misma manera que aquel que lo llevó a ejecución? Si un hombre dice a otro: te aconsejo que mates, debes matar, ¿podremos decir que ha tomado parte en el homicidio por otro cometido? Indudablemente que no, ya que una palabra pronunciada aisladamente, no puede ser considerada como la generadora de un delito.

Pero no es a esta clase de consejo al cual se refiere la ley, porque ésta dice: "cuando ese consejo ha determinado la perpetración de ese crimen o delito"; es decir, que el aconsejador será castigado cuando del consejo, y sólo por el consejo, ha resultado la comisión del crimen o delito, siguiendo la distinción que hacen los criminalistas entre consejo simple y eficaz.

Mas, cómo sabremos que un consejo ha sido de tal modo eficaz, que sólo por él se ha llegado a la realización del crimen o delito? Esta es una cuestión de hecho que ni la ciencia, ni los códigos pueden establecer reglas y determinarlas a priori.

En caso de que una infracción se haya llevado a cabo por el consejo dado por una persona al ejecutor material, tenemos dos autores: el aconsejador y el ejecutor, y la responsabilidad es la misma, sin embargo de que en el primero vemos únicamente el autor de una idea que no hubiera pasado a la realidad si el consejo no hubiera sido admitido, y si el ejecutor no se hubiera encontrado dispuesto a aceptar la idea. En el uno encontramos la voluntad, en el otro la voluntad y la acción.

Entre los motores tenemos también el mandato,, el

cual no es sino el encargo que una persona hace a otra de ejecutar un hecho punible, encargo que puede ser por precio, dádiva, promesa, etc.

En el mandato, el mandante es el que tiene interés en la comisión del crimen o delito, el mandatario no lo tiene, y si acepta el encargo es únicamente en virtud del precio o recompensa dados o prometidos por el mandante, siendo esta la diferencia entre consejo y mandato.

En el primero, el que tiene interés es el aconsejado, el ejecutor material; en el mandato, el mandatario no tiene interés en el delito mismo, sino en el precio o recompensa.

La responsabilidad de aquel que acepta el mandato, es la misma que la del mandante, pues tan criminal es quien busca una persona para que realice un crimen, como el que se presta a llevarlo a cabo por premio o la esperanza de alcanzarlo. Por esto algunas legislaciones ven en el mandatario un asociado del mandante, porque efectivamente existe un pacto entre el que ofrece y el que admite.

— Pero cuando el mandato es en virtud de una orden, mandato impuesto con abuso de autoridad, puede haber casos en que toda la responsabilidad recae sobre el mandante, y el mandatario esté exento de ella, como lo veremos al estudiar las causas que eximen de responsabilidad.

Al hablar del mandato la ley dice que éste puede ser por precio, dádiva, promesa "o cualquier otro medio fradulento y directo", comprendiéndose todos aquellos casos en los cuales una persona se vale de otra para cometer un delito, y que no lo estén en el pacto ni en la orden, por ejemplo, el engaño.

La violencia física, el abuso de autoridad, las amenazas o cualquier otro medio coercitivo, son casos que también enumera la ley, y que se refiere a la ejecución de una infracción por medio de otra persona, y especies del mandato.

La violencia, las amenazas no son sino el mandato impuesto con la perspectiva de un mal; mandato califica-

do lo mismo que la orden, y queda comprendido en el N<sup>o</sup> 4<sup>o</sup>

Por lo demás, el que emplea violencias o amenazas para obligar a otra persona a la realización de un hecho criminal es autor de ese hecho, aunque el obligado puede resistir a la violencia, porque lo que tiene en cuenta la ley es que el provocador fue la causa primera del delito.

En cuanto al violentado será o no responsable, según que a la fuerza empleada haya o no podido resistir, pues si no pudo resistir su hecho será justificado en virtud del art. 21.

En cuanto al abuso de autoridad, está incluido asimismo en el N<sup>o</sup> 4<sup>o</sup> y no es otra cosa que la orden; mandato, como lo hemos dicho, impuesto con abuso de autoridad.

La orden implica superioridad, autoridad, facultad de mandar, por una parte, y deber de prestar obediencia, inferioridad en otra. Si esta autoridad no existe, la orden no puede ser causa del delito, y no sería sino un simple mandato o un consejo, y sólo tendrá responsabilidad el que ha ejecutado el hecho.

Lo que es preciso no perder de vista en todas estas clases de delinquentes principales, que hemos denominado motores, es que para que puedan ser considerados como autores, es indispensable que ellos hayan sido la causa primera del delito, que su excitación haya sido directa y eficaz, de tal modo que sin el consejo o mandato, en cualquiera de sus formas, no hubiera podido tener lugar la infracción, y por cuanto la provocación debe ser para cometer un crimen o delito determinado.

En el mandato se presentan algunas dificultades relativas al efecto que produce la revocación del mandato, el desistimiento del mandatario, y la extinción de la responsabilidad del mandante cuando el mandatario se ha excedido en los límites del mandato.

Si el mandante revoca el mandato, y cambia de voluntad, ¿será responsable del hecho del mandatario? Si la revocación fue expresa y conocida del mandatario, la responsabilidad del mandante no tiene lugar, porque

el mandatario obra entonces por su propia cuenta, ningún lazo existe entre ellos y la responsabilidad es únicamente del mandatario.

Mas, si el mandatario no conocía el cambio de voluntad, el desistimiento del mandante, éste es responsable, porque es la única causa del crimen, y la causa produjo su efecto.

Para que el arrepentimiento del mandante le sea provechoso, es necesario que emplee para evitar el delito, que encargó ejecutarlo, todas sus fuerzas, así como las empleó para inducir al ejecutor a llevarlo a cabo.

Más dificultad presenta la cuestión de si el desistimiento voluntario del ejecutor del hecho, aprovecha al mandante, cuando los actos ejecutados constituyen una tentativa.

Para el ejecutor material no es punible esa tentativa, porque la no completa ejecución de los actos provino de una circunstancia dependiente de su voluntad, pero, ¿lo será para el mandante?

Los comentadores de los Códigos francés y belga no están de acuerdo sobre este punto, decidiéndose unos por la afirmativa y otros por la negativa.

Los que creen que es responsable el mandante, a pesar del desistimiento voluntario del mandatario, dicen que el autor material no se hace acreedor a ninguna pena en virtud de una circunstancia personal, y que de esta circunstancia, la cual es extraña para el mandante, no puede aprovechar éste. Con respecto a este último es una circunstancia independiente de su voluntad la que ha impedido la completa ejecución del delito, y que, así como cuando el autor material queda exento de pena en virtud de una circunstancia que le exime de responsabilidad, no por eso el mandante deja de ser responsable, así también en el caso de desistimiento del ejecutor, no dejará de serlo.

Los que aceptan la irresponsabilidad del mandante se fundan en que si el mandatario ha resistido voluntariamente en la ejecución del mandato no hay crimen ni delito, y el mandante no puede ser castigado por una infracción que no existe. No hay ninguna diferencia

entre el caso en que el mandatario no haya efectuado ningún acto, o haya verificado actos que no son punibles por su voluntario desistimiento.

Conforme con las disposiciones de nuestro Código Penal, creo que debe resolverse en el sentido de que el mandante no es responsable, porque en el inciso 2º del art. 6º se dice que no será castigada la tentativa de un crimen o delito, "cuya ejecución, aunque ya empezada, se haya suspendido por desistimiento voluntario del autor", y la palabra autor se refiere al ejecutor material, al autor de los hechos de ejecución.

El mandatario puede excederse en los límites del mandato, ya en la elección de los medios, o cometiendo infracciones que no lo estaban ordenadas.

En estos casos enseñan generalmente los criminalistas que es necesario distinguir si el mandato es determinado o indeterminado.

Si el mandato es determinado, el mandante no puede ser responsable sino del crimen o delito provocado y ordenado por él; pero si es indeterminado, es responsable lo mismo que el mandatario, ya en el caso de elección de los medios, ya llevando a efecto crímenes que no le estaban ordenados, siempre que en este último caso el crimen ordenado haya sido ejecutado o recibido un comienzo de ejecución, y el mandatario ha cometido otros crímenes que no estaban comprendidos en el mandato, como sería el caso de que un individuo a quien se le ha ordenado cometer un robo, mata a la víctima para asegurar la comisión del primer delito, y el mandante es responsable también del homicidio, porque si bien no ordenó esta infracción, fue la causa, la ocasión del crimen ejecutado.

Distinto sería el caso en que el mandatario cometiere un crimen que no tenga ninguna relación con el ordenado, como si habiéndosele mandado cometer un robo, verifica una falsedad, y el mandante no sería castigado como autor del hecho punible realmente llevado a efecto, porque él no lo había provocado, ni lo sería del robo porque no fue ni consumado ni tentado.

Pero cuando el mandatario se ciñe a los límites del

mandato, el provocador es responsable de las consecuencias directas y naturales de la acción, y que podían ser previstas por uno y otro.

Si ha mandado herir a una persona, y muere a consecuencia de las heridas, sin que la muerte haya sido querida por el mandante ni por el mandatario, uno y otro serán responsables de homicidio voluntario sin intención de dar la muerte.

**CORREOS.**— Los correos son otra clase de delincuentes principales; aquellos que cooperan a la ejecución del hecho criminal con uno o varios actos sin los cuales no habría podido verificarse.

Los correos no concurren a los actos de consumación del hecho punible, pero verifican hechos necesarios para que se lleve a efecto el crimen o delito.

Estos, según el Código son: 1º “Los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución”, y 2º “Los que han coadyuvado a la ejecución de un modo principal, practicando deliberada y maliciosamente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción”.

De conformidad con el caso primero, sería autor aquel que, previo acuerdo con el ejecutor material, pusiere obstáculos para evitar que el crimen o delito se efectúe. Un individuo, que de acuerdo con otro, detuviere al dueño de una casa en la cual el segundo estuviere cometiendo un robo, sería también autor del robo.

Pero la ley considera autor no solamente al que ha impedido que se evite su ejecución, sino que lo tiene como tal a aquel que ha hecho lo posible para impedir que se evite la realización del hecho criminal. La mera ejecución de actos que tiendan a obstaculizar el que pueda precaverse la ejecución de un delito, es caso de co-delincuencia principal, aun cuando con aquellos actos no se hubiere impedido que se evite la ejecución.

La mera posibilidad es suficiente para constituir en autor al que verifica actos de esa especie, lo cual no me parece aceptable, pues para que un individuo pueda ser tenido como autor de un hecho punible, es necesario que verifique actos sin los cuales el delito no hubiera podido

tener lugar; es indispensable un acto de participación principal y no únicamente secundaria, y el propósito de impedir que se evite la ejecución me parece un acto de participación secundaria.

El segundo caso de participación por ayuda o asistencia, los que han coadyuvado a la ejecución practicando maliciosamente algún acto sin el cual no hubiera podido realizarse el delito, implica una ayuda tal, que, a falta de ella, no se hubiera cometido la infracción; y el saber cuando una asistencia ha sido tan eficaz como la enunciada, es una cuestión de hecho que no puede ser resuelta *a priori*; los jueces la resolverán en cada caso particular, decidiendo si ha sido principal o secundaria la participación, y si el indiciado es autor o cómplice.

---

Artº <sup>43</sup> 13.—Son cómplices los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del hecho criminal, por medio de actos anteriores o simultáneos.

---

Concepto de la complicidad—Complicidad en la tentativa o infracción frustrada.

---

Si en el art. 12 están determinados los codelincuentes principales, los que directamente y por actos necesarios toman parte en la realización de un hecho criminal, en el art. 13 se fija una de las clases de delincuentes accesorios, los que verifican actos secundarios, no indispensables para el hecho criminal, siendo indirecta su participación en el hecho, y esos actos anteriores o simultáneos, recibiendo estos codelincuentes el nombre de cómplices.

La complicidad, en sentido estricto, está constituida por la comisión de hechos accesorios para la realización del delito; es decir, que así como los coautores son la causa eficiente del delito, la actividad del cómplice está en efectuar hechos accesorios para el mismo delito.

---

En el cómplice hay dos condiciones: una positiva y otra negativa. La positiva consiste en haber sido el cómplice participante en la resolución del crimen o delito, y en haber verificado hechos accesorios. La condición negativa estriba en no haber ejecutado ninguno de los hechos esenciales para la comisión del delito.

El cómplice cuadyuva al crimen o delito, pero sus actos no son esenciales ni necesarios; de ahí las palabras que usa la ley "indirecta y secundariamente" en contraposición a "inmediata y directa" que emplea al hablar de los autores.

Los actos del cómplice no son necesarios, pues el delito hubiera podido realizarse sin su cooperación; pero el auxilio que prestaron a los ejecutores provino de un acuerdo previo anterior al hecho; acuerdo indispensable, ya que sin concurso de voluntades no puede haber code-lincuencia.

Los actos del cómplice deben ser anteriores o simultáneos al hecho criminal, por lo que la complicidad puede ser antecedente o concomitante.

Pero el que realiza actos anteriores a la ejecución del hecho criminal, debe hacerlo con conocimiento y voluntad de que con esos hechos auxilia al crimen o delito cometido por el autor, porque de lo contrario no habría complicidad. Si un individuo proporciona a otro veneno, sin saber y sin intención de que la sustancia es para causar un envenenamiento, no puede considerarse cómplice de este crimen. En algunos casos será responsable esa persona de un hecho especial, pero no auxiliador del delito realizado por el autor: un cerrajero que confecciona llaves falsas, sin querer que con ellas se sirva el ladrón para el robo, no puede ser cómplice del robo, sino autor del delito determinado en el art. 455.

Cuando los actos son concomitantes con el hecho criminal, es difícil distinguir si el que verifica esos hechos es autor o cómplice, y esta distinción no puede hacerse sino analizando la naturaleza del acto, si es esencial para la realización del hecho o secundario, lo que implica también una nueva resolución que no puede darse a priori, como hemos dicho al hablar de los correos; pero

se ha dado la regla que si se declara que quien participó en el acto con el autor principal, ayudó y acompañó a este último en los hechos que prepararon, facilitaron o consumaron el delito, no se puede ver en el participante sino un cómplice; si, al contrario, se declara que ayudó y acompañó al autor principal en los hechos que prepararon, facilitaron y consumaron la acción, se le deberá considerar como coautor. De modo que la conjunción y y la disyuntiva o tienen grande importancia para determinar la responsabilidad por la participación.

En el primer caso, como no se sabe con certidumbre si la participación ha sido en los actos que prepararon, facilitaron o consumaron el delito, y como la calidad de cómplice es más favorable al reo, hay que resolver la duda en este sentido. Al contrario, en el segundo caso, no es posible la duda, porque hay la certidumbre de que el individuo concurrió en los actos de consumación, y debe ser considerado como delincuente principal.

Tratándose de la complicidad se presenta la siguiente cuestión: ¿puede darse complicidad en la tentativa y en la infracción frustrada?

No es dudosa la resolución en sentido afirmativo. La tentativa es una infracción de la ley penal, y la ley la castiga como tal. Si a los hechos constitutivos de la tentativa, concurre alguno por medio de actos anteriores o simultáneos, indirecta y secundariamente, concurre a la realización de una infracción penal de la manera determinada en el art. 13, y asume la responsabilidad consiguiente. Pedro quería robar en una casa; para introducirse por la ventana hace uso de una escala que le proporcionó Juan con pleno conocimiento y voluntad de que el robo se efectúe. Si Pedro comienza la ejecución, penetra en la habitación valiéndose de la escala que le fue suministrada por Juan, y es sorprendido en ese momento, Pedro es responsable como autor de tentativa de robo, y Juan lo será como cómplice en esa tentativa.

Lo que decíamos en el art. 12 al hablar del mandante y del mandatario, cuando éste desiste voluntariamente de la ejecución del crimen o delito ordenado por

aquél, se aplica también al cómplice, el cual no será responsable si el autor desiste y no continúa en la ejecución del crimen o delito por una causa dependiente de su voluntad, ya que no castigándose esa tentativa, no habría que pena imponerse al cómplice.

Puede darse casos en que el cómplice sea responsable sin serlo el autor, si en éste se encontrara una causa justificativa, que no existiera para el cómplice. El marido que sorprende a su mujer en flagrante adulterio, no sería responsable del homicidio que efectuare en la persona de su esposa, pero sí lo sería la persona que ayudara al marido en ese homicidio.

Hay infracciones en las cuales no puede darse complicidad, como en los delitos involuntarios, ya que la participación criminal implica acuerdo de voluntades, y en los hechos a que nos referimos, este concierto no es concebible, pues la intención criminal no existe ni en los autores del delito.

---

Art. 14. Son encubridores los que conociendo la conducta criminal de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión; o les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o del delito cometido; o les favorecen ocultando los instrumentos y pruebas materiales de la infracción, o inutilizando el cuerpo del delito para evitar su castigo; y, los que, estando obligados, por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen del cuerpo del delito, o el esclarecimiento del hecho punible ocultan o alteran la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.

---

La ley distingue dos clases de encubridores: 1º Los receptadores habituales, y 2º Los encubridores propiamente dichos.—El encubrimiento no es propiamente hablando un caso de code-lincuencia sino un delito especial.—Condiciones que se requieren para que haya receptación.—Diversas clases de encubridores propiamente dichos.

---

La ley considera como caso de code-lincuencia el encubrimiento, y divide en cuatro grupos a los encubridores:

1º Los que conociendo la conducta criminal de los malhechores, les suministran habitualmente, alojamiento, escondite o lugar de reunión;

2º Los que les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del crimen o del delito cometido;

3º Los que les favorecen ocultando los instrumentos y pruebas materiales de la infracción o inutilizando el cuerpo del delito para evitar su castigo, y

4º Los que estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio a practicar el examen del cuerpo del delito, o el esclarecimiento del hecho punible, ocultan o alteran la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.

Estos cuatro grupos podemos reducirlos a dos: 1º Los receptadores habituales, y 2º Los encubridores. Receptadores habituales los comprendidos en el Nº 1º de la enumeración anterior, y encubridores propiamente dichos los de los Nos. 2º, 3º, y 4º

Estudiemos cada uno de estos casos.

Para que el acusado, como encubridor, en el primer caso, pueda ser declarado responsable, es menester que conozca la conducta criminal de los malhechores, y les suministre *habitualmente*, alojamiento, escondite o lugar de reunión.

El legislador al exigir que el acusado conozca la conducta criminal de los malhechores, reconoce el principio esencial en la codelincuencia; el elemento intencional, el elemento de la voluntad.

Si alguien diera, aunque sea habitualmente, alojamiento a los malhechores sin conocer su conducta criminal, no podría ser tenido como encubridor.

Pero no es suficiente para constituir encubrimiento el hecho de proporcionar alojamiento, escondite o lugar de reunión a los malhechores, con conocimiento de su conducta criminal, sino que es preciso que el hecho que nos ocupa sea habitual, por costumbre. Al faltar esta condición estaríamos en los arts. 119, 314 o 328 y no en el del art. 14.

Mas, ¿debe considerarse como de codelinuencia esta especie de encubrimiento?

Para que exista la codelinuencia, lo repetimos, es necesario, ante todo, acuerdo de voluntades entre los que participan en el delito; sólo así puede haber solidaridad en la responsabilidad penal. En una palabra, es indispensable que se participe de algún modo en el delito mismo.

Pero, qué participación tiene en un hecho criminal el que después de realizado éste, suministre a los criminales un lugar en donde escapen a la persecución de la justicia?

En el Código Penal anterior, en el art. 80, teníamos la siguiente disposición: "Los que, conociendo la conducta criminal, de los malhechores que cometen pillajes o violencias contra la seguridad del Estado, la paz pública, las personas o las propiedades, les suministran habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión, serán castigados como cómplices", lo que era un caso especial de complicidad, y se refería únicamente a los crímenes y delitos mencionados en ese artículo, porque en cierto modo había una participación en esas infracciones, en aquellos que proporcionaban asilo a esa clase de delincuentes.

En el art. 14 del Código vigente se suprimió la determinación de los hechos punibles, y se lo considera como caso de encubrimiento, y de codelinuencia, lo que propiamente no es sino un delito especial, *sui generis*, un delito contra la seguridad pública, infracción que está sancionada por los arts. 314 y 328.

Cierto que un individuo para asegurar la ejecución de un delito, puede procurarse de antemano un lugar de asilo, y el que le oculta ser considerado como cómplice, pues si el acto del ocultamiento fue posterior, el elemento intencional fue anterior, y el ofrecimiento puede ser considerado como un acto de participación, aunque secundario en la comisión del delito.

De conformidad con el caso que estudiamos, no es necesario que el criminal a quien se le proporciona el asilo o escondite esté perseguido por la justicia, pues

de ser así se aplicaría al encubridor el art. 328, caso de ser crimen la infracción cometida, y así resulta mayor la anomalía, pues según el art. 18 los encubridores son castigados con la cuarta parte de la pena aplicable a los autores. Si se ha cometido un asesinato, el encubridor en el caso del art. 14 sería castigado con cuatro años de reclusión, y en el caso del art. 328 con dos años de prisión como máximo, cuando es indudable que hay más gravedad en el segundo caso que en el primero, si bien en éste tenemos la agravante de la costumbre, pero esta misma circunstancia le da el carácter de delito especial antes que un caso de codelincuencia.

El segundo caso de encubrimiento es el de aquellos que proporcionan los medios para que el delincuente se aproveche de los resultados del crimen o delito.

También este caso, como el del N<sup>o</sup> 3<sup>o</sup> de la enumeración hecha al principio, debe ser considerado como un delito especial o como un acto de complicidad, porque el delincuente, o ha ofrecido al autor su ayuda para que se aproveche de los efectos del hecho punible antes de la realización o después; si lo primero, tenemos una participación intelectual, un concurso de voluntad, si es que ese ofrecimiento ha influido indirecta y secundariamente en la ejecución del delito; pero si no ha habido concierto previo, debe ser considerado como delito especial.

Lo mismo podemos decir de aquel que oculta las pruebas materiales o inutiliza el cuerpo del delito. Si estos hechos proceden de un acuerdo anterior, y han influido en la realización del hecho criminal, debe ser considerado como cómplice el que verifique esos hechos; en el caso contrario, es un delito especial contra la seguridad pública, contra la administración de justicia.

El cuarto caso de encubrimiento, pienso que no puede tener lugar, porque el que oculta o altera la verdad es el juez o funcionario público encargado de esclarecer el hecho punible, o es un perito que debe practicar el examen del cuerpo del delito.

Si es el funcionario público que oculta o altera la verdad, su hecho sería una falsedad, y por lo mismo,

autor de la infracción prevista en el art. 184; y si se le considera como encubridor, y comprendido en el art. 14, habría concurso de varias infracciones, y se le impondría únicamente la pena por la falsedad.

Si es un perito el que oculta o altera la verdad, cometería una declaración falsa, y sería castigado, de acuerdo con el art. 209, como testigo falso, y con la pena designada en el art. 203.

---

Art. 15. Los autores de una infracción frustrada, sufrirán una pena igual a las dos terceras partes de la que se les habría impuesto, si el hecho punible se hubiera consumado.

Art. 16. Los cómplices en un crimen o delito, serán castigados con la mitad de la pena que se les hubiera impuesto, en caso de ser autores de la infracción cometida.

Art. 17. Los reos de tentativa, excepto los casos en que la Ley la califica como delito consumado, sufrirán una pena igual, a la tercera parte de la que se les habría impuesto, si el atentado hubiese llegado a ejecutarse.

Art. 18. Los encubridores serán castigados con la cuarta parte de la pena aplicable a los autores de la infracción, excepto, cuando cometan el encubrimiento en beneficio de sus cónyuges; o de sus ascendientes, descendientes y hermanos, legítimos o ilegítimos; o de sus afines hasta dentro del segundo grado.

La Ley no castiga ni la complicidad ni el encubrimiento en las contravenciones.

---

Penas aplicables a los autores de infracción frustrada, a los cómplices, a los autores de tentativa y a los encubridores.—Comunicabilidad de las circunstancias agravantes.—Excepciones establecidas en el art. 18.

---

Los artículos 15, 16, 17 y 18 fijan las penas aplicables a los autores de infracción frustrada, a los cóm-

plices, a los autores de tentativa y a los encubridores; respectivamente.

La legislación penal ecuatoriana, desde sus comienzos, ha aceptado el sistema de no equiparar, en cuanto a la pena, a los autores con los cómplices, ni a los autores de infracción consumada con los autores de crimen frustrato y tentativa, aun cuando en el Código Penal anterior imponía la misma pena al reo de infracción frustrada que al de tentativa, si bien, como lo dijimos al estudiar el art. 4º, no se tenía como punible todo delito frustrado o toda tentativa de delito, sino que establecía la regla de que la tentativa de delito se la castigaba sólo en casos determinados.

El Código Penal vigente establece una escala gradual de penas, tanto para el delito imperfecto como para los diversos participantes en el hecho punible, tomando como base, en el primer caso, la infracción consumada; y, en el segundo, la pena aplicable al autor.

Al autor de infracción frustrada lo castiga con las dos terceras partes de la pena que se le hubiera impuesto si se hubiera consumado el hecho punible, y al autor de tentativa con la tercera parte.

Al cómplice le impone la mitad de la pena que se le hubiera impuesto siendo autor, y al encubridor con la cuarta parte.

También en esta materia se reformó el Código anterior, ya que al autor de tentativa se le castigaba con una pena que no era menor de la cuarta parte ni mayor de la mitad de la pena que hubiera merecido siendo autor de infracción consumada, y al cómplice con la pena inmediata inferior de la que se le hubiera impuesto siendo autor, pero tanto en el uno como en el otro Código hay la idea de una relación.

Hemos visto que puede darse la complicidad en la tentativa y en el delito frustrado, y fácil es también comprender que puede darse encubrimiento en estas infracciones, y se formaría una escala de las penas del modo siguiente:

Autor de infracción frustrada, las dos terceras partes.

Cómplice de infracción consumada, la mitad.

Autor de tentativa, la tercera parte.

Cómplice de infracción frustrada, la mitad de las dos terceras partes; es decir, la tercera parte, lo mismo que al autor de tentativa.

Cómplice de tentativa, la mitad de la tercera parte: la sexta parte de la pena aplicable al autor de infracción consumada.

Encubridor de delito consumado, la cuarta parte.

Encubridor de infracción frustrada, la cuarta parte de las dos terceras partes: la sexta parte.

Al encubridor de tentativa, la cuarta parte de la tercera parte: la doceava parte.

Tomando como base los artículos 15, 16, 17 y 18, y combinándolos con los artículos 41, 42 y 47 que son los que señalan el tiempo de duración de las penas, podría formularse, como lo hace el Código español, un cuadro del modo siguiente:

| Autor de infracción consumada.                     | Autor de infracción frustrada.                    | Cómplice de infracción consumada.             | Autor de tentativa.                        | Cómplice de infracción frustrada.          | Encubridor de infracción consumada.      | Cómplice de tentativa.            | Encubridor de infracción frustrada. | Encubridor de tentativa.   |
|--|---|---|--|--|--|-----------------------------------|-------------------------------------|----------------------------|
| Diez y seis años de reclusión mayor extraordinaria | Diez años ocho meses de reclusión mayor.          | Ocho años de reclusión mayor.                 | Cinco años cuatro meses.                   | Cinco años cuatro meses.                   | Cuatro años.                             | Dos años ocho meses.              | Dos años ocho meses.                | Un año cuatro meses.       |
| Ocho a doce años de reclusión mayor.               | Cinco años cuatro meses a ocho años de reclusión. | Cuatro a seis años.                           | Dos años ocho meses a cuatro años.         | Dos años ocho meses a cuatro años.         | Dos a tres años.                         | Un año cuatro meses a dos años.   | Un año cuatro meses a dos años.     | Ocho meses a un año.       |
| Cuatro a ocho años de reclusión mayor.             | Dos años ocho meses a cinco años cuatro meses.    | Dos a cuatro años.                            | Un año cuatro meses a dos años ocho meses. | Un año cuatro meses a dos años ocho meses. | Uno a dos años.                          | Ocho meses a un año cuatro meses. | Ocho meses a un año cuatro meses.   | Cuatro meses a ocho meses. |
| Doce años de reclusión menor extraordinaria.       | Ocho años de reclusión menor.                     | Seis años.                                    | Cuatro años.                               | Cuatro años.                               | Tres años.                               | Dos años.                         | Dos años.                           | Un año.                    |
| Seis a nueve años de reclusión menor.              | Cuatro a seis años de reclusión.                  | Tres años a cuatro años seis meses.           | Dos a tres años.                           | Dos a tres años.                           | Un año seis meses a dos años tres meses. | Un año a un año seis meses.       | Un año a un año seis meses.         | Seis meses a nueve meses.  |
| Tres a seis años de reclusión menor.               | Dos a cuatro años de reclusión.                   | Un año seis meses a tres años.                | Un año a dos años.                         | Un año a dos años.                         | Nueve meses a un año seis meses.         | Seis meses a un año.              | Seis meses a un año.                | Tres meses a seis meses.   |
| Ocho días a cinco años de prisión.                 | Cuatro días a tres años cuatro meses de prisión.  | Cuatro días a dos años seis meses de prisión. | Dos días a un año ocho meses.              | Dos días a un año ocho meses.              | Dos días a un año tres meses.            | Un día a diez meses.              | Un día a diez meses.                | Un día a cinco meses.      |

Por el cuadro anterior se ve que el autor de tentativa, y el cómplice de infracción frustrada son castigados con la misma pena, y que igual sanción tienen el cómplice de tentativa y el encubridor de infracción frustrada.

Estas son las penas generales que se aplican en los respectivos casos, sin perjuicio de las modificaciones que pueden tener de acuerdo con el Capítulo V.

Determinadas las penas con que se castigan a los autores, cómplices y encubridores, veamos algunas especialidades en los artículos que estudiamos.

El art. 15 no ofrece dificultad alguna: todo autor de infracción frustrada es castigado con las dos terceras partes de la pena que se le hubiere impuesto al haberse consumado la infracción; sin embargo, al estudiar el art. 5º vimos un caso en que no se castiga la infracción frustrada sino como tentativa, y es el caso del art. 334.

En el art. 16, la frase "en caso de ser autores de infracción cometida", presenta la siguiente cuestión: ¿Son comunicables las circunstancias agravantes entre los autores y cómplices?

Entre las circunstancias agravantes que reconoce la ley, unas son personales y otras materiales. Las primeras, resultan de ciertas cualidades o relaciones personales; las segundas, son inherentes al crimen mismo, se relacionan con los elementos materiales de la infracción, y algunas, como lo veremos al estudiar las circunstancias agravantes, son constitutivas de la infracción; de modo que llegan a cambiar el título del crimen o delito. Así el robo cometido con la circunstancia *de la noche* cambia el robo simple en robo calificado.

Ahora bien, es un principio reconocido en legislación penal, que las circunstancias personales como la calidad de hijo, tutor, funcionario público, etc., como inherente a la persona no pueden comunicarse ni entre los coautores ni entre los coautores o cómplices, y agravarán, por consiguiente, la responsabilidad de aquel de los autores o cómplices en quienes se encuentren esas agravantes, y no en aquellos que no las tienen.

Las circunstancias agravantes materiales por el contrario, como son inherentes al hecho mismo, no pueden menos que comunicarse a todos los que han tenido participación en el hecho punible agravado por estas circunstancias, pues el que ha querido un hecho es responsable de ese hecho con todas sus consecuencias.

En cuanto al sistema aceptado en el art. 16, creo que debemos hacer la distinción de si son las circunstancias agravantes personales o materiales y de si son constitutivas de la infracción.

Si una infracción ha sido cometida con tales o cuales circunstancias, y éstas dan a la infracción un título especial, será castigado con la mitad de la pena de la que se le habría impuesto si hubiera sido autor.

Según esto, el cómplice de un parricidio que no tiene con la víctima ningún parentesco de los determinados en el art. 395, será cómplice de homicidio voluntario, asesinato o del crimen previsto en el art. 395?

La resolución de esta cuestión depende del modo de considerar la cualidad de padre, madre, hijo, etc. si como una circunstancia agravante, o como constitutiva de la infracción.

Si se considera como mera circunstancia agravante, el cómplice no sería sino responsable por el homicidio, pero si se la tiene como constitutiva sería de parricidio.

Según el sistema de nuestra Código, creo que no es una circunstancia constitutiva sino agravante personal, que no puede comunicarse de un delincuente a otro, y que el cómplice será responsable como cómplice de homicidio.

Creo que no es circunstancia constitutiva, porque no cambia ni el carácter intrínseco de la infracción, ni se le ha calificado como título especial de un crimen determinado.

En los Códigos francés y belga y en el ecuatoriano anterior al vigente, el hecho determinado en el art. 395 constituye una infracción *sui generis*: el parricidio; denominación que se le ha hecho desaparecer en el art. 395; y, por lo mismo, no es sino homicidio con la circunstan-

cia agravante del parentezco, y ,tengo para mí, que “la infracción cometida” es un homicidio o un asesinato, si existen las circunstancias que dan al homicidio el carácter de asesinato, y el cómplice será castigado con la mitad de la pena que se le habría impuesto si hubiera sido autor de homicidio o de asesinato según los casos.

Por otra parte, la discusión en caso de asesinato sería puramente teórica, ya que el asesino y el parricida están castigados con la misma pena, y el cómplice será penado con ocho años de reclusión, ya se le considere cómplice de asesinato o de parricidio.

Sin embargo de que al cómplice se le castiga con la pena designada en el art. 16, hay excepciones a la regla, como lo dispone el art. 310, en el cual la pena del cómplice es igual a la del autor.

El art. 17 no ofrece dificultad, la pena al autor de tentativa es la señalada en ese artículo, excepto en los casos que la ley considera consumado el hecho por la tentativa o cuando impone la misma pena para la tentativa y al delito consumado, como en los casos de los art. 325 y 329.

El art. 18 establece la excepción de que si el encubrimiento se verifica por alguno de los parientes determinados en el artículo, no será castigado el encubridor.

Estudiemos los casos de encubrimiento y veamos la bondad de la excepción.

En el primer caso de encubrimiento es muy natural la excepción, porque las leyes sociales no pueden prescindir de las leyes de la naturaleza. El padre que suministra habitualmente a su hijo alojamiento, escondite, etc., aunque conozca la conducta criminal de él, no hará sino seguir los impulsos del cariño de padre, y no puede dejar de querer salvar a su hijo, por más criminal que sea, y lo mismo podemos decir del caso 3º, pues es muy justo que el padre procure que no se descubra el crimen cometido por su hijo.

En el caso 2º no me parece aceptable la excepción. Los lazos de parentezco obligan a proteger la libertad y la honra del delincuente, pero no facultan a completar los efectos criminales. El padre que vende los objetos

que robó el hijo, para que éste se aproveche del robo, debe ser castigado: no es posible que siga delinquiendo con él o como él.

En cuanto al último de los casos de encubrimiento creo que no puede tener aplicación, ya que ningún juez confiará a los parientes del delincuente el reconocimiento del cuerpo del delito, ni tendría como obligarlos, pues esas personas estarían en el caso de excusa legal.

---

Art. 19. Cuando la pena aplicada a los responsables del delito frustrado o de tentativa, de complicidad o encubrimiento, se refiera a reclusión mayor o menor, se cumplirán en los respectivos establecimientos penitenciarios, con sujeción a las leyes y reglamentos del caso.

---

Empleo de la palabra *delito* en este artículo.

---

F. E. La reclusión mayor o menor, según los artículos 41 y 42 se ~~cumple~~<sup>cumple</sup> en las penitenciarías, con sujeción a los reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo. Los autores de crimen frustrado, tentativa de crimen, complicidad y encubrimiento de crimen, se cumplirán en esos establecimientos penales y conforme a dichos reglamentos.

Esto no ofrece dificultad, pero si hay que observar el empleo de la palabra *delito* en este artículo, que sin duda es un error de impresión, porque según el sistema del Código, los delitos no son castigados con reclusión, ni se cumple la pena en la penitenciaría. Los delitos son castigados con prisión en las cárceles del Cantón o de la capital de provincia. Debe, pues, decirse crimen en lugar de delito en el artículo 19.

### CAPITULO III

De la responsabilidad criminal y de las circunstancias que eximen de élla, la excusan, atenúan o agravan.

---

Noción de las circunstancias eximentes, excusantes, atenuantes y agravantes de la responsabilidad criminal.

---

Antes de entrar en el estudio detallado de los artículos del Capítulo III, fijemos la noción de las circunstancias que eximen, excusan, atenúan o agravan la responsabilidad criminal.

Las causas eximentes, como lo está indicando la misma palabra, son aquellas que hacen desaparecer toda responsabilidad criminal por el hecho realizado, ya por no encontrarse en el agente las condiciones indispensables para que un acto pueda ser considerado como criminal; ya porque el hecho, si de apariencia criminal, es justo en sí mismo, y el autor puede decir: lo hice pero lo hice con derecho. De ahí que las causas eximentes de responsabilidad pueden ser de *no imputabilidad y justificativas*, y la ley al hablar de unas y otras emplea expresiones análogas sin hacer distinción entre ellas, porque el efecto es el mismo.

En el curso del estudio veremos cuales son de no imputabilidad y cuales justificativas, siendo de estas últimas unas aplicables a todas las infracciones, y otras a ciertos crímenes y delitos y se hallan comprendidas en la parte especial.

Las circunstancias excusantes son aquellas que disminuyen, sin hacer cesar por completo la responsabilidad del autor de un hecho punible. Cuando existen estas circunstancias el agente es responsable, pero su responsabilidad es menor; se le castiga, pero la pena es menor, en razón de esas causas, de la que se hubiera impuesto al no existir dichas circunstancias.

Estas causas son generales o especiales, según se apliquen a todas las infracciones o solamente a algunas.

Las circunstancias atenuantes, lo mismo que las de excusa, modifican la responsabilidad del autor y disminuyen la pena que se aplicaría a la infracción sin las circunstancias atenuantes, pero éstas no están determinadas por la ley, se las deja a la apreciación del juez.

De modo que la diferencia entre unas y otras está principalmente en que las excusas se hallan fijadas por el legislador; el juez no puede aceptar otras, mientras que las atenuantes son ilimitadas, y las que considera la ley en el art. 32 son como ejemplos que pone para explicar la definición de ellas, pero el efecto, como lo hemos dicho, es el mismo: la rebaja de la pena, pero si existen circunstancias de excusa, la rebaja es mayor que cuando existen circunstancias atenuantes.

Por último, hay las circunstancias que se llaman agravantes y que aumentan la criminalidad del hecho o la culpabilidad del autor, y que agravan la pena, o influyen para que el juez las tenga en cuenta al aplicarla entre el máximun o mínimun.

Es preciso cuidarse de no confundir entre circunstancias agravantes, y hechos constitutivos de la infracción, cuya diferencia la estableceremos al estudiar el art. 35.

Las circunstancias agravantes, cuyo efecto es aumentar la pena, son dos: la reincidencia y la calidad de funcionario público, según lo dispuesto en el art. 254.

Fijada, aunque de un modo general, la noción de las circunstancias que modifican la responsabilidad criminal, entremos en el estudio detallado de esas circunstancias.

---

Art. 20.—Son delincuentes únicamente los individuos que han cometido el hecho punible con la necesaria inteligencia y en uso de su libertad.

---

Concepto de la imputabilidad, responsabilidad y culpabilidad.—La falta de inteligencia o libertad son causas de no imputabilidad.

---

En el artículo 1º, al estudiar la palabra imputables, dijimos que para imputar un hecho a una persona, era

necesario que ese hecho sea el resultado de la inteligencia y libertad del agente; y que en donde falte la inteligencia o la libertad, no encontraremos infracción de la ley penal; principio repetido nuevamente en el art. 20.

En un estudio que, sobre el Código Penal de 1906, comenzó a publicar el autor de estas líneas, decía [1]: "La doctrina corriente tanto en los tratadistas y legisladores, como en los Códigos y leyes penales, es que para que pueda imponerse pena por un hecho que está considerado como infracción de la ley penal, es necesario que ese hecho pueda ser imputado a su autor, y que el acto que no es imputable moralmente no puede dar lugar a responsabilidad penal.

Resumamos en pocas palabras la teoría de la imputabilidad moral.

Imputar una acción es hacer responsable al que lo ejecuta, pero para que de un hecho pueda ser responsable una persona, es necesario que dicha persona haya obrado con inteligencia y voluntad; y en donde falte la inteligencia o la voluntad ya no encontraremos un hecho imputable; y, por lo mismo, infracción de la ley penal. Imputar un hecho a una persona equivale a decir que esa persona es la causa eficiente y libre: la causa primera del hecho.

Pero quien es la causa primera de un hecho está en la obligación de responder por el hecho realizado; de ahí la íntima relación que existe entre imputabilidad y responsabilidad que en último análisis vienen a confundirse.

Pero el acto imputable a alguno y del cual es responsable, puede ser bueno, indiferente o malo, y así como para que haya recompensa es preciso que el acto sea bueno, así también, aunque en sentido inverso, para que haya lugar a castigo, es necesario que en el agente haya habido demérito moral, es decir que haya faltado a un deber, de donde procede el nombre de falta; o, en otros términos, culpabilidad, de culpa, falta.

---

[1] Revista de la Sociedad Jurídico Literaria Nos. 19 y 20 de Julio y Agosto de 1914.

De ahí tres ideas que se ligan y se completan: imputabilidad, responsabilidad, culpabilidad.

Esta teoría de la imputabilidad y de la responsabilidad que la hemos tomado de Ortolán, uno de sus más claros expositores, es también la que sigue nuestro Código Penal como base para el castigo de las infracciones.

Todos los crímenes, delitos y contravenciones deben ser hechos imputables; deben ser el resultado de la inteligencia y de la voluntad, y donde falte la inteligencia o donde falte la voluntad, el ejecutor de ese hecho no es responsable, o, como lo expresa el art. 20: "Son delinquentes únicamente los individuos que han cometido el hecho punible con la necesaria inteligencia y en uso de la libertad", presumiéndose de derecho que todo acto del hombre es el resultado de estas dos facultades: la inteligencia y la libertad.

La inteligencia, la facultad de discernir por el aspecto penal, la legalidad o ilegalidad del acto. La libertad, la facultad de hacer o de abstenerse. Todo individuo, de conformidad con el art. 3, es capaz de discernir y de querer o no querer, reputándose voluntarios y maliciosos todos los actos, mientras no se pruebe lo contrario, y un acto no es *voluntario* sino cuando proviene de la inteligencia y voluntad.

Ahora bien, las causas que pueden afectar al agente en la plenitud de sus facultades, o en el ejercicio de ellas, con relación a la inteligencia o la libertad, condiciones indispensables para la imputabilidad, son de diversa naturaleza; la una depende de la edad del delincuente; las otras, de accidentes o irregularidades, pero todas eximentes de responsabilidad, y se hallan determinadas en el art. 21 y siguientes.

Todo el fundamento para el castigo de los delitos lo encuentra el Código en la libertad del individuo, o sea en el libre albedrío del agente. "Pero ¿el libre albedrío existe? He aquí una cuestión, sobre la cual se viene disputando hace muchos siglos y en torno de la que se ha producido una abundantísima literatura. Teólogos, filósofos, moralistas, jurisconsultos psicólogos

han sostenido y siguen sosteniendo empeñadas discusiones, no poco enconadas a veces, y en las que han puesto a contribución grandes energías para averiguar si el hombre es libre, no ya con libertad moral y racional, que sobre esto no hay fundamentales discrepancias, sino con libre albedrío. . . Y después de tanto investigar y tanto discutir, la cuestión sigue en pie y pudiera decirse tan oscura como el primer día" (2).

No entraremos en la discusión de lo que debe entenderse por libre albedrío, ni acerca de su existencia o inexistencia. Creemos que para las necesidades sociales, en lo que a la función penal se refiere, no hay necesidad de saber si el hombre es libre o no, si pudo abstenerse o no de sus actos, si fue apto para discernir o no.

La sociedad en virtud del derecho de defensa que le compete, está en la obligación de imponer una pena al delincuente, entendiéndose por tal al que ha cometido un hecho delictuoso, sin poner como causa de la pena, el que el hecho haya sido cometido con "la necesaria inteligencia y en uso de la libertad", porque esta fórmula, puesta como la única base de la función punitiva, es, si no falsa, absolutamente peligrosa para la sociedad, pues rara vez encontraremos en un delincuente esa necesaria inteligencia y el uso de la facultad de hacer o abstenerse, que es en lo que consiste la libertad.

Si aplicáramos al pie de la letra las disposiciones del Código respecto de la responsabilidad, no daríamos jamás con un solo individuo merecedor de una pena, ya que todos podrían alegar que no tuvieron completa la inteligencia para poder discernir, pues que sus hechos, al parecer criminales, fueron el resultado de influencias pasionales o de perturbaciones de la razón, aunque transitorias, en el momento de cometer el delito; o que fueron "impulsados a cometerlos por una fuerza que no pudieron resistir."

Aceptando la teoría del Código tal como está expuesta, desde el punto de vista de la responsabilidad, los más grandes criminales, los más temibles para la so-

---

(2) P. Dorado.—De criminalología y penalogía—página 43.

ciudad, aquellos sujetos completamente degenerados, pudieran muy bien escapar a la represión; así como aquellos que en un instante de súbita impulsión cometen un delito, siendo muy fácil para un defensor astuto e inteligente convencer a los jueces que su defendido obró bajo el influjo de causas que le colocan dentro del art. 20, o de la parte final del art. 21."

En el Código Penal anterior, no teníamos la disposición consignada en el art. 20 y no se definían las condiciones de la responsabilidad, sino que se enumeraban ciertas situaciones, en las cuales no hay responsabilidad: la menor edad, la demencia y el temor o la fuerza irresistible, causas que se refieren a la falta de inteligencia o de voluntad, y que son circunstancias de no imputabilidad.

---

Art. 21.<sup>(18)</sup>—No hay infracción cuando el hecho está ordenado por la Ley; o determinado por resolución definitiva de autoridad competente; o cuando el indiciado lo cometió en estado completo y actual de demencia; o cuando fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir."

Si el hecho ha sido cometido por un loco o demente, el juez que conozca de la causa, decretará su reclusión en un hospital de alienados; y no podrá ser puesto en libertad, sino con audiencia del Ministerio Público, y previo informe satisfactorio de la Facultad Médica, sobre el restablecimiento de las facultades intelectuales del recluso.

---

Este artículo establece cuatro causas eximentes de responsabilidad: 1º. Orden de la Ley; 2º Mandato de la Autoridad.—Condiciones que se requieren para que el mandato de la Autoridad constituya causa que exima de responsabilidad; 3º Demencia.—Extensión que debe darse al término *demencia*.—Embriaguez; 4º. Fuerza.—La fuerza puede ser interna o externa.—Impulso de las pasiones.

---

El artículo 21 determina cuatro circunstancias que eximen de responsabilidad: 1º Orden de la ley; 2º Mandato de la Autoridad; 3º La demencia; y 4º La fuerza.

Las causas que eximen de responsabilidad, son, como lo dijimos, las que quitan toda idea de criminalidad en el acto realizado; y por esto principia el artículo 21 con las palabras “no hay infracción” cuando el hecho se ha verificado con alguna de esas circunstancias.

ORDEN DE LA LEY.—El acto por más perjudicial que se lo suponga, es legítimo a los ojos de la ley positiva si estaba ordenado por esa ley, y si se lo había hecho conforme a lo prescrito por élla. El agente tenía el derecho y hasta el deber de ejecutarlo.

La palabra “ordenado” que se emplea en el artículo que estudiamos, si se la tomara en su sentido extricto, sería demasiado restringida. Hay casos en que la ley no ordena imperativamente un acto, sino que únicamente lo autoriza, y esto basta para que deje de ser punible. Así, por ejemplo, la ley no ordena a la autoridad, en algunas ocasiones, para que proceda a la detención de ciertos individuos que se hallen indiciados por una infracción, pero le autoriza hacerlo, y la autoridad que ordenara tal detención no sería responsable del delito de prisión ilegal y arbitraria.

En el Código Penal anterior se decía: “No hay infracción cuando el hecho estaba ordenado por la ley y mandado por la autoridad”, siendo necesario, por consiguiente, dos condiciones, la orden y el mandato. De este modo, el legislador impedía los actos arbitrarios de la autoridad, e impedía que la ley no sea aplicada de una manera contraria a la justicia.

En el Código en vigencia se ha hecho dos causas distintas de justificación la orden y el mandato, sin que, a mi modo de ver, tenga razón la reforma. En efecto, un acto de la autoridad no es legítimo sino cuando obra dentro de los términos de la ley, y que siempre el agente que ejecuta la orden haya recibido de su superior gerárquico o de una autoridad legítima la orden de ejecutar.

MANDATO DE LA AUTORIDAD.—La segunda de las causas que eximen de responsabilidad criminal, es: “cuando el hecho está determinado por resolución definitiva de autoridad competente.”

Los criminalistas reconocen tres clases de obediencia.

cia: la doméstica, la política y la gerárquica. Doméstica, la de los hijos respecto de los padres; de la mujer respecto del esposo; de los sirvientes respecto de los amos. Política, la de los súbditos con relación a la autoridad pública. Gerárquica, la que liga a los empleados subalternos con sus superiores inmediatos.

Es indudable que en el artículo 21 está comprendida únicamente la obediencia gerárquica, lo que se deduce de los términos de la ley y de los principios científicos.

Para que la obediencia gerárquica exima de responsabilidad, es necesario que el inferior esté en la creencia racional de que lo mandado por el superior no es una infracción, ya porque el acto era atribución del que lo ordenaba y el inferior creía ejecutar una cosa lícita.

De los términos de la disposición legal, podemos deducir las siguientes condiciones para que la orden pueda ser causa que exime de responsabilidad:

1.<sup>a</sup> El mandato debe proceder de un superior de la persona a quien se manda; porque, de lo contrario, no tiene aquél autoridad para mandar, ni el inferior obligación de obedecer, y la orden quedaría reducida a un simple consejo que no hace desaparecer la responsabilidad de quien lo da ni de quien lo sigue.

2.<sup>a</sup> El precepto ha de ser dado en el ejercicio de las funciones del superior, porque nadie puede extender su esfera de acción más allá de los límites de la autorización legal. De ahí que si la orden del superior no se refiere a las funciones, excede de las facultades o de su competencia, no se debe obedecer porque es nulo, y no exime de responsabilidad porque no obliga. Los principios anteriores están, además, consignados en el art. 139.

3.<sup>a</sup> El mandato debe ser legal en la forma, y esta condición es más clara y resuelve mejor los casos prácticos, que la de ser justa en el fondo; porque el superior es quien conoce los motivos del mandato, y al inferior sólo le es dable saber quien se lo da, sobre qué versa y si la forma es legal.

Reunidas en una orden las condiciones expresadas, el inferior no cometerá infracción de ninguna clase, la

responsabilidad la tendrá únicamente el superior que dictó la orden ilegal. (Art. 140).

DEMENCIA.—La tercera de las circunstancias eximentes de responsabilidad, es la demencia: “cuando el indiciado ejecutó el hecho en estado completo y actual de demencia.”

Según opinión unánimemente aceptada por los comentaristas de los Códigos penales francés y belga, que emplean el término demencia, para designar la circunstancia de irresponsabilidad a causa de una enfermedad mental, es de que en el expresado término no sólo está comprendida aquella enfermedad que en medicina se llama locura, sino que se extiende a toda clase de enfermedades mentales, que provienen ya de la paralización del desarrollo o degeneraciones patológicas que afectan al cerebro antes de la época en que normalmente debe adquirir su madurez completa: idiotismo, imbecilidad, debilidad de espíritu con perversión de instintos, locura moral; o cuando después de esta época normal de madurez, causas orgánico-patológicas vienen a entorpecer el libre ejercicio de las facultades intelectuales: locura propiamente dicha en todas sus formas. Pues bien, todos estos estados psíquicos entran en lo que el legislador llama “demencia”, es decir, la falta de razón a causa de una organización cerebral incompleta o de una enfermedad del cerebro, pero no podrían comprenderse las turbaciones psíquicas pasajeras, que resultan de una alteración transitoria de las funciones cerebrales.

Como el legislador no ha definido lo que se entiende por “demencia”, y debiendo ser interpretado el texto, no según el tenor literal, sino conforme a lo que hemos indicado, la dificultad está en saber cuándo ha existido verdaderamente una enfermedad mental que esté incluida en la palabra demencia, y como ésta es una cuestión de psiquiatría, el juez debe recurrir a los dictámenes de médicos especialistas en enfermedades mentales.

Pero la demencia para que exima de responsabilidad, debe ser completa y actual.

La ley penal considera dos extremos: al hombre inteligente, plenamente responsable; o al que se encuen-

tre privado de razón, totalmente irresponsable. No puede comprenderse en la demencia sino aquel estado de incapacidad mental que coloca a un individuo en el carácter de alienado, sin que estén incluidos aquellos tipos de degenerados que ni tienen cordura completa, ni pueden ser considerados como locos.

La carencia de razón debe existir a tiempo de ejecutar el acto, encontrándose a este respecto, diferencia con lo establecido en materia civil. La interdicción de un individuo, dictada por un juez civil, no produce, por el aspecto penal, ninguno de los efectos que produce en lo civil.

Si el que está en interdicción por causa de demencia, ejecuta un acto o celebra un contrato, esos actos son nulos, sin necesidad de justificar que existió locura en el instante que se celebró el contrato, no se puede alegar que se lo llevó a efecto en un momento de lucidez.

Desde el punto de vista penal, la interdicción no es un impedimento para la prosecución de un juicio contra el interdicto, ni para que se le condene; pero el Ministerio Público tiene obligación de probar, que el acusado estaba sano de espíritu en el momento que verificó un hecho punible, porque la declaración de interdicción establece un indicio del estado de demencia; tanto más, cuanto que los jueces civiles, para decretar la interdicción, averiguan si el individuo se encuentra en un estado habitual de demencia.

**EMBRIAGUEZ.**—Casi todos los tratadistas de derecho penal y los comentadores estudian la embriaguez relacionándola con la demencia.

Efectivamente, la embriaguez es una de las causas cuyos efectos psicológicos son análogos a los de la locura, e influye sobre la facultad de discernir en aquel que se encuentra bajo el influjo del alcohol.

La embriaguez, por sí misma, cuando es voluntaria, constituye una turbación social; es, como lo dice un autor, el vestíbulo de la locura: algunas legislaciones creen justo y útil castigarla.

Pero al estudiar la embriaguez, de lo que se trata es de investigar la responsabilidad de aquel que comete

un hecho punible en estado de embriaguez, y esta investigación es tanto más necesaria, cuanto que las estadísticas manifiestan la frecuencia, cada vez mayor, de esta situación.

Se distingue generalmente, en la doctrina y en la jurisprudencia, el alcoholismo y la embriaguez simple; pudiendo, el primero, conducir hasta la locura, y entre las enfermedades mentales se ha colocado la que proviene del uso habitual del alcohol o de sustancias tóxicas como el opio, la morfina, etc., y el individuo que en este estado comete un delito, es irresponsable. Pero no nos ocupamos de esta situación sino de la embriaguez simple.

Para deducir la responsabilidad de aquel que se encuentra en este estado, se ha considerado la embriaguez simple desde el punto de vista de su intensidad y de su causa, y combinando una y otra se han resuelto la responsabilidad del hombre ebrio.

Tomando como criterio la intensidad se ha dividido la embriaguez en completa e incompleta; y poniendo como base la causa, en accidental, voluntaria, culpable y rebuscada. La embriaguez es accidental, cuando la persona se ha encontrado embriagada sin haber bebido con exceso, sea a consecuencia de una disposición morbosa, sea porque maliciosamente se haya adulterado el licor. Esta embriaguez, si es completa hace desaparecer toda responsabilidad; y si es incompleta se mantiene la imputación, salvo la degradación en cuanto al dolo.

La embriaguez es culpable cuando se ha bebido con exceso, pero sin pensar que se llegaría al estado de embriaguez. Es voluntaria cuando un individuo ha bebido con intención de llegar a embriagarse, pero sin querer cometer un delito. Estas clases de embriaguez, si son completas hacen desaparecer la responsabilidad en cuanto al *dolo*, pero subsiste la responsabilidad por la *culpa*, ya que voluntariamente se puso el individuo en ese estado. Si es incompleta no disminuye la imputación.

La embriaguez rebuscada o premeditada, es aquella en que el culpable se halla después de haber premeditado un delito, a fin de darse más valor para cometerlo, o para procurarse una excusa. Esta embriaguez cual-

quiera que sea su intensidad no es una excusante; pues al ser incompleta no se ha perdido la noción de los actos; y al ser completa, no se castiga lo que ha hecho el hombre ebrio, sino lo que hizo el sano de espíritu, al cual se debe atribuir el delito, del cual es única causa; si bien, como lo dice Garraud, se discute esta situación por honor a los principios, porque el caso que suponemos es enteramente hipotético. El individuo que ejecuta, en estado de embriaguez, el proyecto que tuvo en mira al embriagarse, muestra por ello, que le quedaba una cierta conciencia de sus actos.

Estos son los principios que reconoce la ciencia penal: veamos lo que dispone nuestro Código.

El estado de embriaguez, según nuestro Código, no puede considerarse como eximente de responsabilidad: si es incompleta, no se ha perdido la facultad de discernir, y no puede comprenderse en la demencia; si es completa y voluntaria o culpable no es ni atenuante, según lo dispuesto en el art. 34, mucho menos puede ser eximente; si es rebuscada es una agravante [art. 35]; si es completa e involuntaria es atenuante [art. 34.]

**FUERZA.**—La cuarta de las causas que excluyen la responsabilidad es la fuerza: cuando el indiciado de un hecho criminal "fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir."

La dificultad en esta materia consiste en determinar cuándo existe la fuerza irresistible.

Comencemos por la distinción tan conocida entre fuerza, o violencia como se la llama también, física y moral.

Hay violencia física en el caso que el agente se haya visto obligado materialmente a cometer una infracción, y puede provenir de un hecho del hombre, de una fuerza mayor o de un suceso de la naturaleza. Los casos en que esto suceda serán muy raros para las infracciones de hacer, se presentan con más frecuencia en las omisiones. Así, un empleado público que debiendo cumplir con una obligación o un servicio no lo hiciera, por impedimento físico, sería un ejemplo de esta especie de violencia.

La violencia moral tiene lugar, cuando un mal inminente pone a un individuo en la alternativa de sufrir ese mal o causar un hecho ilícito. Como la violencia física, puede provenir de un hecho del hombre o de un accidente de la naturaleza. Un escribano a quien se le impusiera bajo amenazas el otorgar una escritura pública falsa, sería caso de violencia moral por un hecho del hombre; la persona que por salvarse de una inundación causara un mal a otra persona: caso de violencia moral por un hecho de la naturaleza.

Es indudable que todos estos casos están comprendidos en el art. 21, pero a condición de que la fuerza que ha obligado a verificar el hecho criminal sea irresistible, lo que manifiesta que debe tener los caracteres de inevitable e inminente; por lo que un mal que pudiera preverse o que fuera incierto, futuro o poco grave no daría lugar a la excusa, sin poderse dar reglas generales acerca de estas condiciones, ya que son cuestiones de hecho que, en cada caso particular, lo resolverá el juez.

La fuerza irresistible puesta como causa que exime de responsabilidad, ha recibido las más duras críticas de los criminólogos positivistas, pues siendo, según ellos, el delito el resultado de causas fatales y determinantes, el criminal no puede menos que cometer el delito, y Garafalo, dice al respecto lo siguiente: "El impulso resistible es aquel al cual no se opone otro más fuerte: el irresistible es el que ha dominado a todos los demás. De donde resulta que el hecho mismo de la acción prueba la irresistibilidad del impulso, pues si éste hubiera sido irresistible la acción no habría tenido lugar" (3).

Otra fuerza que se la ha llamado interna, que puede influir sobre el grado de la responsabilidad criminal, es la que proviene de las pasiones del sujeto del delito, y se denomina impulso de las pasiones.

No se puede sostener que las pasiones sean una causa de irresponsabilidad, porque todos deben resistir a las pasiones; el hombre tiene obligación de vencerlas cuando con ellas puede dañar a otro. Las pasiones

---

[3] Garafalo.—La Criminalología página 263.

pueden ser una causa degradante pero no eximente, como lo manifiesta la excusa de la provocación; pero en los casos de excusa tiene el juez que aceptarla sólo cuando la reconozca la ley; en otros casos será a lo más una atenuante.

De las causas eximentes de responsabilidad que reconoce el art. 21, dos son de no imputabilidad: la demencia y la fuerza; y las otras justificativas.

El inciso último del artículo que hemos estudiado no ofrece dificultad; es una disposición administrativa, obligatoria para el juez, para el caso que se cometa un hecho punible por un demente; siendo de esperarse que se establezcan establecimientos especiales para esta clase de individuos que requieren tratamientos apropiados, tanto más que uno de los medios de defensa es la simulación de locura; y, por lo mismo, se necesita de una rigurosa observación para descubrir si la locura es verdadera o simulada.

---

Art. 22.—Está exento de responsabilidad criminal el menor de diez años; y lo estará también el mayor de diez y el menor de diez y seis, cuando constare de manera plena que ha obrado sin discernimiento.

Sin embargo, según las circunstancias, podrá ser conducido a una casa de corrección, para que sea educado en ella, hasta que cumpla veintiún años.

Si constare que el menor de diez y seis años y mayor de diez, ha obrado con discernimiento, se le aplicará una pena que no exceda de la mitad ni baje de la cuarta parte, de la que se le habría impuesto, en caso de ser mayor de diez y seis años; y podrá ser colocado bajo la vigilancia de la autoridad, por un tiempo igual a la condena.

Cuando un sordo-mudo, mayor de diez y seis años; cometiere un crimen o un delito, no será castigado, si constare plenamente que ha obrado sin discernimiento, pero podrá colocársele en una casa de educación adecuada, hasta por diez años; y si constare que ha obrado con discernimiento, se observará lo dispuesto en el inciso anterior.

Edad.—La ley distingue tres períodos para establecer la responsabilidad penal: primer período, desde el nacimiento hasta los diez años; segundo período, desde los diez hasta los diez y seis; tercer período, desde los diez y seis para adelante.—Sordomudez.—Diversas situaciones en las que puede ser considerado el sordomudo.

La ley establece tres períodos en cuanto a la edad para determinar la responsabilidad criminal.

Primer período: desde el nacimiento hasta los diez años. En este período la irresponsabilidad es absoluta.

El niño que cometiere un hecho castigado por la ley penal, está considerado completamente irresponsable; se presume de derecho que el niño no tiene concepto de lo justo y de lo injusto; o, en otros términos, que no tiene razón moral suficiente; de ahí que la ley diga: "Está exento de responsabilidad criminal el menor de diez años".

Si el niño demuestra con sus actos una maldad precoz, un desarrollo extraordinario de la inteligencia, podrá ser colocado en una casa de corrección para que sea educado en élla.

Esta corrección no puede tomarse como un castigo, siendo, a diferencia de lo establecido para el loco, facultativo para el juez.

Segundo período: de los diez a los diez y seis años. Este período podemos llamarlo de responsabilidad dudosa: no sabemos de una manera absoluta si es o no responsable; es preciso investigar si obró o no con discernimiento.

El período de los diez a los diez y seis años, puede, pues, ser causa de no imputabilidad o de excusa, según que el joven haya obrado sin discernimiento o con él. En el primer caso, no se le castiga; en el segundo, se le castiga, pero la pena es menor que la que se le hubiera impuesto si hubiera sido mayor de edad.

Tercer período: de los diez y seis años en adelante. Es, en derecho penal, la época de la responsabilidad absoluta, es la mayor edad; mucho antes que la mayor edad en materia civil.

Tratándose de la edad el Código ha seguido el sis-

tema de la división en tres períodos, separándose del sistema adoptado por los Códigos penales francés y belga que únicamente lo dividen en dos períodos: del nacimiento a los diez y seis, y de esta edad en adelante, estableciendo una presunción de irresponsabilidad en el primer período; presunción que desaparece si se comprueba que el menor de diez y seis años obró con discernimiento.

En presencia de los dos sistemas tengo para mí que es más aceptable el sistema del Código francés, porque si bien es cierto que hay una época en que el niño no puede dar cuenta de sus actos, no es posible señalar un término fijo que separe la infancia de la adolescencia, sobre todo en países como el nuestro de diferentes razas y de climas diversos. Debemos dejar a los jueces la cuestión de determinar la delincuencia en cada caso particular.

De conformidad con nuestro Código, el menor de diez años once meses está libre de toda culpabilidad, pero si tiene diez años un día puede estarlo o no; de tal suerte que la responsabilidad está sujeta a la regla invariable del tiempo: ni más ni menos de diez años, cuando puede darse individuos de nueve años que tengan más conciencia de lo que hacen, muestren mayor precocidad para el crimen que otros de once años, y mientras tanto a los primeros se les toma cuenta de sus actos y a los segundos se les pesa su inteligencia.

En cuanto al discernimiento, es una cuestión que debe ser resuelta, de una manera especial, en cada caso en que aparezca que un menor de diez y seis años y mayor de diez ha cometido una infracción penal; por esto en el Código de procedimientos en materia criminal se ordena que el juez haga al jurado la siguiente pregunta: "¿El acusado ha obrado con discernimiento?", y si se omitiere esta pregunta, se declarararía la nulidad, y tendría que procederse a un nuevo examen.

No comprendo la razón para que en el artículo 22 del Código Penal se diga: "cuando constare de *manera plena* que ha obrado sin discernimiento", cuando el jurado, al apreciar el discernimiento, en las causas por críme-

nes, procede según su íntima convicción; y en las causas por delitos debía ser también dejada al libre criterio judicial, ya que la existencia o no del discernimiento no se la puede resolver sino teniendo en cuenta las diversas circunstancias en que el delito haya sido cometido, y las condiciones intelectuales o morales del sindicado.

Cuando el jurado o el juez deciden que el menor de diez y seis años ha obrado con discernimiento es una causa de excusa, que disminuyendo la culpabilidad influye para la rebaja de la pena.

En el Código Penal anterior se hacía la distinción de si el menor había cometido un crimen o un delito, y según esto se imponía la pena. En el Código en vigencia se establece de una manera general la pena, ya se haya verificado un crimen o un delito; pena que no puede exceder de la mitad ni ser menor de la cuarta parte de la que se le habría impuesto al ser el acusado de diez y seis años.

La tendencia penal moderna respecto de los delincuentes jóvenes, menores de diez y ocho años, es que se debe proceder de manera educativa, de mejora, antes que de castigo; pues se ha llegado al convencimiento de que la cárcel, sobre todo para los delincuentes jóvenes, es escuela de corrupción antes que de educación, dado el medio en que desarrollarán sus facultades intelectuales y morales, en estrecha comunicación con delincuentes adultos, que se glorían de sus crímenes, y el menor de edad tendrá que salir de la prisión inadaptable para la sociedad, y un perpetuo peligro para ésta.

Un joven de quince años que haya cometido un crimen que merezca diez y seis años de reclusión, si se declara que ha obrado con discernimiento, será encerrado de cuatro a seis años en la penitenciaría, y saldrá de ella de diez y nueve o veintiún años, sin educación, sin sentimientos de probidad, sin hábitos de trabajo, y procurará volver a la cárcel a vivir como se acostumbró a vivir, entre criminales y en la más completa abyección y ociosidad.

En cuanto a la mayor edad en materia criminal, no es la misma que la señalada para las cuestiones civiles, por la diferente naturaleza de las disposiciones de una y

otra rama del Derecho. El reconocimiento de lo justo y de lo injusto se desarrolla en el hombre con más anticipación que lo de lo útil; y para apreciar la utilidad de las cosas se necesita cierto conocimiento de la vida práctica, lo que no pasa en la apreciación de la moralidad de los actos.

La vejez no influye en la responsabilidad penal; puede conducir a la decrepitud, pero entonces sería la demencia la causa de irresponsabilidad. La edad avanzada es causa de modificación de la pena [art. 44], cosa distinta de la atenuación de la culpabilidad.

SORDOMUDEZ.—La sordomudez es otra de las causas generales de no imputabilidad o de excusa.

La ley ha considerado al sordomudo en dos situaciones: la una, teniendo en cuenta la edad; y la otra, con respecto al discernimiento.

El sordomudo, menor de diez y seis años, es absolutamente irresponsable: la sordomudez es causa de no imputabilidad. Si el sordomudo es mayor de diez y seis años hay que examinar su discernimiento: si ha obrado sin discernimiento es también irresponsable, y si se comprueba que en sus actos demuestra una inteligencia suficiente para apreciar la ilegalidad del hecho cometido, es responsable; pero su responsabilidad es menor, y el sistema de represión es el mismo que el establecido para los menores de diez y seis años que han obrado con discernimiento.

---

Art. 23.<sup>(19)</sup> — No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona, con tal que concurren las circunstancias siguientes: actual agresión ilegítima; necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión (imposibilidad de recurrir a la fuerza pública, en el momento de ser agredido) y falta de provocación de parte del que se defiende.

(20) Se entenderá que concurren todas estas circunstancias si el hecho ha tenido lugar defendiéndose contra los autores de robo o saqueo, ejecutados con violencia; o atacando a un incendiario, o al que roba en un incendio

cuando son sorprendidos in fraganti; o rechazando durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, murallas o entradas de una casa, o de un departamento habitado, o de sus dependencias, a menos que conste que el autor del hecho no pudo creer en un atentado contra las personas, ya se atiende al propósito directo del individuo que escalaba o fracturaba, ya a la resistencia que debían encontrar las intenciones de éste.

---

Defensa.—Circunstancias que se requieren para que haya legítima defensa.—Casos en los cuales es legítimo el daño causado en defensa de la propiedad.

---

En el artículo <sup>19</sup>23 encontramos otra de las causas justificativas que exime de responsabilidad criminal: la legítima y necesaria defensa.

Inmenso es el número de escritores que han tratado de la legítima defensa, y varias las razones que se han aducido para considerarla como causa justificativa de responsabilidad, en aquel que, puesto en el caso de defenderse, ejecuta un hecho que causa un mal al que atente contra su persona; principio reconocido en las legislaciones de todos los países, ya en la parte general, como en nuestro Código, ya en la parte especial, al tratarse de los crímenes y delitos contra las personas, como en los Códigos francés y belga y en el ecuatoriano derogado en 1906.

Es más aceptable, desde luego, el sistema vigente, pues si bien es verdad que el resultado ordinario del ejercicio del derecho de defensa es causar un homicidio, heridas u otras lesiones corporales, también es cierto que puede la necesidad de la defensa obligar a verificar otra clase de hechos: p. ej. el secuestro del agresor.

Pero, cuándo diremos que es legítima la defensa, y, que, por lo mismo, es causa justificativa?

El Código anterior dejaba a la apreciación del juez, resolver los casos que ocurrían, teniendo en cuenta "la necesidad actual de la legítima defensa de sí mismo o de otro", encontrándose, de una manera general, determinados los requisitos que hacían la defensa legítima; re-

quisitos que son los mismos que los fijados por el artº 23.

La agresión debe ser *actual e ilegítima*. Debe ser actual, porque si el peligro ha pasado, el sentimiento que ha impulsado a obrar sería la venganza, la que no puede considerarse como causa de un derecho; podrá a veces aceptarse la excusa de la provocación, pero no el hecho justificativo de la defensa, siendo, por otra parte, difícil distinguir, en muchos casos, entre una y otra, sin que sea necesario, como lo reconocen todos los tratadistas sobre esta materia, que el ataque haya principiado, basta que sea inminente para que se lo tenga como actual.

Si el peligro es futuro, podría sustraerse al mal que le amenaza, y no sería justificado el daño que se causare.

La agresión es ilegítima, cuando no está autorizada por ninguna ley; pues de estarlo, no habría derecho de defensa, ya que la agresión sería justa, legal. Un criminal a quien trate de detener legalmente un empleado de la fuerza pública, no estaría en el caso de defenderse, cometería otro delito: la rebelión.

Aquí se presenta la cuestión, difícil de resolver, si se puede resistir a un acto ilegal de la autoridad, y si la resistencia se manifiesta por la fuerza, ¿cabría alegarse la legítima defensa?

Tenemos la colisión de dos derechos: el de los ciudadanos y el de la autoridad.

Toda resistencia contra la orden de una autoridad por ilegal que sea, dice una opinión, es ilegítima, porque el primer deber del ciudadano es someterse a la autoridad, puesto que lleva consigo la presunción de la legitimidad, y el funcionario que comete un acto ilegal será responsable de sus abusos. Además, la opinión contraria, es la negación del orden social, porque conceder a los ciudadanos el derecho de resistir a los actos ilegales de los funcionarios públicos, sería el derecho de revisar en el fondo y en la forma los actos de la autoridad y hacer todo Gobierno imposible.

Pero creo que dentro de los términos de los artículos 23 y 255 del Código Penal y de los principios, sería

legítima la resistencia y estaría en el caso de legítima defensa, el que se opusiera por la fuerza a un acto manifiestamente ilegal de la autoridad, o cuanto ese acto esté prohibido por la ley.

En, efecto el art. 23 dice que la agresión ha de ser ilegítima, y ¿qué mayor ilgitimidad en un acto de un funcionario que desconoce la ley que él está en obligación de respetarla, cumplirla y hacerla cumplir? Además, el art. 255 dice que la rebelión consiste en todo ataque, toda resistencia hecha a los empleados públicos "cuando obran en ejecución de las Leyes", lo que manifiesta que el funcionario que obra fuera de los límites de sus funciones, o sin que de a conocer la orden que se le haya dado o sin orden de ninguna clase, no es un funcionario, y la resistencia, el ataque sería a un individuo particular; y, por lo mismo, la defensa tendría el carácter de legítima; pues, como lo dice la Exposición de motivos del Código Penal belga, si el funcionario público emplea la fuerza para llevar a efecto un acto evidentemente ilegal, un acto que constituye un flagrante abuso del poder, o que para la ejecución de un acto ilegal, ejerce, sin motivo legítimo, violencias contra las personas, la reacción violenta está justificada, siempre que esté dentro de la necesidad.

La cuestión de saber cuando la ilegalidad es flagrante, la apreciarán los jueces, quienes decidirán según las circunstancias.

La segunda condición, es "necesidad racional del medio empleado para repeler dicha agresión".

La persona atacada debe encontrarse en el caso de hacer uso de sus propias fuerzas de resistencia y de protección individual, no teniendo otro recurso, porque si pudiera sustraerse de otro modo al mal que le amenaza, sería responsable del hecho realizado, ya que no estaría en el caso de escoger entre dos males igualmente graves, y pondría a salvo su derecho recurriendo a otro medio que no sea el de causar un daño al agresor.

El ataque al agresor debe ser el único recurso que le quede a la persona que rechaza la agresión, no pudiendo exceder de los límites de la necesidad, debiendo

los jueces considerar en cada caso las circunstancias en que se verificó el hecho para resolver si existió o no esta condición.

Si la persona atacada ha podido evitar el mal apelando a la huída, ¿estaría en el caso de legítima defensa? Se ha discutido mucho sobre este punto, pero se ha llegado a la conclusión, de que si la persona atacada quiere huír mucho mejor, pero si opta por resistir tiene derecho de hacerlo. La ley no puede determinar las acciones de una persona que atacada de improviso, no tiene la calma suficiente para apreciar lo que puede hacer o no.

El legislador ha debido también tener en cuenta ese sentimiento, que repugna a muchos hombres, de que se les tenga por cobardes; ya que la huída, en algunos casos, puede ser tenida como acto deshonroso.

La tercera condición: "imposibilidad de recurrir a la fuerza pública, en el momento de ser agredido", está, indudablemente, incluida en la anterior, porque si el atacado ha podido recurrir a la autoridad, a la fuerza pública, es claro que no tuvo necesidad de emplear el medio que empleó para rechazar la agresión.

La última de las condiciones "falta de provocación de parte del que se defiende", podemos decir que se halla comprendida en la primera: que la agresión sea ilegítima.

Si el individuo por un hecho suyo se pone en el caso de verse amenazado, la agresión de su adversario es legítima y no tiene derecho a la defensa.

El legislador ecuatoriano resuelve una cuestión muy controvertida, a saber: ¿puede darse legítima defensa, en aquel que habiendo provocado, se ve atacado a su vez por aquel que recibió la provocación? No puede, dados los términos absolutos del art. 23, alegar la causa de justificación que estudiamos, aquel que provocó a otra persona, cualquiera que sea la clase de provocación.

Tengo para mí que la disposición tan en absoluto como está concebida, no es aceptable, y que debe distinguirse la provocación de obra o de palabra.

Si la provocación es de obra, el provocado tiene

derecho de repeler la agresión, y el provocador no podría alegar la legítima defensa, si se encontrara atacado por el provocado, porque la agresión de éste sería legítima; estaría en su derecho el rechazar la fuerza con la fuerza. No puede encontrarse legítima defensa contra legítima defensa.

Si la provocación es de palabra o por hechos que no justifiquen la legítima defensa, el provocador que se pusiere en el caso de defender, por ejemplo, su vida, amenazada de muerte por el provocado, tendría derecho a defenderse; estaría en el caso de legítima defensa, si causare un daño a su agresor, porque él primeramente provocado no estaba justificado en su agresión, y no tendríamos legítima defensa de legítima defensa. Pedro insulta a Juan, éste saca su revólver con intención de matar a Pedro, quien, si no quiere ser muerto, se ve en la necesidad de recurrir a la fuerza para defender su vida, y se encontraría en el caso de legítima defensa, porque el acto de Juan fue injusto, ya que éste no tenía derecho de recurrir a la fuerza para rechazar los insultos.

Cuáles son los bienes que el hombre puede defender? El derecho de defensa supone un ataque contra la persona; es la defensa "de su persona" lo que justifica la infracción. Pero la persona puede ser atacada en los diferentes bienes de que goza: la vida, la seguridad, la honra, la libertad, la fortuna, etc., ¿comprenderá el derecho de defensa todos estos bienes?

No hay duda que no es necesario para legitimar la defensa, que el peligro que corra el individuo sea el de muerte: la persona amenazada de golpes, de heridas, de secuestro, tiene el derecho de defenderse. La mujer amenazada de un atentado contra el pudor tiene el mismo derecho.

Pero si la agresión se dirige, no contra la persona sino contra los bienes, ¿habría derecho de defensa? El art. 23 al decir "de su persona" no acepta la justificación del mal que se causa en defensa de los bienes, porque si hubiera querido justificar esos hechos hubiera dicho "de su persona y bienes"; y, porque por regla general, no es necesaria la defensa de los bienes, ya que el

mal que se causa no es irreparable; pues el perjudicado podrá hacerse restituir lo robado, o, por medio de su trabajo, lo volverá a adquirir.

En el art. 25 prevé el Código el caso de defensa de la propiedad y los daños que pueden causarse a una persona en uso de ese derecho, y volveremos a tratar de esta importante cuestión, al estudiar dicho artículo.

El inciso 2º del art. 23, establece la presunción de que todos los requisitos enumerados en el inciso primero, para justificar la defensa, tienen lugar cuando se verifican los hechos siguientes:

1º Si la infracción al parecer punible "ha tenido lugar defendiéndose de robo o saqueo, ejecutados con violencia." Lo que tiene en mira el ladrón, en este caso, es el robo o el saqueo, y se vale de la violencia para efectuarlo.

El que cause un daño al ladrón tiene que comprobar la violencia, las amenazas no serían suficientes, para justificar su hecho. Cuando se emplean violencias no puede verse solamente un ataque contra la propiedad, se considera, principalmente, una agresión contra la persona.

2º Si el hecho ha tenido lugar "atacando a un incendiario, o al que roba en un incendio, cuando son sorprendidos infraganti." Sin duda por el carácter del crimen de incendio; por los graves perjuicios que, contra la persona y la propiedad, pueden causarse en un incendio, y por el impulso de los sentimientos del propietario que en caso de que se le robe en el momento del incendio, no tiene la calma suficiente, es por lo que el legislador justifica las infracciones cometidas en la persona del incendiario o del que roba en un incendio, pero siempre que sean sorprendidos infraganti.

3º Es también irresponsable el que causare un hecho "rechazando durante la noche el escalamiento o fractura de los cercados, murallas o entradas de una casa, o de un departamento habitado, o de sus dependencias, a menos que conste que el autor del hecho no pudo creer en un atentado contra las personas, ya se atiende al propósito directo del individuo que escalaba o fractu-

raba, ya a la resistencia que debían encontrar las intenciones de éste." Por los términos de este caso de presunción de legítima defensa, se ve que el legislador exige las condiciones siguientes para justificar el hecho: 1.<sup>a</sup> Que tenga lugar rechazando el escalamiento o fractura de cercados, murallas, etc.; pero es preciso no tomar al pie de la letra la palabra rechazando, porque ésta indica la idea de previsión, y si se justifica el hecho únicamente para prevenir, con mayor razón cuando los agresores se han introducido en la casa habitada, después de haber verificado la escala o fractura, pero siempre que se cumpla la tercera condición, de la que hablaremos en seguida. 2.<sup>a</sup> Que el escalamiento o fractura se lleve a efecto *por la noche*; si tuviere lugar durante el *día*, sería caso de excusa, de conformidad con el art. 29. 3.<sup>a</sup> La persona que rechaza la escala o fractura, durante la noche, debe creer que se trata de un atentado contra ella o contra las personas que habitan la misma casa; y esta circunstancia limitativa es por la cual se justifica el hecho, ya que sin ella la disposición de este artículo sería muy peligrosa, y autorizaría el homicidio de una persona que hubiere penetrado por medio de la escala y por la noche en una casa habitada, aun cuando se sepa que no tenía intención criminal, y este peligro hizo que se modificara el correspondiente artículo del Código penal francés por los legisladores belgas, que lo redactaron en iguales términos que el nuestro.

---

22  
Art. 24. — Tampoco hay infracción alguna cuando uno de los <sup>complices</sup> esposos mata, hiere o golpea al otro, o al <sup>complice</sup> cómplice, en el instante de sorprenderles en adulterio infraganti; o cuando una mujer cometa los mismos actos en defensa de su pudor gravemente amenazado.

---

Flagrante adulterio.—Ultraje al pudor.

---

Dos casos de justificación establece el art. 24 para el homicidio, heridas o golpes: 1.<sup>o</sup> Flagrante adulterio, y 2.<sup>o</sup> Ultraje grave al pudor.

En cuanto al primero, nuestra legislación se ha separado de la francesa, que considera el flagrante adulterio como causa de excusa, y es excusable solamente el hecho del marido.

La indignación de uno de los esposos al sorprender al otro en el acto de adulterio; el impulso de la pasión que hace desaparecer todo raciocinio; el ultraje que en su honor causa este hecho en el cónyuge ofendido, ha sido motivo suficiente para que el Código considere el flagrante adulterio no sólo causa para disminuir la responsabilidad sino también para hacerla desaparecer, y no sólo para el marido, sino también para la mujer; ya que las razones que hace aceptarla respecto del uno son las mismas respecto del otro, sino que se alcance a comprender la razón que haya tenido el Código francés para excusar el mal causado por el marido y no el verificado por la mujer; pues, si bien el adulterio de la mujer puede ser de más graves consecuencias, pero el fundamento para la disminución de la responsabilidad es el mismo para uno u otro de los esposos: no se toman en cuenta las consecuencias que pueden derivarse del adulterio, sino la cólera e indignación del esposo ofendido.

Pero es necesario que el esposo ofendido haya sorprendido al otro en flagrante adulterio; es decir, sea en el momento mismo de cometerse el delito, sea en una situación tal que no haya duda de que el adulterio acaba de ser cometido.

En cuanto al ultraje grave al pudor, considerado como causa de justificación, para la mujer que causa un hecho de los determinados en este artículo, a aquel que atenta gravemente contra su honor, podemos decir que está incluido en el inciso primero del artículo anterior, como caso de legítima defensa; es un ataque contra la persona, que puede ser tenido como de más estimación que la vida misma. El legislador lo ha puesto, como causa especial de justificación, para evitar las dudas que pudieran suscitarse.

---

Art. <sup>23</sup>25.—No hay delito en los golpes que se den, sin causar heridas o lesiones graves, a los reos de robo,

cuando se les sorprende infraganti, o con las cosas robadas.

---

Condiciones que se requieren para que no haya delito, en los golpes que se den para defender la propiedad.

---

En el art. 25 el Código ha resuelto el caso especial de defensa de la propiedad; pero, justifica solamente los golpes que se den al ladrón "sin causar heridas o lesiones graves"; de tal modo que cualquier otro daño que se causare al ladrón no estaría justificado.

Tengo para mí, que el legislador ecuatoriano no ha hecho bien al haber dado la disposición del art. 25, limitando la causa de justificación únicamente a los golpes, excluyendo otros daños que pudieren causarse, y que es más acertado el sistema del Código francés que deja a la prudencia del juez la apreciación de las circunstancias; pues, en muchos casos, la defensa de la propiedad, puede dar lugar a la exención de responsabilidad, aún por el homicidio que se causare.

Cierto, que las más de las veces, la pérdida de los bienes no es irreparable, pero puede suceder que un individuo se encuentre en situación tal que, en presencia del despojo de sus bienes, no pueda menos que recurrir a la violencia, ya para impedir que se le arrebate el fruto de su trabajo y de sus desvelos, o para recuperarlos, y de esa violencia resulte heridas graves y hasta la muerte del despojante. De conformidad con el artículo que estudiamos, sería responsable de esas heridas u homicidio, aun cuando bien pudiera estar comprendido dentro de los términos del art. 21: "impulsado por una fuerza que no pudo resistir"; y, por lo mismo, sería irresponsable, ya que la ley se ha hecho tomando en cuenta el sentimiento común de los hombres, y no puede esperar que todos miren impassibles la pérdida de lo que representa, talvez, su porvenir y el de su familia.

Por lo demás, la ley dice: "No hay delito", a diferencia de lo dicho en los anteriores artículos; "No hay infracción" porque, efectivamente, los golpes no constituyen

sino a lo más delitos, y habría impropiedad en decir "no hay infracción".

Pero para que no haya delito en los golpes que se den a los reos de robo, es necesario: 1º Que los golpes no causen heridas o lesiones graves; más, cuándo diremos que las heridas o lesiones son graves? Al hablar el Código en el Libro de los crímenes y delitos contra las personas, no ha hecho distinción entre heridas y lesiones graves o leves, sino que atiende al tiempo de la enfermedad o de la incapacidad para el trabajo para imponer el castigo. De tal suerte que, sobre esta misma base, podremos fundarnos para saber si una herida o lesión es grave o leve, y en el informe de los peritos encargados del reconocimiento de las lesiones o heridas.

2º Es necesario que los ladrones sean sorprendidos infraganti en el robo o con las cosas robadas. Esta condición es la que sirve de fundamento para la justificación del hecho; pues, de otro modo, sería un movimiento reflexivo el del propietario, y el deseo de hacerse justicia por sí mismo.

---

Art. 26.—No comete infracción alguna el que obra en defensa de la persona de su cónyuge, o de sus ascendientes o descendientes; o de sus hermanos; o de sus afines dentro del segundo grado; siempre que concurren las tres primeras circunstancias prescritas en el inciso primero del art. 23; y que en caso de haber precedido provocación al agresor, no hubiere tomado parte en ella, el que defiende.

---

Legitimidad en la defensa a los parientes.—Condiciones para la legitimidad de esta defensa.

---

El Código consagra el principio no sólo de la legitimidad de la defensa que una persona, hace de si misma sino que legitima también la defensa de las personas con quienes, el que defiende, tiene estrechos vínculos de afecto. Nada hay que observar sobre este particular; pues si justificamos la defensa de nuestras personas, te-



nemos, por iguales razones, que justificar la defensa de las personas que nos son queridas.

Lo que no puede aceptarse es la restricción que hace la ley a la defensa de solo los parientes y no de los extraños, El Código penal anterior justificaba el hecho causado en defensa "de sí mismo o de otro", sin que se comprenda la razón de la reforma introducida en el actual. "La legitimidad de la defensa, dice Ortolán, se extiende a la defensa de otro como a la de nosotros mismos, sin distinguir si la persona defendida es pariente, amiga o desconocida; prestar auxilio en el peligro es un derecho, es un deber moral, es un acto honroso de valor y sociabilidad."

Por lo demás, para que la defensa de los parientes sea legítima, es necesario que la agresión sea actual e ilegítima, que haya necesidad racional del medio empleado, e imposibilidad de recurrir a la fuerza pública; o sean las tres primeras condiciones que señala el art. 23; y, para explicarlas, nos referimos a lo que queda dicho en el referido artículo.

En cuanto a la provocación, si la ha habido por parte del defendido, es necesario que el que defiende no haya tomado parte en la provocación.

---

Art. <sup>24</sup> 27.—No se impondrá ninguna pena al que en la necesidad de evitar un mal, ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena; con tal que sea real el mal que se haya tratado de evitar; que éste sea mayor que el causado para evitarlo; y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.

---

Daños causados en la propiedad de otro.—Cuando se justifican estos daños.

---

En el art. <sup>24</sup> 27 encontramos la última de las causas que eximen de responsabilidad; pero esta causa se refiere no al daño que se cause a otro en su persona, sino al perjuicio ocasionado en la propiedad de un tercero, para evitar un mal en los propios bienes.

Para que tenga lugar esta eximente son necesarias las tres condiciones siguientes:

1.<sup>a</sup> Que el mal que se trate de evitar sea real. De lo contrario, no habría razón para atentar contra el derecho de otro. Un peligro imaginario no justificaría el mal causado.

2.<sup>a</sup> Que el mal que se trate de evitar sea mayor que el causado para evitarlo. La ley establece aquí una comparación entre los dos males: el propio y el ajeno.

Si el mal propio que se trata de evitar es más grave que el ajeno, no hay responsabilidad: pero si éste es mayor que aquél subsiste la culpabilidad. Si estando en inminente peligro de que se incendie mi casa, derribo una pared del vecino, para escapar mi casa del incendio, tengo derecho de hacerlo, porque el incendio de mi propiedad es más grave mal que la destrucción de la pared.

3.<sup>a</sup> Es necesario, por último, que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo; condición que es la misma para todos los casos de defensa: la inevitabilidad.

---

Art. 28.<sup>25</sup>—Son excusables el homicidio, las heridas y los golpes, cuando han sido provocados por golpes, heridas u otros maltratamientos graves de obra, inferidos en el mismo acto, al autor del hecho, o a su cónyuge, o a sus ascendientes y descendientes, o a sus hermanos, o a sus afines dentro del segundo grado.

---

Concepto de la provocación y diferencia con la legítima defensa.—Condiciones para que la provocación constituya un excusante.

---

En los artículos 28, 29 y 30 establece la ley tres causas que excusan de responsabilidad criminal.

Dijimos que las causas de excusa son aquellas que disminuyen, sin cesar por completo, la responsabilidad de un acto, o la culpabilidad del autor. Dijimos también que cuando existen estas causas, el agente es responsable, pero su responsabilidad es menor; se castiga

al autor del hecho; mas, la pena es de menor gravedad que la que se impondría al no existir esas causas.

En el art. 60 está señalada la escala de las penas y su reducción, cuando se han justificado las circunstancias de excusa; reducción que la estudiaremos al llegar a ese artículo.

La primera causa de excusa fijada por la ley, es la de la provocación, cuyo concepto, según los tratadistas, es el siguiente: Cuando el hombre vulnerado en sus derechos, en el momento en que se le causa aquella lesión, dominado por la irritación que le produce se deja llevar de su sentimiento y obra a su vez, por medio de algún acto culpable, contra aquel o aquellos que le acaban de inferir la lesión, se dice en el lenguaje usual que ha sido *provocado*, que ha habido *provocación*.

La ley no define lo que es la provocación, se limita a determinar los hechos que pueden causarla, y es necesario guardarse muy bien de confundir la provocación, con la legítima defensa.

Ortolán, de quien hemos tomado también el concepto de la provocación, ~~las~~ distingue de la siguiente manera: entre ambas situaciones hay dos signos distintivos de separación: el uno material, el tiempo que se coloca el acto; el otro moral, el espíritu que en él ha presidido. En efecto, los actos de legítima defensa tienen lugar antes de que se haya recibido el mal; y los actos producidos por la provocación después: los primeros, para evitar un mal, con un espíritu de defensa; los segundos, con un espíritu de resentimiento y con el fin de vengarse.

Pero la provocación para que pueda ser causa de excusa, es necesario que la irritación del ánimo, provenga de golpes, heridas u otros maltratamientos graves de obra, inferidos en el mismo acto al autor del hecho o a los parientes designados en el artículo.

Mas, cuándo diremos que los golpes, heridas u otros maltratamientos son graves? El pensamiento del legislador es, según lo afirman los tratadistas, que los hechos determinados en este artículo son graves, no según el resultado material que causen, sino que debe

tenerse en cuenta el grado de irritación que las violencias de obra produzcan en el ánimo del agente; y así una bofetada, que puede ser un golpe muy ligero, puede, dado el estado de nuestras costumbres, constituir una tan enérgica reacción en nuestro espíritu, que no podría menos que aceptarse la excusa del homicidio, de las heridas que se causaren después de recibido el golpe.

La ley exige que los ultrajes sean de obra: las injurias, calumnias, gestos, o cualquier otro insulto de palabra o por escrito, no pueden ser consideradas como provocaciones.

Otra de las condiciones que exige la ley, de acuerdo con los principios, es que la reacción proveniente de los ultrajes de obra, haya tenido lugar en el mismo acto de causadas las violencias, ya que el motivo de la excusa es la irritación del ánimo ofendido, el impulso de la pasión que precipita la voluntad del agente, motivo que desaparece si el mal se causa pasado algún tiempo de recibida la ofensa.

La ley ha extendido la excusa de la provocación, como en la legítima defensa, no sólo cuando la ofensa ha sido dirigida al autor del hecho, sino también a las personas con quienes tiene estrechos vínculos de afecto, de parentesco, ya que una injuria de obra causada a un padre, p. ej, no puede menos que causar irritación en el hijo, que no soportará indiferente los ultrajes al autor de sus días.

---

Art. <sup>26</sup>29.—Son también excusables las infracciones indicadas en el artículo anterior, cuando han sido cometidas, rechazando durante el día, el escalamiento o fractura de los cercados, murallas o entradas de una casa habitada, o de sus dependencias; salvo que conste que el autor del hecho no pudo creer en un atentado contra las personas, ya se atiende al propósito directo del individuo que intentaba el escalamiento o fractura, ya al efecto de la resistencia que encontrarían las intenciones de éste.

Causa de excusa determinada en este artículo, y comparación con lo establecido en el art. 23.

---

La causa de excusa establecida en el art. 28, es la misma causa de justificación determinada en el caso tercero del inciso 2º del art. 23, con solo la diferencia de que, para la causa de justificación, se exige que el escalamiento o fractura se verifique de noche, y para la de excusa que tenga lugar durante el día; y las observaciones que hicimos al estudiar el art. 23, son también aplicables al 29.

La razón de la diferencia, entre una y otra de las disposiciones, está en que si la escala o la fractura se verifica por la noche, el propietario tiene menos facilidades para recurrir a la fuerza pública, el peligro es mayor que cuando tiene lugar durante el día. Pero, si el atacado durante el día, no tiene posibilidad de obtener inmediatamente socorros, y su vida está en peligro, ya por ser varios y provistos de armas los malhechores, el mal que causare sería justificado, en virtud del inciso primero del art. 23.

En cuanto al sentido de las palabras *escalamiento* y *fractura*, es el que lo da el Código en los arts. 451 y 453.

Por lo que respecta a casa habitada o sus dependencias, tiene que entenderse "actualmente habitada", porque sólo así puede creerse en un atentado contra las personas.

En el art. 29 se han suprimido las palabras "o de un departamento" consignadas en el art. 23; pero esta supresión no es una diferencia, ya que dichas palabras son una redundancia en el art. 23, pues un departamento es dependencia de una casa.

Siendo el día o la noche lo que constituye la circunstancia de excusa o de justificación, conviene precisar lo que se entiende por *día* y por *noche*. En el art. 446, el legislador ha definido lo que es la noche, y si bien ese artículo se encuentra en el Capítulo II del Libro X y se refiere a los términos empleados en el Capítulo I del mencionado Libro, no hay razón para no darle el mismo significado en los otros casos en que la ley hace mención de la noche. Creo, por lo tanto, que la noche en el sen-

tido legal es el tiempo comprendido desde la media hora después de puesto el sol, hasta media hora antes de haber salido.

Art. <sup>27</sup>30.—Asímismo es excusable la infracción que cometa uno al sorprender en acto carnal a su hija, nieta o hermana; ora mate, hiera o golpee a la delincuente, ora al hombre que yace con élla.

La excusante establecida en este artículo se funda en la misma razón que la eximente determinada en el art. 24.

La causa de excusa que establece la ley en el art. 30, tiene análogo fundamento que la de justificación determinada en el art. 24: la cólera y la indignación que producen esos hechos en el cónyuge, ascendiente o hermano; pero, tratándose de uno de los esposos, se considera como más justa la indignación y más irrazonable la cólera; y, por esto, es causa de justificación, lo que para el ascendiente o hermano es de excusa.

Al hablar del adulterio, el Código exige que el esposo ofendido sorprenda al criminal en delito infraganti, y en el artículo que estudiamos se requiere "sorprender en acto carnal a su hija, nieta o hermana"; es decir, que tanto en el uno como en el otro caso, se necesita que el agente cometa el hecho en el momento de la unión ilegítima entre el hombre y la mujer; pero en el art. 24 dijimos "sea en el momento mismo de cometerse el delito, sea en una situación tal que no haya duda de que el adulterio acaba de ser cometido", y, creo, que esta misma interpretación debe darse al art. 30.

Por lo demás, el homicidio, las heridas o golpes serían excusables, tanto en el padre, abuelo o hermano como en la madre, abuela o hermana que sorprendan a la hija, nieta o hermana en acto carnal, pues los términos del artículo son generales, y no habría razón para restringir la excusa sólo al padre, abuelo o hermano.

Art. <sup>28</sup>31.—Los motivos de excusa, enumerados en los arts. <sup>26</sup>28 y 29, no son admisibles, si el culpable comete

la infracción en la persona de sus ascendientes legítimos o naturales.

---

Quienes no pueden alegar las causas de excusas establecidas en los arts. 28 y 29.

---

La excusa proveniente de la provocación, y de los hechos determinados en el art. 29, no pueden ser alegadas en el homicidio, heridas o maltratamientos de obra que cometan los descendientes en las personas de sus ascendientes legítimos o naturales.

Si un hijo es provocado por su padre, tiene el deber de respetarlo, aún en los casos en que puede ser muy grande su resentimiento.

Siendo limitativa la disposición del artículo 31 a solo los descendientes que verifiquen la infracción en la persona de sus ascendientes, es natural que puedan hacer valer la excusa de la provocación el cónyuge o hermano que causare un homicidio o heridas a su esposo, esposa o hermano; habiéndose separado nuestro Código de la legislación francesa que decía que el parricidio no es excusable; y, por lo tanto, eran excusables las heridas u otros maltratamientos graves de obra.

En cuanto a las demás excusas, como la de la menor edad y sordomudez, sí aprovecharán a los descendientes.

Respecto de la legítima defensa, ¿podrá ser alegada por un descendiente, en la infracción que cometa en la persona de sus ascendientes? Tanto por los términos del art. 23, como según los principios, la enunciada causa de justificación bien puede hacerla valer un descendiente.

En efecto, en caso de legítima defensa se dice: "No comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona", incluyéndose, por lo mismo, toda clase de infracción; y si la ley hubiera querido hacer una excepción se habría dictado la disposición correspondiente. Muchos hijos, es verdad, preferirán recibir la muerte de manos de sus padres, antes que causar un mal a ellos, pero esta grandeza de alma no puede exigirse del

común de los mortales, y no es para los seres privilegiados para quienes se han dado las leyes.

Art. ~~32.~~<sup>29.</sup>—Son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al hecho y sus consecuencias, disminuye la gravedad o malicia de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad, como en los casos siguientes, y en los demás determinados en las leyes:

1º Cuando preceden inmediatamente y de parte del acometido, provocaciones, amenazas e injurias, capaces de producir arrebatos u obsecación en el ánimo del que comete la infracción:

2º Cuando el culpable es menor de diez y ocho años o mayor de sesenta:

3º Cuando el delincuente ha procurado reparar el mal que causó, o impidió sus consecuencias perniciosas, con espontaneidad y celo:

4º Cuando el culpado ha delinquido por temor o bajo violencia, aunque no sean insuperables:

5º Cuando voluntariamente se ha presentado a la justicia, pudiendo haber eludido su acción con la fuga o el ocultamiento:

6º Cuando ha sido ejemplar la conducta observada por el culpado, con posterioridad a la infracción:

7º Cuando la rusticidad del delincuente es de tal naturaleza, que manifiesta a las claras que cometió el hecho punible por ignorancia; y

8º En los crímenes y delitos contra la propiedad, cuando la indigencia, o la numerosa familia, o la falta de trabajo, han colocado al delincuente en una situación excepcional; o cuando una calamidad pública ha hecho muy difícil conseguir honradamente los medios de subsistencia, en la época en que se cometió la infracción.

Art. 33.—Se reputarán como circunstancias atenuantes las circunstancias detalladas en los arts. 23, 26 y 27, cuando por falta de alguna o algunas, no pueda quedar exento de responsabilidad el autor del hecho.

Art. 34.—El estado de embriaguez en que se hallare el autor del hecho, al tiempo de cometerlo, no se tendrá como circunstancia atenuante; a menos que constare que se le embriagó completamente y contra su voluntad.

---

Definición de las circunstancias atenuantes.—Las mismas causas que eximen y excusan la responsabilidad también las atenúan.—  
Enumeración de las circunstancias atenuantes.—La embriaguez voluntaria no es circunstancia atenuante.—¿La involuntaria y completa puede ser eximente?

---

Diversos sistemas se han establecido en las legislaciones al tratarse de las circunstancias atenuantes. Unas, como la belga, no definen lo que son esas circunstancias, ni las enumeran; otras, la española p. ej. enumera esas circunstancias, pero sin definir las, pudiendo aceptarse otras, ya que dice al terminar la enumeración: "cualquiera otra circunstancia de igual entidad y análoga a las anteriores"; por último, nuestro Código define las circunstancias atenuantes, y las enumera, pero las determinadas en el art. 32 no son las únicas; pues, en la definición se expresa: "como en los casos siguientes", por lo que el juez bien podría aceptar otras que no estando consignadas en la enumeración, "disminuyan la gravedad o malicia de la infracción", y se refieran "a las causas impulsas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al hecho y sus consecuencias".

Hay escritores que no admiten la doctrina de las circunstancias atenuantes, porque dicen que es convertir al juez en legislador, y se corre el riesgo de caer en la arbitrariedad de aquél.

Pero el objeto de las circunstancias atenuantes, es dar al juez la facultad de proporcionar la pena a la culpabilidad individual. El legislador no puede prever todos los casos que pueden presentarse, y si puede determinar de una manera general la gravedad de una infracción, le es imposible apreciar en abstracto el grado de culpabilidad del autor de un hecho, por la diversidad de circunstancias que pueden disminuir la criminalidad del acto; circunstancias que se refieren al estado perso-

nal del acusado en el momento de la acción; a los móviles que le indujeron a cometer el hecho punible; a las consecuencias de éste, etc.

Creo, también, que el legislador no debe hacer la enumeración de las circunstancias atenuantes, ya porque tiene que ser incompleta dada la naturaleza de ellas; ya porque, muchas veces, esas circunstancias no tendrán el carácter de atenuantes, pudiendo más bien ser agravantes.

En cuanto al carácter y efectos que producen el reconocimiento de circunstancias atenuantes, ya hemos dicho cuales son: disminuir la culpabilidad, y, por consiguiente rebajar la pena, y en el art. 58 veremos las condiciones que se necesitan para que surtan este efecto.

En general, se puede decir que las circunstancias atenuantes son las mismas que las que eximen o excusan de responsabilidad. En efecto, tanto las circunstancias eximentes, como excusantes y atenuantes dicen relación con la causa impulsiva de la infracción, con la capacidad física e intelectual del delincuente: en las primeras, llevadas a su grado extremo; en las segundas, a un grado menor; y, por fin, las atenuantes, a un grado menor todavía. Por esto algunas legislaciones dicen que las circunstancias atenuantes son las mismas que las justificantes de un modo imperfecto.

La legítima defensa, p. ej. causa justificativa; la provocación, por maltratamientos de obra, circunstancia de excusa; la provocación por injurias, circunstancia atenuante.

Si estudiamos cada una de las circunstancias atenuantes enumeradas en el art. 32, veremos que se hallan comprendidas en la definición; pero, analicemos, aunque a la ligera, cada una de ellas.

En cuanto a la primera, no hay duda, que se refiere a la causa impulsiva del hecho punible. Es el influjo de la pasión, el arrebató que produce en el ánimo la ofensa recibida lo que indujo a cometer el crimen o delito, disminuyendo la facultad de reflexión.

En la palabra *inmediatamente* está comprendida la condición indispensable para que exista esta circunstancia.



Hemos visto como la edad es causa que exime o excusa la responsabilidad; aquí se la ha puesto como la segunda de las circunstancias que atenúan la responsabilidad: ser el delincuente menor de diez y ocho años, pero mayor de diez y seis, o ser mayor de sesenta.

Ser el culpable menor de diez y ocho años, puede considerarse como circunstancia atenuante, dada la fogosidad de la juventud; y, por cuanto el sujeto no ha adquirido la completa posesión de sí mismo. Pero ser mayor de sesenta años, no creo que pueda aceptarse, en todos los casos, como atenuante; algunas veces podría considerarse como agravante, siempre que en el mayor de esa edad, encontremos completas las facultades intelectuales, ya que denota mayor perversidad.

El que ha verificado una acción punible que ha causado un perjuicio, y trata de reparar el mal o impide las consecuencias del delito, que es la tercera circunstancia atenuante, no deja de demostrar su fondo moral propicio para el bien. La sociedad no tiene mucho que temer de ese individuo, que, con su conducta posterior, manifiesta su arrepentimiento.

En la cuarta de las circunstancias que estudiamos, podemos ver un ejemplo de eximente de responsabilidad de un modo imperfecto.

Si la violencia, la fuerza física o moral no han sido insuperables; si el agente pudo resistir a la coacción, es responsable; pero su responsabilidad se disminuye por el estado de su ánimo; pues, si pudo hacer frente al mal que estaba expuesto a sufrir, no tenía completa la calma del espíritu.

El que después de haber cometido un hecho punible, se presenta espontáneamente a la autoridad para su juzgamiento, demuestra que está arrepentido; y, por lo mismo, merece la benevolencia de la ley, pues revela que su perversidad es menor.

En cuanto a la conducta del delincuente, la ley acepta como circunstancia atenuante la buena conducta posterior al hecho, pero no la anterior; y, para afirmar esto nos fundamos en la historia de la ley. En el Código de 1877 se la reconocía expresamente como atenuan-

te, pero se reformó el Código y se suprimió esa circunstancia, ya que se observó en la práctica, que no había criminal cuya conducta no hubiera sido ejemplar antes de cometer el hecho, pues lo más fácil conseguirse dos testigos que abonasen este particular.

La séptima de las circunstancias atenuantes, una absoluta ignorancia del culpable, dada su rusticidad, no puede menos que influir en su favor, porque hay inteligencias desprovistas de todo desarrollo, que apenas pueden darse cuenta de la moralidad de sus actos; y esta ignorancia llevaría, en algunos casos, hasta eximir de responsabilidad, porque quien ignora por completo el resultado que obtendrán sus acciones, no puede decirse que ha tenido intención de causar el mal que ha causado.

En la última de las circunstancias atenuantes que enumera el art. 32, se ha reconocido como tal, el hecho de atentar a la propiedad de otro obligado por una extrema necesidad.

Mucho se ha discutido la cuestión de si aquel que obligado por la necesidad de comer o de vestir, comete un robo, está exento de responsabilidad, o solamente tiene una causa atenuante.

Nuestro Código la ha resuelto en el último sentido, pero a esto diremos con Garraud": la miseria que coloca al agente en la alternativa de robar o morir de hambre o de frío suspende la obligación de las leyes ordinarias, porque las leyes ordinarias no han sido hechas para los casos excepcionales, y ellas no pueden obligar, bajo una sanción penal, a respetar la propiedad de otro hasta el sacrificio de su propia vida."

En el art. 33 se establece que la falta de alguno de los requisitos necesarios para la legítima defensa de sí mismo o de los parientes, es circunstancia atenuante.

El juez estimará, según las circunstancias, si el exceso de defensa, puede constiuir la excusa de la provocación o una circunstancia atenuante.

En el art. 21 hemos estudiado todo lo que a la embriaguez se refiere, tanto en su intencidad, grados y causas; de modo que quede en dicho artículo comprendido

el análisis e interpretación del art. 24., que no considera la embriaguez, en ningún caso, como eximente, pudiendo ser atenuante si la embriaguez fuere completa e involuntaria.

Art. <sup>30</sup>35.—Son circunstancias agravantes todas las que aumentan la malicia del hecho, o la de sus autores, o la alarma que la infracción produce en la sociedad, como en los casos siguientes, y en los demás que las leyes determinen.

1º El cometer la infracción, embriagándose de propósito para ello; o ejecutarlo con alevosía, traición, insidias o sobre seguro; o por precio, recompensa o promesa; o por medio de inundación, naufragio, incendio, veneno, explosivos, minas, descarrilamientos de ferrocarriles, armas prohibidas, u otros medios que pongan en peligro a otras personas a más de lo ofendido; o empleando la astucia, el disfraz, el fraude; o con ensañamiento y crueldad, haciendo uso de cualquiera tortura u otro medio de aumentar y prolongar el dolor de la víctima; o imposibilitando al ofendido para defenderse, ya sea que para esto se le prive del uso de la razón, ya se emplee auxiliares en la comisión del crimen; o haberse cometido el delito, como medio de cometer otro; o haber procedido a la infracción, un delito frustrado o una tentativa contra el mismo ofendido; o haberse perpetrado el hecho, prevaliéndose el autor de su condición de autoridad, o entrando en casa de la víctima, o después de haber recibido algún beneficio de ésta.

2º El aprovecharse de incendio, naufragio, sedición, tumulto conmoción popular, u otra calamidad o desgracia, pública o particular, para ejecutar la infracción.

3º El llevarla a cabo con auxilio de gente armada o de personas que aseguren la impunidad, o tomando falsamente el título, las insignias o el nombre de la autoridad; o mediante una orden falsa de ésta; o con desprecio u ofensa de los depositarios del poder público; o en el lugar mismo en que éstos se hallen ejerciendo sus

funciones, o donde se celebre una ceremonia religiosa de cualquier culto permitido o tolerado en la República; y

4º El ejecutar el hecho punible de noche; o en despoblado; o en pandilla; o abusando de la amistad o confianza que se dispense al autor; o con escalamiento o fractura; con ganzúas o llaves falsas; o maestras; o con violencias.

---

Definición de las circunstancias agravantes.—Efectos que producen estas circunstancias.—Agravantes generales y especiales; legales y judiciales; subjetivas y objetivas.

---

Así como el Código define las circunstancias atenuantes diciendo que son las que disminuyen la gravedad o malicia del hecho, o la alarma ocasionada en la sociedad, define también las agravantes: "todas las que aumentan la gravedad del hecho y de sus autores, y la alarma que produce en la sociedad". De modo que, tanto en una como en otra de las definiciones, se toma en cuenta no sólo el hecho en sí mismo, sino el efecto social que produce.

En el Código penal anterior, de acuerdo con los Códigos francés y belga, no se encontraba una teoría general sobre las circunstancias agravantes, procediéndose por disposiciones aisladas sin enumerarlas ni definir las.

El Código en vigencia sigue el sistema del Código español, en cuanto a la enumeración, pero éste no define lo que son, ni acepta que puedan considerarse como agravantes algunas de ellas, para todos los delitos. La alevosía, p. ej., es agravante en los delitos contra las personas.

La observación que, con respecto a la enumeración, hacíamos al hablar de las atenuantes, podemos hacerla también a las agravantes. Es imposible hacer una enumeración completa, en la cual queden incluídas todas las circunstancias que pueden influir en la agravación o disminución de la responsabilidad; ni las que agravan la criminalidad de un hecho, pueden igualmente agravar

la de todas las infracciones determinadas por el Código en su parte especial.

Una circunstancia, lo repito, puede ser agravante para un crimen y atenuante con respecto a otro; y, en muchos casos, una causa de agravación no debe ser tenida como tal, sino cuando esté acompañado de otras.

De ahí que me parece absurdo el sistema del Código al tratarse de las agravantes, y lo tengo como más aceptable, el que se determine en la parte especial, en cada uno de los crímenes y delitos, las circunstancias agravantes, dejando a la apreciación del juez, para la aplicación de la pena, las que han podido ser previstas por el legislador.

El ejecutar un hecho por la noche, p. ej., es una circunstancia agravante para toda infracción, cuando puede haber crímenes o delitos que no tienen porqué agravarse con esa circunstancia. Falsificar una firma por la noche no la considero de mayor gravedad y malicia que si se la falsifica de día

En cuanto al efecto que producen las circunstancias agravantes, es el de aumentar la responsabilidad, si bien no agravan la pena todas ellas, ya que algunas sirven para que el juez las tenga en cuenta al aplicar la pena dentro del máximun y el mínimun, y también para que no se pueda disminuir la pena aun cuando existan circunstancias atenuantes.

De acuerdo con el sistema del Código podemos dividir las agravantes en generales y especiales; legales y judiciales; subjetivas y objetivas.

Circunstancias generales serían las comunes para todos los delitos y para todos los delincuentes, y se hallan determinadas en los arts. 35 y 36; si bien repugna jurídicamente, que puedan aplicarse en todo caso sin distinguir las varias clases de infracciones. Tomemos p. ej., un homicidio en el cual se compruebe la excusa de la provocación y la agravante por la noche. ¿Diremos que esta circunstancia ha agravado la responsabilidad, cuando, por la naturaleza misma de la excusa, está demostrándose que esa circunstancia, fue inesperada, casual, intempestiva? ¿Aceptaremos para un homicidio

involuntario como agravante, el haberse causado con un explosivo cuando el efecto no fue querido ni previsto?

Creo que la interpretación que debe darse al respecto, es tener en cuenta el hecho cometido, y conforme al hecho, determinar si una circunstancia es o no agravante. Lo contrario, nos llevaría al absurdo.

Las circunstancias agravantes especiales son propias y exclusivas de cada infracción, y se hallan determinadas en la parte analítica, siendo su efecto o cambiar la clase de infracción o aumentar la pena, debiéndose distinguir, entre circunstancias agravantes especiales, y elementos constitutivos de la infracción.

El Código Penal no contiene reglas fijas para determinar lo que son circunstancias agravantes, y elementos constitutivos de la infracción, ni entre los comentaristas y tratadistas hay un criterio uniforme para distinguirlas.

Los hechos constitutivos de una infracción son aquellos que forman el objeto de la incriminación, y que desaparecidos esos hechos, o no hay delito o hay otra infracción de distinta naturaleza. Las circunstancias agravantes consisten en hechos, que se agrupan al rededor de una infracción en sus dos elementos, aumentando la criminalidad del hecho o la culpabilidad del agente.

De modo que, para saber si un hecho es una circunstancia constitutiva, hay que analizar la definición que da ley de la infracción, y ver si desapareciendo ese hecho hay infracción u otra distinta. Así, tenemos, p. ej., que, según el art. 439, robo es la sustracción fraudulenta de una cosa que pertenece a otro, y, por lo mismo, los elementos, constitutivos son: 1º La sustracción de una cosa; 2º La intención fraudulenta, y, 3º que la cosa sustraída pertenezca a otra persona. Si hacemos desaparecer el primer elemento, no hay la infracción de robo, pudiera haber un abuso de confianza o un fraude u otra infracción contra la propiedad. Pero si a estos elementos constitutivos de la infracción de robo, añadimos otra circunstancia como la fractura o el escalamiento, estas son agravantes, ya que no cambia la naturaleza del hecho, aun cuando cambie la clase de infracción, y sea

un crimen en vez del delito que sería el robo sin esas circunstancias.

Pero cuando alguna circunstancia añadida al hecho principal, da a éste una calificación especial, la jurisprudencia se ha decido en el sentido de que esas circunstancias son elementos constitutivos y no circunstancias agravantes. Así el homicidio cometido con cualquiera de las circunstancias enumeradas en el art. 35 es un asesinato, y esas circunstancias constitutivas de esta infracción, distinta del homicidio simple; sin embargo, pudiera objetarse de que esos hechos no cambien la naturaleza de la infracción, y que el asesinato no es sino una variedad del homicidio cometido con intención de dar la muerte.

Considerando la naturaleza de las circunstancias agravantes se las puede dividir también en objetivas y subjetivas, según se refieran a los elementos materiales del delito, o a la culpabilidad individual del autor. La circunstancia de por la noche, sería agravante objetiva; la alevosía, subjetiva.

Esta división tiene importancia tratándose de la complicidad, pues, como lo dijimos al estudiar el art. 16, las objetivas se comunican de persona a persona, y las subjetivas no.

No tenemos necesidad de estudiar de una en una las circunstancias que enumera el art. 35, ya que se las comprende fácilmente. Las palabras deben tomarse en su sentido natural, a menos que el legislador las haya definido expresamente, como fractura, escalamiento, ganzúas, etc.

Por lo demás, todas esas circunstancias pueden comprenderse en la tan conocida división, *causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate, et evento*.

---

Art. 36.— Son también circunstancias agravantes, la reincidencia en el mismo crimen o delito; la perpetración de otro delito o crimen, habiendo el delincuente sido condenado antes a pena criminal ó correccional; y la concurrencia de varias infracciones.

Reincidencia.—Se divide en especial y general.—Concurrencia.—La concurrencia es real e ideal.

En el art. <sup>31</sup>~~36~~ el Código establece dos circunstancias agravantes generales: la reincidencia y la concurrencia.

La reincidencia consiste en cometer un crimen o delito, después de haber sido condenado por otra infracción.

Hemos dicho que el efecto de esta agravante es aumentar la pena; pero, como lo veremos al estudiar los artículos correspondientes en el Capítulo V del Libro I, no siempre sucede así, como en la reincidencia de delito seguido de crimen.

De lo determinado por el art. 36, se viene en conocimiento que considera agravante tanto la reincidencia general como la especial. La reincidencia es especial, si el delincuente comete una infracción de la misma naturaleza que la anterior: "la reincidencia en el mismo crimen o delito." La reincidencia es general, si verifica una infracción distinta de aquella por la cual fue condenado: "la perpetración de otro delito o crimen."

Para que haya reincidencia es indispensable que se haya sufrido una condenación irrevocable; pues, de lo contrario, no habría reincidencia sino concurrencia. Si un individuo hubiere sido condenado en primera instancia por un delito, y estando la causa en apelación cometiere otro delito, no llegaría a agravarse la infracción últimamente cometida por la reincidencia, sino que se aplicarían las reglas de la concurrencia.

En cuanto a la segunda de las agravantes, la concurrencia, existe cuando un mismo individuo ha cometido varias infracciones de la ley penal, sin haber sufrido condenación por ninguna de ellas.

En cuanto al efecto que produce esta agravante, no es el de aumentar la pena, sino que, conforme al art. 65, ni se aplican todas las penas que corresponderían a todas las infracciones, sino más bien hay una disminución de la pena.

La concurrencia la dividen los criminalistas en real e ideal. Real, cuando con distintos hechos se han co-

metido varias infracciones. Ideal, cuando con un solo hecho se han llevado a efecto dos o más infracciones.

La división anterior está también aceptada por nuestra legislación, siendo necesario distinguir, en muchos casos, la concurrencia, del delito único; ya porque una infracción sirva de medio para cometer otra, ya en los delitos continuos, de hábito, etc.; particularidades que las estudiaremos al llegar al art. 65, lo mismo que las relacionadas con la reincidencia, cuando estudiemos el art. 62.

---

Art. 37.—Se reputará como circunstancia atenuante o agravante, según la naturaleza y accidentes de la infracción, el hecho de ser el agraviado, cónyuge, ascendiente o descendiente, o hermano del ofensor.

---

El parentesco puede ser circunstancia atenuante o agravante.

---

El art. 37, que no lo teníamos en el Código Penal anterior al vigente, es tomado del Código español, que, en la enumeración que hace de las circunstancias agravantes, pone el parentesco, en el grado designado por el art. 37, como circunstancia de esa naturaleza; pero dando a los Tribunales la facultad de considerarla como atenuante o agravante, según la naturaleza y efectos del delito, disposición análoga a la del artículo que estudiamos.

Los lazos de parentesco, efectivamente, pueden atenuar o agravar la malicia de la infracción. Los golpes que un hijo diere a su padre, tienen mayor gravedad que los que diere un padre a su hijo.

En muchos casos considera la ley el parentesco como causa que exime de responsabilidad, como en los crímenes y delitos contra la propiedad. Si un hijo roba a su padre no es responsable criminalmente.

El juez para calificar de agravante o atenuante el parentesco, deberá tener en cuenta la infracción y las circunstancias en que fue cometida, y aplicando las definiciones de circunstancias atenuantes o agravantes que da la ley, la considerará como una u otra.

## CAPITULO IV

### De las penas en general

Art. 38.—Las penas aplicables a las infracciones son las siguientes:

#### *Penas peculiares al crimen:*

- 1.<sup>a</sup> La reclusión mayor; y
- 2.<sup>a</sup> La reclusión menor.

#### *Pena peculiar del delito:*

La prisión de ocho días a cinco años.

#### *Penas peculiares de las contravenciones:*

- 1.<sup>a</sup> La prisión de uno a siete días; y
- 2.<sup>a</sup> La multa de dos décimos de sucre a treinta sucres.

#### *Penas comunes al crimen y al delito:*

- 1.<sup>a</sup> La interdicción de ciertos derechos políticos y civiles;
- 2.<sup>a</sup> La multa que excede de treinta sucres; y
- 3.<sup>a</sup> La sujeción a la vigilancia de la autoridad.

#### *Penas comunes a todas las infracciones:*

- 1.<sup>a</sup> La multa; y
- 2.<sup>a</sup> El comiso especial.

---

Art. 41.—La reclusión mayor se cumplirá en las Penitenciarías; y se divide en *reclusión mayor ordinaria*, de cuatro a ocho años, y de ocho a doce años; y en *reclusión mayor extraordinaria*, de diez y seis años.

El condenado a reclusión mayor, guardará prisión celular y estará sujeto a trabajos forzosos.

---

Art. 42.—La reclusión menor se cumplirá en los mismos Establecimientos precitados; y se dividen también en *ordinaria*, de tres a seis años, y de seis a nueve; y en *extraordinaria*, por doce años.

Los condenados a reclusión menor, estarán también



sometidos a trabajos forzosos; pero, en talleres comunes, y en ningún caso se les hará trabajar fuera del Establecimiento; ni se les aislará, a no ser por castigo reglamentario, que no podrá pasar de ocho días.

Toca al Poder Ejecutivo expedir los Reglamentos convenientes para los Establecimientos de Penitenciaría.

---

Art. 43.—Toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, o a reclusión menor extraordinaria, lleva consigo la interdicción del reo, mientras dure la pena; interdicción que surte efecto desde que la sentencia causa ejecutoria. La interdicción priva al condenado de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por acto testamentario.

Los condenados a reclusión menor ordinaria, en el caso de reincidencia, o en el de concurrencia de varios crímenes, quedarán también sujetos a interdicción.

---

Art. 44.—No se impondrá pena de reclusión al mayor de sesenta años. El que en tal edad cometiere crimen castigado con reclusión, cumplirá el tiempo de la condena en un establecimiento destinado a prisión correccional.

Si hallándose ya en reclusión, cumpliere los sesenta años, pasará a cumplir su condena en una casa de prisión, conforme al inciso anterior.

---

Art. 45.—El Ejecutivo, al reglamentar los Establecimientos de reclusión, determinará la cuota que, del producto del trabajo del condenado, se le ha de reservar en una caja de ahorros, para cuando recobre su libertad.

---

Art. 46.—Ninguna sentencia en que se imponga pena criminal, se notificará a mujer embarazada, sino sesenta días después del parto. Tampoco se notificará al que esté en estado de demencia, o en peligro inminente de muerte, por razón de enfermedad.

---

Art. 47.—La prisión correccional por delito, se impondrá por ocho días a lo menos, y cinco años a lo más;

y los condenados a esta pena, la sufrirán en la cárcel del respectivo Cantón, o en la de la Capital de la provincia; debiendo también ocuparse en los trabajos reglamentarios, en talleres comunes.

---

Art. 48.—La duración de un día, para completar el tiempo de la condena, es de veinticuatro horas; y la de un mes, de treinta días.

Toda detención, antes de que el fallo esté ejecutoriado, será imputada a la duración de la pena de privación de la libertad, si dicha detención ha sido ocasionada por la infracción que se castiga.

---

Art. 49.—Toda sentencia que condena a reclusión, o a prisión que pase de seis meses, causa la pérdida de los derechos de ciudadanía.

Los jueces y tribunales podrán, en los casos que determine este Código, imponer la pérdida de dichos derechos, por un término de tres a cinco años, aun cuando la prisión no pase de seis meses.

---

Art. 50.—En virtud de la sujeción a la vigilancia especial de la Autoridad, puede el Juez prohibir que el condenado se presente en los lugares que se le señalaren, después de cumplida la condena; para lo que, antes de ser puesto en libertad, el condenado indicará el lugar que elija para su residencia, y recibirá una boleta de viaje, en la que se determinará el itinerario forzoso y la duración de su permanencia en cada lugar del tránsito.

Además, estará obligado a presentarse ante las autoridades de Policía del lugar de su residencia, dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada, y no podrá trasladarse a otro lugar, sin permiso escrito de dicha autoridad; la que tiene derecho para imponer al vigilado, ocupación y método de vida, si no los tuviere.

---

Art. 51.—Los condenados a pena criminal, pueden ser colocados por la sentencia condenatoria, bajo la vigilancia de la autoridad, por cinco a diez años; y si rein-

cidieren en el mismo crimen o cometieren otro, esa vigilancia durará toda la vida.

---

Art. 52.—Las multas por crímenes y delitos pertenecen al Fisco; y serán impuestas individualmente a cada uno de los condenados por una misma infracción.

Las multas impuestas por contravenciones, pertenecerán al Fisco o a la Municipalidad, conforme a lo dispuesto en el Código de Policía.

La multa se cobrará por la vía de apremio real o personal.

---

Art. 53.—En caso de insolvencia del deudor de una multa, se reemplazará ésta con prisión de uno a cuatro meses, si la referida pena hubiese sido impuesta por crimen o delito; y de uno a seis días, si lo hubiese sido por contravención.

Esta pena subsidiaria se cumplirá en el Establecimiento donde deba cumplirse la pena principal impuesta por la sentencia; pero, si sólo se hubiese impuesto la multa, la prisión subsidiaria se asimilará a la correccional, o a la de Policía, según la naturaleza de la condena.

En todo caso, el condenado podrá librarse de la prisión, pagando la multa, con deducción de un sucre por cada día que hubiere estado preso; pero, no podrá eludir el apremio real, aylanándose a sufrir la prisión.

---

Art. 54.—El comiso especial recae: sobre las cosas que forman el objeto de la infracción; sobre las que han servido, o sido destinadas para cometerla, cuando son de propiedad del autor del hecho punible; y sobre las que han sido producidas mediante la infracción misma.

El comiso especial será impuesto por crimen o delito, sin perjuicio de las demás penas determinadas por la Ley; pero, al tratarse de una mera contravención, no se impondrá sino en los casos especialmente determinados por la Ley.

---

Art. 57.—Ninguna pena podrá ejecutarse mientras esté pendiente un recurso, aclaratoria de la sentencia, o petición de gracia.

División de las penas en peculiares y comunes; en principales y accesorias.—Las penas establecidas por la ley, afectan al individuo: 1º En su libertad.—Las penas privativas de la libertad son: la reclusión mayor, la reclusión menor y la prisión.—Duración y régimen de estas penas —Sujeción a la vigilancia de la autoridad.—2º En su patrimonio.—Multa y comiso especial.—Concepto de una y otra.—3º En sus derechos civiles y políticos.—Ejecución de las penas.

---

Después de haber estudiado las infracciones de la ley penal, las personas responsables de las infracciones, y las causas que extinguen o modifican la responsabilidad, tócanos, recorrer en el Capítulo IV, la última parte de la parte sintética: las penas en general.

Al examinar el art. 38, debemos, como cuestión de método, estudiar todo lo que con dicho artículo se relaciona, y por esto estudiamos al mismo tiempo los artículos que hemos transcrito.

Así como para que haya acción punible, es necesario, como lo dijimos, que una ley la declare tal; así también las penas son determinadas por el legislador: las penas no se las deja al arbitrio del juez; si bien a éste debe dársele la facultad necesaria para imponer el tanto de la pena, según las circunstancias en que fue cometido el delito, y la culpabilidad del autor.

No pueden, pues, los jueces aplicar otras penas que las señaladas en el art. 38.

★ La primera división de las penas que se nos presenta en el art. 38, es la de peculiares y comunes: peculiares al crimen, peculiares al delito, y peculiares a la contravención; comunes al crimen y delito, y comunes a las tres infracciones.

Al estudiar el art. 1º dijimos que las penas peculiares son las que llevan la nota característica de la infracción que se castiga; y, como la misma palabra lo indica, se aplican exclusivamente al hecho punible calificado de crimen, delito o contravención.

Las penas comunes pueden imponerse por cualquiera de las infracciones.

Al hablar de las infracciones expusimos que crímenes son los que se castigan con pena criminal; delitos

los que se castigan con pena correccional, y contravenciones las que se castigan con pena de Policía; y, como ahora decimos: pena peculiar al crimen la que se impone a los crímenes, pena peculiar al delito y a la contravención la que se impone a cada una de éstas, tenemos, por lo tanto, un círculo del que no podemos salir.

Efectivamente, no consideramos como científica la división de las infracciones en crímenes, delitos y contravenciones, tomando como base la pena para saber qué clase de infracción es; pero, lo repito, no es propiamente una división, sino una clasificación y una regla práctica para distinguir qué clase de infracción es la cometida, ateniéndonos a la pena aplicable.

Tampoco encontramos diferencia entre las penas peculiares al crimen, al delito y la primera de las aplicables a las contravenciones: todas son restrictivas de la libertad; y que, tratándose de los crímenes, se llama reclusión, y refiriéndose a los delitos y contravenciones se denomina prisión. No hay diferencia ni en la duración; pues, como lo veremos, la prisión, es, en muchos casos, de mayor tiempo que la reclusión.

✦ Otra división de las penas es en principales y accesorias: las primeras, provienen directamente de la sentencia, las impone el juez; las segundas, son una consecuencia de la condena, y no hay necesidad de que las exprese el juez en la sentencia para que la sufra el delincuente. Ejemplo de las segundas, la interdicción.

✦ Las penas determinadas por el art. 38, afectan al individuo: 1º en su libertad; 2º En su patrimonio, y 3º En sus derechos civiles y políticos. Esta clasificación nos servirá para el análisis de las diversas penas.

*Penas privativas de la libertad.*—No siempre es una pena la privación de la libertad. Existe ésta como medida coercitiva para el pago de multas; como medida correccional para los menores que cometen una infracción punible; y como preventiva para los que se hallan sujetos a un juicio criminal.

La privación de la libertad como pena, se presenta en diversas formas y grados, y se compone de dos elementos: la duración y el régimen. El legislador debe

preocuparse de medir lo uno y reorganizar lo otro; de tal modo que estos elementos no obren en sentido contrario: la severidad en la duración, debe estar en armonía con lo riguroso del régimen. Si no es observada esta regla, como no lo es en nuestra legislación, ¿la pena más temida será aquella cuyo régimen sea más severo; aunque la duración sea menor; o bien aquella otra cuya duración es más larga y el régimen más benigno?

✱ Examinemos las penas privativas de la libertad en sus dos aspectos: duración y régimen.

Dos nombres tienen en nuestro Código, como lo hemos visto, las penas que estudiamos: reclusión y prisión.

La reclusión es mayor o menor, y una y otra ordinarias y extraordinarias.

La reclusión mayor extraordinaria es de diez y seis años; la ordinaria, de cuatro a ocho años, y de ocho a doce.

La reclusión menor extraordinaria es de doce años; y la ordinaria, de tres a seis y de seis a nueve.

Tanto en una como en otra de las reclusiones, tenemos un grado máximo, un grado medio y un grado mínimo. Reclusión mayor, máximo: diez y seis años; medio: ocho a doce; y, mínimo: cuatro a ocho. Reclusión menor, máximo: doce años; medio: seis a nueve; y, mínimo: tres a seis.

En los grados medio y mínimo tenemos también máximo y mínimo.

La prisión para los delitos es de ocho días a cinco años; y la prisión para las contravenciones, de un día a siete días. En la prisión no se encuentra sino máximo y mínimo.

✱ La prisión por los delitos, la llama el Código, correccional; pero este calificativo es impropio, ya que toda pena debe llevar en sí, siendo una condición intrínseca, la idea de corregir al delincuente.

Si este es el sistema general de nuestro Código en cuanto a la duración de las penas privativas de la libertad, hagamos algunas observaciones a cada una de ellas.

La ley fija para las reclusiones extraordinarias un término invariable: diez y seis años para la reclusión mayor, y doce para la reclusión menor, lo que es sumamente defectuoso.

Se comprende que hay crímenes de suma gravedad, y delinquentes que llevan la nota más alta de perversidad, y que es necesario imponer una pena muy rigurosa; pero, no por eso se debe dejar de atender a las diversas circunstancias en que haya sido cometido un crimen, y a las condiciones intelectuales y morales del delincuente, para aplicar la pena que corresponda, procurando, en lo posible, la individualización de la pena.

Una infracción, ya lo hemos dicho, nunca es igual a otra infracción, aunque sean del mismo título. Hay diversidad de circunstancias y de condiciones en virtud de las cuales se mide la criminalidad del delincuente, y por eso es necesario dejar al juez la apreciación, en cada caso particular, de la pena que debe imponerse, dándole un máximo y un mínimo para que pueda escoger el tiempo suficiente para que la pena surta los efectos sociales e individuales.

Un asesinato, cometido a sangre fría, con caracteres de ferocidad, es un crimen muy grave, y merecerá una pena en relación con el crimen verificado; pero no todos los asesinatos se los ha de llevar a cabo en las mismas circunstancias, ni por individuos de idéntica índole moral, ni por los mismos motivos.

Si el legislador ha creído que la reclusión no debe pasar de diez y seis años, ha debido establecer una escala gradual ascendente, y establecer también un máximo y un mínimo, como p. ej., de doce a diez y seis años.

Por otra parte, si nos ponemos a comparar una y otra de las reclusiones, notaremos aún más lo defectuoso del sistema de la legislación ecuatoriana en cuanto a las penas.

Si a las infracciones se las califica según su gravedad, aplicando a las más graves las penas más rigurosas, y a las menos graves, penas más leves, se concibe, que debían castigarse también, de conformidad con

este sistema, los crímenes de mayor gravedad con reclusión mayor, que, en la escala de las penas, ocupa el primer término; a los crímenes de menor gravedad con reclusión menor; y a los delitos, infracciones menos graves que los crímenes, con pena de prisión.

Más, según lo dispuesto en el Código Penal, un crimen, puede ser castigado con menor tiempo de pérdida de libertad que un delito.

La reclusión mayor es de cuatro a ocho años, y la reclusión menor de seis a nueve. Un crimen al cual se lo castigue con reclusión mayor de cuatro años, debe ser más grave que el castigado con reclusión menor de seis; sin embargo, a este último se le impone más tiempo de pérdida de libertad que al de mayor gravedad.

La misma comparación podemos hacer entre la reclusión y la prisión. Esta pena es de ocho días a cinco años, y los delitos de menor gravedad que los crímenes; y, a pesar de esto, el tiempo de duración puede ser mayor que para los crímenes, si el delito está castigado con cinco años, y un crimen con tres. Así por ejemplo, tratándose del robo: el robo simple puede ser castigado hasta con cinco años; y, un robo con una circunstancia agravante de tres a seis años; y como el juez tiene facultad para imponer el *mínimum*, el robo calificado puede ser castigado con menor pena que el simple.

No se diga que si bien la duración es menor está compensada con el régimen, ya que aun cuando el tiempo es mayor el régimen es menos riguroso; porque, entonces, cabría preguntar ¿cuál es la base para saber la gravedad de una pena: la duración o el régimen? Si tomamos el tiempo, la reclusión de tres años será menos grave que la prisión de cinco, y si el régimen la primera será menos grave que la segunda.

Y el saber cuál pena es la más rigurosa, es muy importante, porque, en muchos casos, la ley manda al juez imponer la pena más rigurosa, como en la concurrencia, cuando el indiciado ha cometido varias infracciones con el mismo hecho.

Un individuo dispara su revólver con intención de matar a una persona, y hiere a otra; tenemos en este

caso tentativa de asesinato y heridas, y si éstas son de aquellas que la ley castiga con reclusión menor de seis años, ¿cuál impondría el juez, la reclusión menor o la pena de la tentativa, cinco años cuatro meses de reclusión menor?

A estas dificultades conduce el sistema de nuestro Código, tanto más que se suprimió la disposición del Código Penal anterior que decía: "Pena más rigurosa es aquella cuya duración es más larga."

La reclusión y la prisión se cuentan no desde el día en que se ha pronunciado la sentencia, ni desde que ésta quedó ejecutoriada, sino desde que el delincuente fue reducido a prisión, a consecuencia de la infracción por la cual fue condenado; de modo que, debe imputarse a la duración de la pena todo el tiempo de prisión preventiva que haya sufrido el condenado, retrotrayéndose a la fecha en la cual fue preso el individuo, en virtud de esa infracción.

En cuanto al modo de contarse los días y meses, aquellos son de veinticuatro horas; de modo que, no se aplica la regla del Código Civil; esto es, hasta la media noche del día del último plazo. Los meses son de treinta días: no puede haber de veintiocho, veintinueve o treinta y un días; y el que ha sido condenado a dos, tres, cuatro o cinco meses de prisión tendrá dos, tres, cuatro o cinco veces treinta días.

En cuanto al otro aspecto en que deben ser consideradas las penas privativas de la libertad, el régimen, debemos tener en cuenta ya los lugares en donde se ha de cumplir la pena, ya el régimen mismo al cual deben estar sometidos los penados.

La reclusión mayor y la reclusión menor deben cumplirse en las Penitenciarías, pero como de estos establecimientos no tenemos sino uno, en la Capital de la República, es en este lugar en donde se ejecutará la pena.

Por lo que hace al régimen, "el condenado a reclusión mayor, guardará prisión celular, y estará sujeto a trabajos forzosos."

Tratándose de la prisión celular hay varios siste-

mas: el de absoluta incomunicación del condenado con toda clase de personas; el de comunicación durante el día e incomunicación por la noche; y el progresivo o Irlandés, dividido en cuatro períodos: el primer período, de aislamiento absoluto en la celda; el segundo, de comunicación con determinadas personas; el tercero, de trabajo en común en los talleres, sin comunicación con los penados; y el cuarto, de libertad provisional.

El Código no dispone cuál es el sistema que debe seguirse, pero como deja al Poder Ejecutivo la reglamentación, a éste corresponde señalar en el respectivo reglamento el sistema que adopte.

Los condenados a reclusión menor están también sujetos a trabajos forzosos, pero en talleres comunes, y el Ejecutivo debe expedir los Reglamentos convenientes.

Los condenados por delito deben cumplir la pena en las cárceles del respectivo Cantón, o en la de la Capital de la provincia, sujetos a trabajos reglamentarios en talleres comunes.

✕ En cuanto al producto de los trabajos, la ley sólo determina la inversión que ha de darse a parte de ese producto; esto es, que se ha de reservar algo para cuando el recluso obtenga su libertad. Lo demás queda a la reglamentación del Ejecutivo.

Concluído el estudio del sistema penal de nuestra legislación, haremos, aunque someramente, un análisis del Reglamento para la Penitenciaría expedido en Mayo de 1915.

✕ La ley ha creído de su deber dulcificar la severidad del régimen, cuando el condenado, siendo mayor de sesenta años, ha cometido un crimen; pues, en este caso, cumplirá la pena en los establecimientos de prisión correccional.

✕ En teoría es muy justa esta disposición, pero en la práctica, puede verse más bien una agravación de la pena, porque quien haya visitado nuestras cárceles y las compare con la Penitenciaría, notará que en ésta los condenados tienen mayores comodidades, gozan de aseo e higiene, cosa que no pasa en las cárceles.

El artículo 46 es más bien una disposición de derecho práctico; y, en cuanto a la disposición misma, si la tomáramos al pie de la letra, sería nugatorio el objeto que se propuso el legislador.

En efecto, para que se imponga pena criminal a una mujer embarazada, es porque ha cometido un crimen; por lo tanto, está sujeta al juicio por jurados, debiendo la sentencia ser pronunciada ante las partes, leyendo el juez la disposición del Código Penal aplicable. La mujer sabe, pues, la pena que se le va a imponer, y casi no tiene objeto la notificación con la sentencia. Creo, pues, que debe entenderse en el sentido de que la sentencia no debe ser pronunciada, o, a lo menos, que no debe presenciar la mujer que se encuentre en el caso del artículo 46.

VIGILANCIA ESPECIAL DE LA AUTORIDAD.—Entre las penas que afectan al individuo en su libertad, se cuenta la vigilancia especial de la autoridad; si bien, propiamente, no puede considerarse como una pena, sino como medida preventiva para evitar que el delincuente vuelva a cometer otra infracción.

Bajo cierto aspecto es una pena, por cuanto el que ha cometido una infracción penal, puede estar sujeto a la restricción de no poder ir a los lugares que el Juez le señale, una vez cumplida la condena, y prohibido de trasladarse libremente de un lugar a otro.

El derecho que tiene la sociedad de precaverse de los criminales y de evitar la reincidencia, no puede ponerse en duda; pero la dificultad se presenta en la organización de la vigilancia, pues en países en donde la Policía tiene tantos medios y recursos como en Francia, se ha visto impotente para esta vigilancia, con mayor razón entre nosotros, en donde esta medida es absolutamente irrisoria, ya que ni en las mismas cárceles hay vigilancia, mucho menos la habrá fuera de los establecimientos de prisión.

Esta pena, por lo demás, es facultativa por regla general para el Juez, encontrándose en la parte especial algunos casos en los cuales es obligatorio imponerla.

**PENAS QUE AFECTAN AL INDIVIDUO EN SU PATRIMONIO.**—Las penas que afectan al individuo en su patrimonio, llamadas pecuniarias, consisten en una disminución del patrimonio, autorizada por la ley, a aquel que se ha hecho responsable de haber perpetrado una infracción, y como castigo de ésta.

Las penas pecuniarias son de dos especies, según que su efecto es hacer al Fisco acreedor de una suma de dinero, o hacerle propietario de una cosa que pertenece al condenado. Estas penas, o crean una obligación o trasladan la propiedad. En el primer caso, se llaman multa; en el segundo, comiso.

La multa es una pena que consiste en la obligación de pagar al Estado una suma de dinero.

Esta pena según nuestra legislación, es peculiar o común: peculiar, para las contravenciones; común, para las tres clases de infracciones.

Si es peculiar no excede de treinta sucres, y si es común, excediendo de esta suma, no pasa de ochocientos sucres, en los casos que se la impone en la parte especial.

Casi siempre esta pena se la añade a la de prisión, y son pocos los casos que se la impone como única pena para los delitos.

La pena de multa es distinta de la indemnización de perjuicios, siendo importante esta distinción por las cuestiones jurídicas que se deducen.

La multa desde que es una pena, debe tener los caracteres de tal; y, por lo mismo, no puede dejar de ser personal e individualmente impuesta a cada uno de los responsables de una infracción. El Juez, en caso de ser varios los responsables, tiene que someter a esta pena, no a todos los delincuentes en conjunto, sino individualmente a cada uno.

Es justo que cada delincuente sea castigado con la multa en la medida de su culpabilidad, principio reconocido en el artículo 52; de no ser así, se volvería irrisoria la pena en caso de ser varios los delincuentes, pues habría que dividir la pena entre todos ellos. Tampoco sería justo que la obligación de pagar la multa sea soli-

daria, ya que se podría cobrar a uno y dejar impunes a los demás.

Como la multa no es una indemnización pertenece al Estado, y no a la persona perjudicada con la infracción; de ahí que el artículo 52 prevenga que las multas pertenecen al Fisco o a las Municipalidades.

En cuanto al modo de cobrarse las multas, prescribe la ley que puede serlo por apremio real o personal.

+ Puede suceder que el condenado al pago de una multa sea insolvente, y como sería injusto tenerle en la prisión por un tiempo indefinido, de ahí, que se hayan buscado los medios de reemplazar la pena de multa con otras penas, y se ha recurrido a la prisión, como lo manda el art. 53.

Mas, tengo para mí, que es injusta esta prisión subsidiaria, pues, como lo dice un autor, es castigar no el delito sino la pobreza del delincuente; es erigir la pobreza en delito; y, por esto, soy de opinión que se deben buscar otros medios para hacer pagar la multa al condenado insolvente. Pudiérase p. ej. hacer que el Estado le proporcione trabajo, descontándole una parte proporcional de su jornal diario para hacerce pago de la multa; o, como lo establece el Código italiano, por la prestación de un servicio en favor del Estado o del Municipio.

Esta prisión subsidiaria será de uno a cuatro meses si ha sido impuesta por crimen o delito, y de uno a seis días en caso de contravención; pero el condenado puede, en cualquier tiempo, librarse de la prisión pagando la multa, deduciendo un sucre por cada día que hubiere estado preso.

La segunda de las penas pecuniarias es el comiso especial, que pudiéramos llamarlo confiscación especial.

La confiscación especial que se ha aceptado como pena en legislación penal, no es la confiscación general; es decir, la adjudicación al Estado, a título de sucesión de la totalidad o de una cuota parte del patrimonio del condenado; pena que ha sido abolida en los Códigos modernos.

La pena del comiso es la confiscación de los objetos muebles que tienen relación directa con el acto criminal;

y puede ser considerada como una verdadera pena o como una medida de precaución ordenada en interés de la seguridad pública.

Como pena tiene el carácter de accesoria, debe imponerse siempre tratándose de crímenes o delitos, y en las contravenciones en los casos determinados por la ley de Policía. En los contrabandos, sin embargo, es pena principal. (Arts. 305 y 307).

Como ejemplo de casos en que se impone como medida de precaución citaremos los arts. 246, 293 y 294. Veamos lo que está sujeto a comiso.

En el artículo 52 están señalados los objetos muebles que sufren este comiso, y son: 1º Las cosas que forman el objeto de la infracción; 2º Las cosas e instrumentos que han servido para cometerla; y 3º Las que han sido producidas mediante la infracción misma.

Lo que tenemos que observar en este artículo es el cambio que se ha hecho de la palabra "condenado" del Código Penal anterior, por la palabra "autor" que figura en el actual; sin que se note la razón del cambio; porque, bien puede ser, que el instrumento o la cosa que ha servido para cometer la infracción, no pertenezca al autor sino al cómplice y no habría porqué eximirle del comiso.

**PENAS QUE AFECTAN AL INDIVIDUO EN SUS DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS.**—Las penas que afectan al individuo en sus derechos son la interdicción civil y la interdicción política.

En cuanto a la interdicción civil, es la prohibición al condenado de poder disponer sus bienes, como consecuencia de un crimen castigado con reclusión mayor o reclusión menor extraordinaria, y a los condenados a reclusión menor ordinaria en caso de reincidencia o concurrencia.

Esta interdicción no es propiamente una pena, sino una consecuencia de la situación en que se coloca el condenado, porque de hecho no puede administrar sus bienes; y, en lugar de una pena, puede verse una institución a favor del reo.

Una vez dictada una condena, ha de tomar la ad-

ministración de los bienes del condenado un curador que desempeñará la guarda conforme a lo dispuesto por el Código Civil. Ahora bien, según este Código, la interdicción está establecida en bien del interdicto, pues la nulidad de los actos y contratos celebrados o ejecutados por el reo sería relativa; y si alguien contratara con el que se halla en interdicción a causa de una condena, no pudiera alegar nulidad y el interdicto sí la podría; no habiendo nulidad absoluta, ya que ésta, según el Código Civil, no la hay sino para los actos de los absolutamente incapaces: los dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

La interdicción política es la privación de los derechos políticos; o sea la pérdida de los derechos de ciudadanía.

Esta pena es accesoria, ya que toda sentencia que condene a reclusión o a prisión que pase de seis meses, causa la pérdida de los derechos de ciudadanía; puede ser también impuesta por el Juez, por un término de tres a cinco años, aún en el caso de que la prisión no pase de seis meses.

En la Constitución de la República se distingue la pérdida de los derechos de ciudadanía de la suspensión de esos derechos, fijándose en los artículos 14 y 15 los casos de pérdida y suspensión, respectivamente.

Los casos de pérdida son: 1º Por entrar al servicio de nación enemiga;

2º Por naturalizarse en otro Estado;

3º Por haber ejecutado actos de violencia, falsedad o corrupción en las elecciones populares; y, especialmente, por haber comprado o vendido el voto; en cuyos casos será necesario que preceda resolución judicial;

4º Por haber sido condenado por fraude en el manejo de los caudales públicos;

5º Por quiebra declarada fraudulenta; y

6º En los demás casos determinados por las leyes.

Como se ve, entre los casos de pérdida transcritos no está el haber sido condenado a una pena de las designadas en el inciso 1º del artículo 48 del Código Penal, sino que fija especialmente los crímenes o delitos que

llevan consigo la privación de los derechos políticos; por lo que se presenta la duda de si la pena de interdicción de los derechos políticos establecida en el Código Penal es una verdadera privación o una suspensión; porque de ser la interdicción política la pérdida de los derechos de ciudadanía, debiera ser a perpetuidad, que eso indica la palabra pérdida; y, siendo únicamente una suspensión, debe el condenado recuperar esos derechos terminada la condena.

En el N<sup>o</sup> 6<sup>o</sup> del artículo 14 de la Constitución se dice: "En los demás casos determinados por las leyes"; pero no siempre que las leyes se refieren a la pérdida de los derechos de ciudadanía, esta pérdida es perpetua sino temporal, como lo establece el artículo 36 de la propia Constitución, y el inciso 2<sup>o</sup> del artículo 48 del Código Penal.

Tengo, pues, para mí, que la pérdida de los derechos de ciudadanía, pena común para los crímenes y delitos, no es la pérdida absoluta de esos derechos sino que es una suspensión que termina con el cumplimiento de la pena principal; la reclusión o prisión que pase de seis meses.

Cuando la impone el juez, en los casos que tiene facultad para ello, tiene que principiar a contarse desde la fecha del cumplimiento de la pena principal; porque, en este caso, la interdicción política es una medida impuesta por el legislador, para evitar que el que se ha hecho culpable de una infracción, a la cual se impone esta pena, entre al goce de derechos, siendo, en concepto de la ley, indigno de ejercerlos.

En la parte especial del Código tenemos también casos de inhabilidad de los derechos de ciudadanía, por un término mayor de tres años, como en el caso de traición a la patria. Esta inhabilidad principia asimismo una vez cumplida la condena, siendo una suspensión de los derechos de ciudadanía: la interdicción judicial, que habla el artículo 15 de la Constitución de la República.

Los derechos políticos son de distinta naturaleza de los civiles, y no puede decirse que la pérdida de los unos cause necesariamente la pérdida de los otros. Pero esto

pasa en el Código respecto de algunas condenaciones, sin que pueda decirse que es un defecto, ya que si sucede de hecho la pérdida simultánea de unos y otros, es a causa de que tanto los derechos políticos y los civiles son consecuencia inmediata de la libertad; y la pérdida de ésta tiene que acarrear la pérdida de esos derechos.

*Ejecución de las penas* [artículo 57]. Dictada una sentencia condenatoria, la pena tiene que llevarse a ejecución; pero, es necesario que la sentencia se halle ejecutoriada, y el artículo 57 no hace sino reconocer este principio, al decir: "ninguna pena podrá ejecutarse mientras esté pendiente un recurso, aclaratoria de sentencia".

En materia criminal se conocen los recursos de apelación, tercera instancia, nulidad y revisión, que pueden interponerse en los casos y por las causas determinadas en el Código de procedimientos criminales. Existe también la consulta al superior.

Elevado un proceso en consulta o en virtud de un recurso no puede ejecutarse la sentencia, ya que no se halla ejecutoriada.

Lo que sí tenemos que observar en el artículo 57 es la petición de gracia, puesta como un obstáculo para la ejecución de la pena.

La *gracia* es uno de los medios de rebaja, conmutación o extinción de la pena; mas, cómo va a rebajarse, conmutarse o extinguirse una pena que no se la sufra?

De acuerdo con la ley de gracia, es necesario que el condenado que solicita rebaja, cambio o término de la pena, esté sufriendo esa pena, y el artículo del Código Penal que estudiamos, ha venido a derogar lo establecido en la citada ley; derogatoria que no la considero conforme con los principios.

En efecto, la gracia corresponde al Poder Ejecutivo, quien de acuerdo con el Consejo de Estado, previo estudio de los antecedentes, concederá o no la gracia, teniendo en cuenta la conducta posterior del delincuente, y si éste da muestras de estar corregido; si la pena ha producido los efectos saludables a que se tiende con la aplicación de la pena. En una palabra, si se han conse-

guido los fines de la pena, tanto sociales como individuales, debe terminar, o cambiarse con otra con la cual se alcance esos fines.

Pero si la gracia se ha de ejercer antes de que se cumpla la pena, no podemos saber si en rigor de verdad, el condenado es o no merecedor de la gracia, quedando a voluntad del Ejecutivo el suspender la ejecución de un fallo judicial.

---

Art. 39.—El perdón de la parte ofendida o la transacción con ésta, no extingue la acción pública contra una infracción; salvo que sean de aquellas que sólo pueden perseguirse por acusación particular.

---

Concepto de la acción penal.—Consecuencias que se deducen de este concepto.

---

En el Art. 39 podemos decir que está consignada la regla de que todo delito da lugar a la acción penal; regla que, como lo afirma un autor, no es sino la conclusión necesaria de un silogismo, cuyas dos premisas son: la ley penal y la aparición del delito.

Cualquiera que sea el significado que se dé a la palabra acción, ya tomándola como la fuerza que se pone en movimiento contra el delito y delincuente; ya como la necesidad que tiene el Estado de proceder, cuando el delito se realiza, al descubrimiento del delito y de su autor, y de someter a este último a una pena determinada; ya también como el medio de promover el ejercicio eficaz de la función punitiva; ya, en fin, como el derecho que tiene la sociedad de obrar para obtener el castigo del culpable, lo cierto es que de toda infracción de la ley penal emana una acción que pertenece al Estado; y que, por pertenecer a éste, es por lo que se llama acción pública, siendo una consecuencia necesaria e irrevocable del delito; por lo que la persecución tiene que llevarse a efecto *de oficio*, a diferencia de las acciones privadas que pueden ejercitarse por los perjudicados.

Pero para llegar al fin último de la acción penal, es indispensable el juicio, en el cual se determina si un in-

dividuo es autor y responsable de la infracción, y la ejecución con el que termina el procedimiento judicial.

Mas, el Estado, como ser colectivo que es, necesita de órganos que le representen en todas sus funciones, y en la función punitiva es el Ministerio Público, sin que se pueda rechazar la cooperación de los ciudadanos para conseguir el fin de la acción penal.

Estos principios de legislación están reconocidos en nuestras leyes penales; y el Código de procedimientos ordena que deben perseguirse de oficio todas las infracciones, con excepción de aquellas que, por motivos especiales, se deja su persecución a ia iniciativa de los agraviados; siendo obligación de los Ministros y Agentes Fiscales el acusar todas las que deben perseguirse de oficio.

Y si la acción penal debe tener su completa realización, no puede suspenderse ni extinguirse a voluntad del ofendido, ya sea por perdón de éste o por transacción con el delincuente, como lo dispone el artículo del Código que estudiamos.

Cuando llegemos al Capítulo VI veremos las causas que extinguen la acción pública; ahora estudiemos algunas que impiden que el ejercicio de la acción, tenga nacimiento inmediatamente de realizada la infracción, y las que suspenden el ejercicio.

Estas causas son: 1º La falta de querrela en los casos en que ésta es necesaria para promover la acción penal. La falta de querrela es impedimento, no para la existencia de la acción, ya que ésta nace con la comisión del delito, pero su ejercicio está subordinado a la voluntad de la víctima y por consideraciones a ésta.

2º La cuestión prejudicial. La cuestión prejudicial, en su sentido lato, significa que no puede procederse al juicio penal, si antes no se ha resuelto una cuestión de cuya resolución depende el juicio penal mismo. Hay cuestiones que estando reservadas al conocimiento de ciertos jueces distintos de los jueces penales, no puede resolverse el juicio penal si no se ha decidido sobre la cuestión prejudicial. Así en los delitos de supresión de estado, el estado civil es un asunto sujeto a los jueces

civiles; para proceder penalmente es preciso que el estado civil sea resuelto por el juez civil.

3º La demencia. No consideramos el caso de que una persona en estado de enajenación mental cometa un hecho punible; esta situación hece desaparecer la culpabilidad. Suponemos, que el agente cometió el hecho en estado de razón, pero con posterioridad al delito sobreviene la enajenación mental.

Nuestras leyes penales nada dicen acerca de este caso que se ha presentado en la práctica; pero los principios de derecho penal exigen que se suspenda la acción penal, y así lo ha decidido la Corte Suprema, porque como lo dice Ortolán, un proceso penal contra un supuesto culpable, fuera de estado de comprender el alcance de un acto ni de defenderse, es jurídicamente imposible.

4º La garantía e inmunidad de que gozan ciertos funcionarios públicos. En virtud de consideraciones de derecho constitucional, hay algunos funcionarios que no deben ser sometidos a un juicio criminal, sino en virtud de llevarse a la práctica determinados procedimientos, y mientras éstos no se efectúen no puede procederse al enjuiciamiento de los funcionarios que gozan de este privilegio, y que han cometido un delito. Así, según nuestras leyes, los Senadores y Diputados no pueden ser sometidos a enjuiciamiento criminal sino previa autorización de la respectiva Cámara, y mientras no se obtenga esa autorización, está en suspenso el ejercicio de la acción penal.

---

Art. <sup>52</sup>40.—Toda sentencia condenatoria en materia criminal, lleva envuelta la obligación solidaria de pagar las costas, los daños y los perjuicios, por parte de todos los responsables del hecho.

Art. <sup>57</sup>55.—La condenación a las penas establecidas en este Código, es independiente de la indemnización de daños y perjuicios; y, determinado el monto de las indemnizaciones por el juez, se cobrará por apremio real.

El acusador o el denunciante, o las personas civil-

mente responsables del hecho, no serán apremiados, sino mediante nueva resolución judicial al respecto.

Los deudores de costas a terceros interesados, en caso de insolvencia comprobada quedarán libres de todo apremio.

Tampoco se ejercerá apremio personal contra los que hayan cumplido sesenta años de edad; y si los cumplieren, hallándose ya presos en virtud del apremio por costas, se ~~les~~ pondrá en libertad.

Art. 56.—Cuando los bienes del condenado no fueren suficientes para pagar los daños y perjuicios, la multa y las restituciones, serán preferidas las dos primeras condenaciones; y en concurrencia de multa y costas, debidas al Fisco, los pagos que hicieren los condenados, se imputarán primeramente a las costas.

---

Diferencia entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil.—  
Comparación con el Título XXXV del Libro IV del Código Civil.—Indemnizaciones a que da lugar el delito.

---

A más de la acción penal a que dan lugar los hechos punibles, producen también otro efecto jurídico: la ~~acción~~ <sup>acción</sup> civil, y de este efecto jurídico tratan los artículos 49, 55 y 56.

La responsabilidad civil, consecuencia de la infracción penal, debería ser objeto de un capítulo especial, y no confundida, como se halla en nuestro Código Penal, con las penas, existiendo grandes diferencias entre la responsabilidad penal y la civil.

Difieren, dice Valdez Rubio, ambas responsabilidades por su esencia, su carácter y sus medios.

Difieren por su esencia porque la responsabilidad penal tiene por objeto reafirmar y reintegrar el derecho negado y quebrantado por el delito, violación y alteración del orden social. La responsabilidad civil sólo mira al perjudicado, de donde se deduce que si éste condona o renuncia, desaparece esta responsabilidad, lo que no pasa con la penal que jamás puede extinguirse por el perdón de la víctima, ya que no se trata de un derecho personal sino universal.

Se diferencian por su carácter, en que la responsabilidad criminal es pública y la civil privada. Aun naciendo del mismo hecho se consideran sus consecuencias bajo dos aspectos distintos.

La diversidad de los medios de hacer efectivas ambas responsabilidades, se deduce de la diversidad consignada anteriormente. La penal se la hace efectiva de oficio; la civil depende de la voluntad del perjudicado, quien puede renunciar o no a hacerla efectiva. Así, pues, ésta corresponde al ofendido, mientras que la primera corresponde al Estado.

Por último, mientras la pena es personal e intrasmisible, en buenos principios, y la de un codelincuente no excluye la de otro, sino que cada cual cumple lo que le corresponde según el grado de culpabilidad, la reparación del daño se trasmite a los codelincuentes—de ahí la solidarida l—y a los herederos.

Establecidas las diferencias entre ambas responsabilidades, tomadas del autor antes citado, estudiemos la responsabilidad civil.

Al hablar el Código Civil de las fuentes de las obligaciones, dice que nacen, entre otras, "a consecuencia de un hecho que ha inferido daño a otra persona como en los delitos y cuasidelitos." El art. 2.296 expresa: "El que ha cometido un delito o un cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito", definiéndose en art. 2.266 lo que se entiende por delito o cuasidelito.

En estas disposiciones y en los artículos del Código Penal que analizamos, está consignado el efecto civil del delito; pero hagamos un estudio comparado de lo dispuesto en el Código Penal y en el Título XXXV del Código Civil.

En primer lugar diremos que la denominación de delito en el Código Civil, no tiene la misma significación que en Código Penal. En el Código Civil se llama delito todo hecho que causa perjuicio a un tercero, si hubo en el que causó el hecho intención de dañar; por lo que el delito del Código Civil difiere del delito del

Código Penal, no solamente porque en éste se da el nombre de delito a las infracciones castigadas con pena correccional, sino porque si en lo civil no puede haber delito sin daño material, en lo penal bien puede existir delito sin esa circunstancia: el perjuicio viene a ser un elemento secundario no esencial en la delincuencia. Así, la tentativa, p. ej., puede no causar daño material, y sin embargo está castigada por la ley penal, y no daría derecho a considerarla delito civil.

En cuanto al cuasidelito es, según el Código Civil, el hecho que ha causado daño a otro, por falta de precaución o previsión: por culpa: de ahí que se encuentren hechos que son delitos en derecho penal y cuasidelitos en derecho civil.

Pero toda infracción penal, delitos o cuasidelitos en lo civil, que produzca daño material, lleva envuelta la obligación de indemnizar el perjuicio causado, y si en las sentencias condenatorias no ofrece esto dificultad alguna, lo que sí hay que estudiar es los diferentes casos en que no hay responsabilidad penal, y bien puede haber responsabilidad civil.

Para esto recorramos las diversas circunstancias que eximen de responsabilidad criminal.

*Orden de la ley.*—Si la ley ordena o permite un acto, no hay responsabilidad penal aunque el acto produzca daño material; pero, aunque la ley ordene un hecho, creo que no por eso desaparece la responsabilidad civil para el Estado que dictó la orden y la ejecutó por medio de sus representantes. Así la ley permite y aún manda en determinados casos la destrucción de la propiedad ajena por utilidad pública; pero no por eso se ha de dejar de atender al interés privado, y si la persona que llevó a cabo la orden de la ley, y causó el hecho dañoso, no es personalmente responsable, sí debe serlo la persona moral: el Estado.

*Mandato de la autoridad.*—Si el mandato de la autoridad exime de responsabilidad penal a aquel que obedece el mandato, es claro que no puede ser tampoco responsable civilmente; pues para ésta es necesario que se cometa un delito o un cuasidelito, y en el que obedece

no encontramos ni intención ni culpa. Será responsable el que ordenó el hecho ilícito.

*La demencia.*—En el art. 2.301 del Código Civil tenemos la regla de que no son capaces de delito ni cuasidelito los dementes; pero se establece la responsabilidad civil para las personas a cuyo cuidado estén, si pudiere imputárseles negligencia.

Esta responsabilidad tiene por fundamento una culpa, que consiste en no ejercer la vigilancia suficiente para impedir un acto perjudicial e ilícito.

Mas, si un individuo está en interdicción por causa de demencia y en un intervalo lúcido, comete un delito, ¿será responsable el demente por los daños causados, o lo será el curador? Creo que en este caso debe ser responsable el mismo demente, ya que si lo es criminalmente debe serlo también civilmente; y si bien no puede obligarse por un acto o declaración de la voluntad, bien puede serlo por un hecho realizado en un momento de razón.

*La fuerza.*—Si la fuerza es capaz de quitar en el agente la facultad de discernir, desaparece la responsabilidad, y no cometería ni delito ni cuasidelito, ya que el individuo sujeto a una fuerza irresistible no tendría intención ni se le pudiera culpar de negligencia.

*Edad.*—El período de irresponsabilidad absoluta según el Código Penal es hasta los diez años de edad, pero el Código Civil establece en el art. 2.301 que los menores de siete años, no son capaces de delito o cuasidelito, habiendo, por lo mismo contradicción entre lo dispuesto en la legislación civil y en la legislación penal. De suerte que si se trata del acto de un individuo de nueve años de edad, por ejemplo, que haya causado perjuicio a un tercero, la ley penal lo declara absolutamente irresponsable, y la civil supone que bien ha podido obrar con discernimiento.

En cuanto a la edad de responsabilidad dudosa, el límite es el mismo tanto en lo civil como en lo penal: diez y seis años.

El mayor de diez años y menor de diez y seis bien puede ser responsable criminalmente, y serlo, por lo

mismo, civilmente, si hubiere obrado con discernimiento; la diferencia está entre los siete y los diez años.

Para el menor de diez años, de acuerdo con la ley penal, no hay que saber si ha obrado o no con discernimiento, se declara que no tiene inteligencia suficiente para reflexionar sobre la consecuencia de sus actos. De conformidad con la ley civil es necesario determinar si ha obrado o no con discernimiento; y, por lo tanto, si el juez en lo penal no puede castigarlo, el juez en lo civil bien podría condenarlo al pago de los daños y perjuicios, declarándole responsable civilmente.

*Sordomudez.*—Nada dice el Código Civil acerca del sordomudo, pero debemos hacer aplicación de los principios generales. Si el sordomudo es capaz de conocer, de reflexionar, si puede imputársele intención o culpa, será responsable de delito o cuasidelito.

*Legítima defensa.*—Ninguna relación hace el Código Civil acerca de la legítima defensa, y es una cuestión muy controvertida la siguiente: ¿la absolución por la legítima defensa hace desaparecer la responsabilidad civil?

Tengo para mí que debe resolverse en sentido afirmativo, y que el que causa daño en virtud de su defensa propia, no está obligado a indemnizar los perjuicios, pues no comete ni delito ni cuasidelito.

En efecto, delito según el Código Civil es el hecho ilícito cometido con intención de dañar; pero aquel que obra en defensa propia no comete un acto ilícito, es el ejercicio de un derecho; y este ejercicio no puede obligar a quien lo cumple, a la reparación del perjuicio que con él causa. Es un antiguo aforismo que a nadie daña el que usa de su derecho.

*Embriaguez.*—El art. 2300 del Código Civil dice que el ebrio es responsable del daño causado con su delito o cuasidelito; de modo que, aún dado caso—lo que no puede suceder—de que se declarara la irresponsabilidad penal del que cometiera un hecho punible en estado de embriaguez, sería sin embargo responsable civilmente.

Veamos las indemnizaciones a que da lugar una infracción penal.

El art. 40 sienta la regla de que toda sentencia condenatoria lleva envuelta la obligación de pagar las costas, daños y perjuicios, y el art. 55 que la condenación penal "es independiente de la indemnización de los daños y perjuicios."

En el Código Penal anterior se decía: "será independiente de las restituciones, daños y perjuicios", habiéndose suprimido como se ve "las restituciones", supresión que debe ser un error de impresión, ya que en el art. 56 se hace mención de las restituciones, lo que no podía el legislador dejar de tomar en cuenta.

En efecto, la restitución no es lo mismo que la indemnización de daños y perjuicios. Consiste aquélla en el restablecimiento de las cosas al estado que tenían antes de la ejecución del hecho criminal; por ejemplo en la devolución al propietario de la cosa robada. Ordinariamente las restituciones tienen por única causa el derecho de propiedad o de posesión reconocido a la parte lesionada.

En realidad las restituciones y el pago de los daños y perjuicios tienen un mismo objeto, porque se ordenan para reparar el mal causado con la infracción, pero difieren en su carácter, porque la restitución es la reparación directa y regular, mientras que el pago de daños y perjuicios es la reparación indirecta o excepcional.

La indemnización consiste en el pago a la persona agraviada de las pérdidas que ha hecho y de las ganancias que ha dejado de hacer. Los daños y perjuicios se agregan a las restituciones y se deben aunque no haya lugar a estas últimas.

Las costas consisten en los gastos de justicia causados por la instrucción del juicio, y se deben tanto al Estado como a los particulares.

La obligación de pagar las indemnizaciones es solidaria, de acuerdo con los Códigos Civil y Penal, y deben cobrarse por apremio real; pero como casi siempre los delincuentes no tienen bienes de fortuna, siendo casi todos insolventes, se hace nugatoria la condena civil; y, por esto, en algunas legislaciones se buscan los medios para hacer efectiva esta responsabilidad, y es por lo ge-

neral la aplicación que, en primer término, se da al producto del trabajo de los penados.

Puede suceder que los bienes del condenado no alcancen a pagar las indemnizaciones y las multas, y el art. 56 fija el orden de preferencia que ha de seguirse, y dice que serán preferidos los daños y perjuicios y las multas a las restituciones. Pero no hay equidad ni justicia en que sean preferidas las multas a las restituciones; pues el Estado debe procurar, ante todo, que se indemnicen los particulares del daño sufrido, antes de hacer efectivas las multas que son en su provecho; y, en cierto modo, se puede encontrar una responsabilidad en el Estado por no haber podido impedir la realización del hecho criminal. El Código Penal anterior decía que las restituciones, daños y perjuicios serán preferidos a las multas, y creo que esta debe ser la interpretación conforme con los principios.

## CAPITULO V

### De la modificación de las penas y de su aplicación

Art. 58.—Cuando haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, las penas criminales serán reducidas o modificadas de esta manera:

La reclusión mayor extraordinaria se sustituirá con reclusión mayor ordinaria, de ocho a doce años.

La pena de reclusión mayor ordinaria, de ocho a doce años, se reemplazará con reclusión menor, de seis a nueve años.

La reclusión mayor ordinaria, de cuatro a ocho años, se sustituirá con reclusión menor ordinaria, de tres a seis años.

La reclusión menor extraordinaria, se reemplazará con reclusión menor ordinaria, de seis a nueve años.

La reclusión menor ordinaria, de seis a nueve años, se sustituirá con prisión correccional, de tres años.

La reclusión menor, de tres a seis años, quedará reemplazada con prisión correccional, de uno a dos años.

Art. 59.— Si hay dos o más circunstancias atenuan-

tes y ninguna agravante, las penas correccionales de prisión y multa, serán reducidas, respectivamente, hasta ocho días y cuarenta suces y podrán los jueces aplicar separadamente una sola de estas penas, o reemplazar la de prisión con multa, hasta de ochenta suces, si sólo aquélla está prescrita por la Ley.

---

Condiciones que se requieren para la modificación de las penas en virtud de circunstancias atenuantes.—Escala de sustitución.

---

Al hablar de las circunstancias atenuantes dijimos que son aquellas que disminuyen, sin hacer desaparecer, la responsabilidad del convencido de un hecho criminal; y que su efecto es, por consiguiente, la disminución de la pena.

En los arts. 58 y 59 están determinadas las condiciones que se necesitan para que la existencia de tales circunstancias, produzca dicho efecto, y las penas aplicables en caso de comprobarse en el proceso las atenuantes.

Notemos, en primer lugar, que el Código dice: "serán reducidas o modificadas" al hablar de las penas criminales, porque, como lo veremos al estudiar la escala de las penas, unas veces se reduce la pena y en otras se cambia una pena por otra.

Dos condiciones exige el art. 58 para que, en caso de existir circunstancias atenuantes, pueda modificarse o reducirse una pena criminal.

1.<sup>a</sup> Que hayan dos o más circunstancias atenuantes; y

2.<sup>a</sup> Que no se encuentre circunstancia agravante en el proceso.

En el caso, pues, que exista una circunstancia atenuante, o de que hayan dos circunstancias de esta clase y alguna agravante, no puede hacerse la modificación o reducción.

Pero si se cumplen las condiciones exigidas por el artículo que estudiamos, la reducción o modificación es obligatoria para el juez, ya que los términos que usa la ley son imperativos: "serán reducidas o modificadas."

Respecto a las penas correccionales también se exigen las mismas condiciones en el art. 59, debiendo ser reducidas las penas de prisión y multa hasta ocho días y ochenta sures, respectivamente; sustituyéndose, si lo tuviere a bien el juez, la pena de prisión con la de multa.

La preposición *hasta* que usa la ley en el art. 59, quiere decir que el tiempo de la prisión no puede ser menor de ocho días, pudiendo ser mayor de este tiempo.

Al hablar de las circunstancias agravantes dijimos que su efecto era: o agravar la pena, o cambiar el título del delito, o, en fin, impedir la reducción de la pena caso de existir circunstancias atenuantes.

Ahora bien, las circunstancias agravantes cuyo efecto es cambiar el título de la infracción ¿impedirá la reducción de las penas, en el caso de los arts. 58 y 59?

Las circunstancias que hacen cambiar la calidad de la infracción, son circunstancias constitutivas de ella; de modo que el hecho punible cometido con esa circunstancia, es distinto de si se hubiere verificado sin la circunstancia agravante. La alevosía, por ejemplo, es circunstancia agravante, y un homicidio voluntario llevado a efecto con esta circunstancia, deja de ser homicidio simple y se convierte en asesinato; y para saber cuando una circunstancia es simplemente agravante o constitutiva de una infracción, nos remitimos a lo que tenemos expuesto al estudiar el art. 35.

No siendo, pues, los hechos constitutivos de una infracción circunstancias agravantes propiamente dichas, no impiden la reducción de las penas por las atenuantes. Pero esto en el caso de que haya una sola circunstancia agravante, constitutiva de infracción; pues de haber más de una, no podría verificarse la reducción o modificación: la una sería constitutiva y la otra u otras agravantes propiamente dichas.

Así en el ejemplo de asesinato antes propuesto: la alevosía sería constitutiva de la infracción, y otra circunstancia, la de la noche, p. ej., sería agravante y no podría hacerse la modificación de la pena en virtud de las atenuantes que se comprobaren.

Veamos, ahora, la escala de reducción o modificación de las penas.

Las penas criminales son: reclusión mayor y reclusión menor, y tanto una como otra ordinaria y extraordinaria. La reclusión mayor extraordinaria de diez y seis años; la ordinaria: de ocho a doce y cuatro a ocho años; la menor extraordinaria de doce años, y la ordinaria: de seis a nueve y de tres a seis.

Cada una de estas penas se la reduce o sustituye de la siguiente manera:

La reclusión mayor extraordinaria con la misma reclusión de ocho a doce;

La mayor ordinaria de ocho a doce con menor de seis a nueve;

La mayor de cuatro a ocho con menor de tres a seis;

La menor extraordinaria con menor de seis a nueve;

La menor ordinaria de seis a nueve con prisión correccional de tres años, y

La menor de tres a seis con prisión de uno a dos.

Esta escala de modificación de las penas, tiene el defecto, en primer lugar, de que en algunos casos no hay una verdadera sustitución; defecto proveniente del sistema general de penas establecido en la legislación. Así la pena de reclusión mayor ordinaria de ocho a doce años, se la sustituye con pena de reclusión menor de seis a nueve; de modo que el minimum de la primera es menor que el maximum de la segunda. Si un individuo ha cometido un crimen castigado con reclusión mayor de ocho a doce años, puede ser castigado con ocho años de reclusión mayor, y si existen circunstancias atenuantes, dada la facultad que tiene el juez de imponer el maximum, podría ser penado con nueve años de reclusión menor. Por lo que el tiempo de pérdida de la libertad puede ser mayor con circunstancias atenuantes que sin ellas.

Igual cosa podemos decir en el caso de reclusión ordinaria de cuatro a ocho años que se la sustituye con reclusión menor de tres a seis.

Otro defecto que anotaremos es el haber sustituido la reclusión menor ordinaria de seis a nueve años con prisión



correccional de tres años, sin establecer un máximo y mínimo; sin dejar al juez la facultad de imponer la pena tomando en consideración las diversas circunstancias en que se cometió el crimen, y las condiciones psíquicas del delincuente.

Volviendo al cambio de la reclusión mayor con reclusión menor, pudiendo el tiempo de ésta ser mayor que el de aquélla, podríase decir que el régimen de la última es menos riguroso que el de aquélla; y que, por lo mismo, hay verdadera sustitución. Mas, a esto podemos responder que en nada se ha modificado, ya que viene a compensarse el tiempo mayor con el régimen menos riguroso.

En los arts. 15, 16, 17 y 18 se establece la pena aplicable a los autores de infracción frustrada, a los cómplices, a los autores de tentativa y a los encubridores.

Ahora bien, en estos delincuentes pueden encontrarse circunstancias atenuantes, ¿cómo se impondrá la pena?

Los referidos artículos 15, 16, 17 y 18 se refieren a la pena aplicable a los autores de infracción consumada; luego para saber la pena aplicable a estos delincuentes que sean responsables de la infracción con circunstancias atenuantes, debemos ver la de los autores de infracción consumada con circunstancias atenuantes, y tomar de esa pena las dos terceras partes, la mitad, la tercera o la cuarta parte.

Si la pena para el autor está señalada en diez y seis años, por ejemplo, y para el mismo autor de infracción consumada, con circunstancias atenuantes, la fija en ocho a doce años de reclusión mayor, el autor de infracción frustrada tendrá una pena igual a las dos terceras partes de ocho a doce, caso de que se comprueben circunstancias atenuantes; el cómplice la mitad de ocho a doce, etc.

Teniendo en cuenta los arts. 15, 16, 17 y 18 y los arts. 58 y 59 podríamos formar un cuadro de las penas, de la siguiente manera:

|  |   |  |  |  |   |   |   |   |   |  |  |   |   |   |   |  |  |
|--|---|--|--|--|---|---|---|---|---|--|--|---|---|---|---|--|--|
| Autor de infracción consumada sin circunstancias atenuantes. | Autor de infracción consumada con circunstancias atenuantes.  | Autor de infracción frustrada sin circunstancias atenuantes. | Autor de infracción frustrada con circunstancias atenuantes. | Autor de tentativa sin circunstancias atenuantes.  | Autor de tentativa con circunstancias atenuantes. | Cómplice de infracción consumada sin circunstancias atenuantes. | Cómplice de infracción consumada con circunstancias atenuantes. | Cómplice de infracción frustrada sin circunstancias atenuantes. | Cómplice de infracción frustrada con circunstancias atenuantes. | Cómplice de tentativa sin circunstancias atenuantes. | Cómplice de tentativa con circunstancias atenuantes. | Encubridor de infracción consumada sin circunstancias atenuantes. | Encubridor de infracción consumada con circunstancias atenuantes. | Encubridor de infracción frustrada sin circunstancias atenuantes. | Encubridor de infracción frustrada con circunstancias atenuantes. | Encubridor de tentativa sin circunstancias atenuantes. | Encubridor de tentativa con circunstancias atenuantes. |
| 16 años de reclusión mayor.                                  | 8 a 12 años de reclusión mayor.   | 10 años 8 meses de reclusión mayor.                          | 5 años 4 meses a 8 años de reclusión mayor.                  | 5 años 4 meses de reclusión mayor.                 | 2 años 8 meses a 4 años de reclusión mayor.       | 8 años de reclusión mayor.                                      | 4 a 6 años de reclusión mayor.                                  | 5 años 4 meses de reclusión mayor.                              | 2 años 8 meses a 4 años de reclusión mayor.                     | 2 años 8 meses de reclusión mayor.                   | 1 año 4 meses a 2 años de reclusión mayor.           | 4 años de reclusión mayor.  | 2 a 3 años de reclusión mayor.                                    | 2 años 8 meses de reclusión mayor.                                | 1 año 4 meses a 2 años de reclusión mayor.                        | 1 año 4 meses de reclusión mayor.                      | 8 meses a 1 año de reclusión mayor.                    |
| 8 a 12 años de reclusión mayor.                              | 6 a 9 años de reclusión menor.  | 5 años 4 meses a 8 años de reclusión mayor.                  | 4 a 6 años de reclusión menor.                               | 2 años 8 meses a 4 años de reclusión mayor.        | 2 a 3 años de reclusión menor.                    | 4 a 5 años de reclusión mayor.                                  | 3 a 4 años 6 meses de reclusión menor.                          | 2 años 8 meses a 4 años de reclusión mayor.                     | 2 a 3 años de reclusión menor.                                  | 1 año 4 meses a 2 años de reclusión mayor.           | 1 año a 1 año 6 meses de reclusión menor.            | 2 a 3 años de reclusión mayor.                                    | 1 año 6 meses a 2 años 3 meses de reclusión menor.                | 1 año 4 meses a 2 años de reclusión mayor.                        | 1 año a 1 año 6 meses de reclusión menor.                         | 8 meses a 1 año de reclusión mayor.                    | 6 meses a 9 meses de reclusión menor.                  |
| 4 a 8 años de reclusión mayor.                               | 3 a 6 años de reclusión menor.  | 2 años 8 meses a 5 años 4 meses de reclusión mayor.          | 2 a 4 años de reclusión menor.                               | 1 año 4 meses a 2 años 8 meses de reclusión mayor. | 1 a 2 años de reclusión menor.                    | 2 a 4 años de reclusión mayor.                                  | 1 año 6 meses a 3 años de reclusión menor.                      | 1 año 4 meses a 2 años 8 meses de reclusión mayor.              | 1 a 2 años de reclusión menor.                                  | 8 meses a 1 año 4 meses de reclusión mayor.          | 6 meses a 1 año de reclusión menor.                  | 1 a 2 años de reclusión mayor.                                    | 9 meses a 1 año 6 meses de reclusión menor.                       | 8 meses a 1 año 4 meses de reclusión mayor.                       | 6 meses a 1 año de reclusión menor.                               | 4 meses a 8 meses de reclusión mayor.                  | 3 meses a 6 meses de reclusión menor.                  |
| 12 años de reclusión menor extraordinaria.                   | 6 a 9 años de reclusión menor.  | 8 años de reclusión menor.                                   | 4 a 6 años de reclusión menor.                               | 4 años de reclusión menor.                         | 2 a 3 años de reclusión menor.                    | 6 años de reclusión menor.                                      | 3 a 4 años 6 meses de reclusión menor.                          | 4 años de reclusión menor.                                      | 2 a 3 años de reclusión menor.                                  | 2 años de reclusión menor.                           | 1 a 1 año 6 meses de reclusión menor.                | 3 años de reclusión menor.  | 1 año 6 meses a 2 años 3 meses de reclusión menor.                | 2 años de reclusión menor.  | 1 año a 1 año 6 meses de reclusión menor.                         | 1 año de reclusión menor.                              | 6 meses a 9 meses de reclusión menor.                  |
| 6 a 9 años de reclusión menor.                               | 3 años de prisión.  | 4 a 6 años de reclusión menor.                               | 2 años de prisión.   | 2 a 3 años de reclusión menor.                     | 1 año de prisión.                                 | 3 a 4 años 6 meses de reclusión menor.                          | 1 año 6 meses de prisión.                                       | 2 a 3 años de reclusión menor.                                  | 1 año de prisión.   | 1 a 1 año 6 meses de reclusión menor.                | 6 meses de prisión.                                  | 1 año 6 meses a 2 años 3 meses de reclusión menor.                | 9 meses de prisión.   | 1 año a 1 año 6 meses de reclusión menor.                         | 6 meses de prisión.   | 6 meses a 9 meses de reclusión menor.                  | 3 meses de prisión.                                    |
| 3 a 6 años de reclusión menor.                               | 1 a 2 años de prisión.  | 2 a 4 años de reclusión menor.                               | 3 meses a 1 año 4 meses de prisión.                          | 1 a 2 años de reclusión menor.                     | 4 meses a 8 meses de prisión.                     | 1 año 2 meses a 3 años de reclusión menor.                      | 6 meses a 1 año de prisión.                                     | 1 a 2 años de reclusión menor.                                  | 4 meses a 8 meses de prisión.                                   | 6 meses a 1 año de reclusión menor.                  | 2 meses a 4 meses de prisión.                        | 9 meses a 1 año 5 meses de reclusión menor.                       | 3 meses a 6 meses de prisión.                                     | 6 meses a 1 año de reclusión menor.                               | 2 meses a 4 meses de prisión.                                     | 3 meses a 6 meses de reclusión menor.                  | 1 mes a 2 meses de prisión.                            |
| 8 días a 5 años de prisión.                                  | La prisión cuando existen circunstancias atenuantes se reduce hasta ocho días; y la multa hasta cuarenta sucres, o una u otra de estas penas. |  |  |  |   |   |   |   |   |  |  |   |   |   |   |  |  |

Art. 60.—Cuando exista alguna de las circunstancias de excusa, determinadas en los artículos 28, 29 y 30, las penas se reducirán del modo siguiente:

Si se trata de un crimen que merezca reclusión mayor extraordinaria, la pena será sustituida por la de prisión correccional, de uno a cinco años, y una multa que no exceda de doscientos sucres.

Si se trata de una infracción castigada con reclusión mayor ordinaria, de ocho a doce años, se aplicará la pena de prisión correccional, de uno a cuatro años, y una multa de cincuenta a ciento cincuenta sucres.

Si la infracción está castigada con reclusión mayor ordinaria, de cuatro a ocho años, se sustituirá esta pena con la prisión correccional de uno a tres años, y una multa de cincuenta a cien sucres.

Si la pena señalada por la infracción es de reclusión menor extraordinaria, se reemplazará con prisión correccional de seis meses a dos años, y una multa de ochenta sucres.

Si la infracción está castigada con reclusión menor, de seis a nueve años, se aplicará la pena de prisión correccional de tres meses a un año, y multa de cincuenta sucres.

Si la pena que debe aplicarse, es la de reclusión menor, de tres a seis años, se reemplazará con prisión correccional, de uno a seis meses, y multa de cuarenta sucres.

Si se trata de un delito, la pena correccional de ocho días a cinco años, será sustituida con prisión de ocho días a tres meses, y multa de treinta y cinco sucres.

---

Modificación de las penas cuando existen circunstancias de excusa

---

La escala de las penas establecida en el artículo 60, para el caso de existir alguna de las causas de excusa, determinadas en los artículos 28, 29 y 30, consiste en sustituir la pena criminal en prisión correccional de uno a cinco, a cuatro o a tres años, cuando se trata de reclusión mayor, y si se refiere a reclusión menor, de seis

meses a dos años, de tres meses a un año y de uno a seis meses.

En cuanto a la reducción de la pena correccional, es de ocho días a tres meses.

Se impone, además, en todos los casos pena de multa, cuya cantidad es proporcional al tiempo de prisión: a prisión más larga una multa mayor.

Esta modificación de las penas se refiere exclusivamente a las excusas determinadas en los artículos citados en el que estudiamos, que, en cuanto a otras excusas, se debe imponer la pena establecida para cada infracción, con la modificación señalada en virtud de la excusa especial o general.

Así tenemos la excusa de la menor edad, de diez a diez y seis años, cuando el menor ha obrado con discernimiento, u otras especiales como la determinada en el artículo 437 inciso segundo.

---

Art. 61.—La reducción de una pena criminal, en virtud de circunstancias atenuantes, no impide que al condenado se le coloque bajo la vigilancia especial de la autoridad durante tres años a lo menos, y seis a lo más.

---

Comparación con el artículo 51.

---

En el art. 51 dice el Código Penal, que los condenados a pena criminal, pueden ser colocados bajo la vigilancia especial de la autoridad por cinco a diez años, y en el art. 61 que la reducción de una pena criminal, en virtud de circunstancias atenuantes, no impide que al condenado se le coloque bajo dicha vigilancia de tres a seis años. Mas, como la reducción de una pena criminal, puede ser la imposición de otra pena de la misma clase, tenemos que hay una aparente contradicción entre los dos artículos.

Pero el primero de los mencionados artículos es general, y el segundo especial para el caso en que existan circunstancias atenuantes. El condenado a pena criminal, sin circunstancias atenuantes, puede ser colocado bajo la vigilancia de la autoridad por cinco a diez años; y con dichas circunstancias de tres a seis años.

Además, si una pena criminal fuere reducida a correccional, el castigado con ésta, podría ser colocado bajo la vigilancia de la autoridad por el tiempo determinado en el art. 61.

---

Art. 62.—En caso de reincidencia, se aumentará la pena conforme a las reglas siguientes:

1.<sup>a</sup> El que habiendo sido condenado antes a pena criminal, cometiere un crimen que se castigue con reclusión mayor, de cuatro a ocho años, sufrirá la misma pena, pero, por ocho a doce años:

2.<sup>a</sup> Si el crimen nuevamente cometido, está castigado por la Ley con reclusión mayor, de ocho a doce años, el delincuente será condenado a reclusión mayor extraordinaria:

3.<sup>a</sup> Si un individuo, después de haber sido condenado a pena criminal, cometiere un nuevo crimen, castigado con reclusión menor, de tres a seis años, sufrirá la misma pena, pero, por seis a nueve años:

4.<sup>a</sup> Si el nuevo crimen cometido, es de los que la Ley castiga, con reclusión menor, de seis a nueve años, el transgresor será condenado a reclusión menor extraordinaria:

5.<sup>a</sup> Si el que fue condenado a reclusión menor extraordinaria, cometiere una infracción castigada con la misma pena, será condenado a reclusión mayor por doce años:

6.<sup>a</sup> Si uno que ha sido condenado a pena criminal, cometiere delito, será condenado al máximun de la pena establecida por la Ley para dicho delito; y sometido, además, a la vigilancia de la Autoridad, por un tiempo igual al de la condena:

7ª Si un individuo condenado por un delito, reincidiere en él, o cometiere otro, será castigado con el máximo de la pena señalada para el delito últimamente cometido:

8ª Si un individuo condenado por un delito, cometiere crimen, será castigado con la pena señalada al crimen cometido.

Art. 63.—Para que haya reincidencia se atenderá aun a la sentencia condenatoria pronunciada por los tribunales militares; pero en este caso, sólo se tomará en cuenta el mínimo de la pena que podía haberse impuesto en la primera condenación, y no la que se hubiere en realidad aplicado.

Art. 64.—Hay reincidencia, en tratándose de contravenciones, cuando se comete la misma infracción, u otra mayor, en los noventa días subsiguientes a la comisión de la primera falta; y en estos casos, se aplicará al contraventor el máximo de la pena señalada para la contravención últimamente cometida.

---

Penas aplicables en caso de reincidencia.—Cuándo hay agravación de la pena por la reincidencia.—Reincidencia en las contravenciones.

---

Al estudiar el art. 36, decíamos que la reincidencia es, en general, el estado de un individuo que, después de haber sufrido una condenación por un hecho punible, comete otra infracción.

Varias son las clases de reincidencia reconocidas por los tratadistas y legislaciones. Así tenemos reincidencia *verdadera*, cuando el delincuente vuelve a delinquir después de haber sufrido la pena; *falsa*, después de que el delincuente ha sido condenado, comete otra infracción sin haber cumplido la pena; *general*, cuando el reo comete una infracción distinta de aquella por la cual fue condenado; *especial*, si la infracción nuevamente cometida es de la misma naturaleza que la anterior.

El Código Penal ecuatoriano, para la imposición de la pena por la reincidencia, no hace distinción alguna acerca de la clase de reincidencia, y, por lo general, aumenta la pena sea cualquiera la clase de élla.

La condición indispensable para que exista la reincidencia, es que el delincuente haya sufrido una condenación por una sentencia irrevocable, que haya causado ejecutoria; de lo contrario, no habría reincidencia sino concurrencia.

El art. 62 impone al Juez la obligación, en todo caso, de aumentar la pena por la reincidencia, ya que los términos son imperativos.

En el Código Penal, anterior al vigente, se seguían las mismas reglas que el Código Penal belga para la reincidencia, y en algunos casos era facultativo para el Juez el aumento, y en otros imperativo.

El efecto de la reincidencia, es en casi todos los casos, aumentar la pena; pero no siempre surte ese efecto como vamos a verlo.

En la reincidencia pueden darse los siguientes casos: 1º Crimen seguido de crimen; 2º crimen seguido de delito; 3º delito seguido de delito, y 4º delito seguido de crimen.

1º Crimen seguido de crimen. El que habiendo sido condenado por un crimen comete otro, la pena de este último se agrava, como puede verse por los Nos. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º del artículo que estudiamos. Solamente en el caso de que el crimen posterior esté castigado con reclusión mayor extraordinaria no hay aumento; ya que diez y seis años es el límite de pérdida de libertad que puede imponerse a un individuo.

En el caso de que el segundo crimen esté castigado con reclusión menor extraordinaria, tampoco tenemos regla para aumentar la pena, salvo que el primer crimen haya sido castigado con reclusión menor extraordinaria; pues, se la cambia con reclusión mayor de doce años.

2º Crimen seguido de delito. Se castiga con la pena establecida para el delito, pero con el máximun. La agravación consiste en no dejar al Juez facultad

para aplicar la pena dentro de un máximun y un mínimun.

3º Delito seguido de delito. Tenemos la misma regla que para el caso anterior.

4º Delito seguido de crimen. En este caso se aplica solamente la pena del crimen; de modo que, la reincidencia no surte el efecto de aumentar la pena, cuando se comete un crimen después de haber sido condenado por un delito.

Como un caso especial de reincidencia es el establecido en el art. 63, ya que no considera la reincidencia en las infracciones comunes, sino también toma en cuenta la condenación por infracciones militares.

En el art. 63 se hace una sustancial modificación a lo que establecía el art. 68 del Código Penal vigente hasta 1906; pues en éste, era condición indispensable que el hecho castigado por las leyes militares fuera un crimen o delito de derecho común: no había reincidencia si el crimen o delito era puramente militar.

Pero en esta especie de reincidencia se toma en cuenta no la pena que efectivamente se hubiera impuesto por el delito militar, sino el mínimun de la pena que el Juez hubiera podido imponerla.

Para la reincidencia en las contravenciones, exige la ley penal dos condiciones: 1ª Que se cometa la misma contravención u otra de mayor gravedad; y 2ª Que la nueva contravención se la haya cometido en los noventa días subsiguientes a la primera falta. Tales condiciones son exigidas también por algunas legislaciones para toda clase de reincidencia; así, el Código italiano para que haya reincidencia tiene en cuenta el tiempo transcurrido entre el del cumplimiento de la condena y la ejecución de la nueva infracción.

Art. 65.—En caso de concurrencia de varias infracciones, se observarán las reglas siguientes:

1ª Si concurrieren varios delitos, o uno o más delitos con una o más contravenciones, todas las multas y penas

de prisión correccional y de policía, se acumularán; pero de manera que todas ellas no puedan exceder del doble de la pena más rigurosa:

2.<sup>a</sup> Cuando concorra un crimen con uno o más delitos, o con una o más contravenciones, sólo se impondrá la pena señalada al crimen:

3.<sup>a</sup> Si concurren varios crímenes, se impondrá la pena mayor:

4.<sup>a</sup> Las penas de comiso especial, en virtud de varias infracciones concurrentes, serán siempre acumuladas:

5.<sup>a</sup> Cuando haya concurrencia de dos o más contravenciones, se acumularán todas las penas merecidas por el contraventor; pero, no podrá exceder del máximo de la pena de Policía:

6.<sup>a</sup> Cuando un solo hecho constituya varias infracciones, únicamente se impondrá la pena más rigurosa.

---

Penas aplicables en caso de concurrencia: 1.<sup>o</sup> De delito con delitos o contravenciones; 2.<sup>o</sup> De crímenes con delitos o contravenciones; 3.<sup>o</sup> De crímenes con crímenes; y 4.<sup>o</sup> Contravenciones con contravenciones.—Casos en que un sólo hecho constituya varias infracciones.

---

Cúmulo en un mismo proceso de varias circunstancias que modifican las penas.

---

Dijimos al estudiar el art. 35 que hay concurrencia de varias infracciones, cuando un individuo comete varias sin haber sido condenado por ninguna de ellas.

Dos condiciones, repito, son necesarias para que exista concurrencia: 1.<sup>o</sup> Que se hayan cometido, por lo menos, dos infracciones; y 2.<sup>o</sup> Que no se haya sufrido condena por ninguna de ellas.

El problema penal en esta materia consiste en saber qué pena se ha de imponer al culpable.

Dos sistemas radicales han presentado los criminalistas clásicos: el de la acumulación y el de la absorción. El

primero se expresa en la siguiente fórmula: el cúmulo de los delitos lleva el cúmulo de las penas; el segundo se comprende en ésta: "la pena más fuerte absorbe a todas las demás".

El primero peca por exceso de pena: va más allá de lo que exige la justicia.

El segundo es insuficiente, pues cometido un crimen, hay impunidad para las demás, quedando sin castigo las infracciones menos graves. Este sistema no es posible sino en los casos en que la absorción es forzosa, como cuando se comete un crimen castigado con diez y seis años de reclusión, esta pena tiene que absorber a las demás, ya que no puede imponerse reclusión por mayor tiempo.

La solución racional sería no proceder por adición ni absorción, sino por medio de una combinación en que ni se acumulen todas las penas, ni una de ellas absorva a las otras.

Veamos el sistema de nuestra legislación, y consideremos la concurrencia de las diversas clases de infracciones, esto es: 1º De delitos con delitos o contravenciones; 2º De crímenes con delitos o contravenciones; 3º De crímenes con crímenes, y 4º De contravenciones con contravenciones.

1º Delitos con delitos o contravenciones. La regla 1ª del art. 65 trata de esta clase de concurrencia, prescribiéndose que todas las penas de comiso y multa se acumulen; pero, de tal manera, que todas las penas acumuladas no pueden exceder del doble de la más rigurosa.

Se establece, pues, por regla general, la acumulación en la concurrencia de delitos con delitos o contravenciones. Si un individuo ha cometido dos delitos, castigado el uno con prisión de uno a dos años, y el otro con prisión de dos a tres años, se le impondrá la pena de prisión de tres a cinco años.

Cuando una persona se haya hecho responsable de dos delitos, nunca las penas acumuladas pueden exceder del doble de la más rigurosa. El máximun de la pena de prisión es cinco años, si alguien ha cometido dos de-

litos castigados con esta pena, se acumularán las penas, y se le castigará con diez años, que no excede del doble de cinco.

El límite puesto en la regla que analizamos, es para el caso de más de dos delitos. Si se han ejecutado tres delitos, el uno penado con un año, el otro con dos y el tercero con tres, se acumularán las penas y se impondrá seis años; pero si el primero estuviere castigado con dos años, el segundo con tres y el último con cuatro, acumuladas las penas tendríamos nueve años de prisión, y como excede del doble de cuatro que es la más rigurosa, no podría imponerse más de ocho.

De modo que puede suceder que el que cometa tres delitos sea castigado con igual o menor pena que el que ha efectuado dos. Así, p. ej., el robo simple puede ser penado hasta con cinco años, y al que verifique tres robos de esta clase se le impondrá diez años, lo mismo que al que cometa dos, en lo que no hay equidad en lo absoluto.

2º Crimen con delitos o contravenciones. Esta clase de concurrencia es materia de la regla 2ª del artículo que estudiamos, estableciéndose el sistema de la absorción, ya que se impone únicamente la pena señalada para el crimen.

Tenemos, pues, que el Código en el caso de concurrencia de infracciones menos graves, sienta el principio de la acumulación, y en concurrencia de las de mayor gravedad, acepta el de la absorción.

Quien haya llevado a ejecución un crimen, tiene carta blanca para cometer cuantos delitos quiera, pues ya sabe que no se le impondrá ninguna pena por los delitos, y comparando las diversas penas resalta más la anomalía.

En efecto, si un individuo perpetra dos delitos, castigado cada uno con cinco años de prisión correccional, sufrirá diez años por los delitos; pero si comete un crimen que lleve la pena de tres a seis años de reclusión, y un delito sancionado con cinco años de prisión, se le impondrá solamente la pena del crimen, y, por lo mismo, a lo más seis años de reclusión. Volviendo al ejemplo

del robo: el que cometió dos robos simples, puede ser castigado con diez años, y si verifica un robo con fractura y un robo simple, será condenado únicamente por el robo con fractura, de tres a seis años de reclusión, siendo así que el primero denota menor perversidad que el segundo.

3º Crimen con crimen. También adopta el Código el sistema de la absorción: se impone solamente la pena de uno de los dos crímenes, la mayor, y podemos hacer las mismas observaciones que al caso anterior.

La ley dice que se impondrá "la pena mayor", pero cuál es la pena mayor? Si se trata de la reclusión mayor extraordinaria indudablemente es ésta, mas entre la reclusión mayor de ocho a doce y la menor extraordinaria ¿cuál lo será?

Si se ha cometido un homicidio, crimen castigado con reclusión mayor de ocho a doce años, y también una falsedad, penada con reclusión menor extraordinaria, cuál pena deberá imponer el Juez, la del homicidio o la de la falsedad? Creo que deberá estudiar en primer lugar, qué pena merece el reo por el homicidio, y si merece el máximo impondrá la pena del homicidio; en caso contrario la de la falsedad.

Tengo para mí que pena mayor debe ser aquella cuya duración es más larga, sin que se tome en cuenta el régimen, ya que éste es accidental, a no ser en el caso de igual duración, pues entonces la reclusión mayor debe tenerse como pena más grave que la reclusión menor, siguiendo la regla del Código Penal anterior: "Pena más rigurosa es aquella cuya duración es más larga, y si las penas son de igual duración la reclusión mayor debe ser considerada como más rigurosa que la reclusión menor". De conformidad con el ejemplo propuesto se debe hacer la aplicación de esta regla en cuantos casos se presenten.

Puede suceder también que concurren dos crímenes castigados ambos con la misma pena. En este caso ninguna es mayor que la otra, y el Juez tendrá que hacer el mismo estudio, ver qué pena merece por cada uno separadamente y aplicar la pena mayor.

4º Contravenciones con contravenciones. Vuelve el Código en este caso de concurrencia a acumular las penas de Policía, pero no pueden exceder de siete días de prisión.

Cuando se trata de acumulación, la ley lo hace en todos los casos de prisión y multa, con los límites establecidos en el art. 65, y sin límite la pena de comiso.

Hemos estudiado hasta aquí los diversos casos de concurrencia, que los tratadistas llaman real: cuando con varios hechos se cometen varias infracciones; réstanos examinar el caso de que un solo hecho constituya varias infracciones, materia de la regla 6ª del art. 65.

En este supuesto, que los criminalistas llaman concurrencia ideal, no hay más que un solo hecho, y no puede haber sido una pena.

Este hecho único puede violar varias leyes diferentes, o causar varias violaciones de la misma ley penal. Como ejemplo de lo primero podemos citar el caso de un empleado de la administración de correos que abre una carta y se sustrae valores que estaban dentro del sobre: dos violaciones de leyes diversas, violación de la correspondencia y robo. Varias violaciones de la misma ley, sería herir a varias personas con un disparo de arma de fuego.

Mas, puede suceder que un individuo cometa una infracción como medio para cometer otra, ¿habría concurrencia de infracciones o una sola infracción? Para la resolución de este caso débese atender a las disposiciones escritas del Código, y si éste las castiga separadamente tendremos concurrencia; pero si la ley considera a la una como circunstancia modificatoria, hecho constitutivo de la segunda infracción, no tendremos dos hechos punibles sino uno solo.

Así en el caso propuesto de la violación de la correspondencia y de robo encontramos dos infracciones, aunque la violación haya servido de medio para cometer el robo; pues la ley las castiga separadamente.

Pero en el caso de robo con fractura, la fractura es por sí sola una infracción y un medio para cometer el

robo; mas como la fractura está considerada como circunstancia constitutiva del crimen llamado robo calificado, no tendremos concurrencia sino una sola infracción.

---

Para terminar este Capítulo, estudiemos los casos que pueden presentarse de cúmulo en un mismo proceso y con relación al mismo culpable, de varias circunstancias que modifican la pena y de su aplicación.

En efecto, puede darse el caso de que un individuo cometa un hecho con circunstancias de excusa y atenuantes; que haya concurrencia de varias infracciones y el culpado sea reincidente, ¿cómo se aplicará la pena en los diversos casos?

Sigamos el orden del Código para la resolución de los diferentes supuestos.

Para el caso de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes en un mismo individuo, tenemos la regla del art. 58, y el juez tendrá que aplicar la pena señalada para la infracción, entre el máximun y el mínimun, si la pena no fuere fija.

Pero, si un individuo que es reincidente, comete un hecho con circunstancias atenuantes, ¿la reincidencia impedirá la modificación de la pena? Según lo dispuesto en el Código, es indudable que la reincidencia impide la modificación de la pena, aunque existan circunstancias atenuantes, porque el art. 36 considera como agravante la reincidencia, y para modificar la pena por las atenuantes, exige el art. 58 que "haya dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante".

Pero esto, con relación a los principios, no tiene razón de ser, ya que las circunstancias agravantes que impiden la modificación de las penas, deben relacionarse directamente con la infracción, y la reincidencia nada tiene que ver con el hecho punible; es independiente de éste y se refiere ante todo al efecto que ha causado la pena en el delincuente. Lo natural sería, en el caso de existir circunstancias atenuantes y reincidencia, imponer la pena modificada por las atenuantes y aplicar después

el art. 62. Si un individuo ha cometido un crimen castigado con cuatro a ocho años de reclusión mayor, en virtud de las atenuantes se le impondría tres a seis de reclusión menor, pero si fuere reincidente de crimen seguido de crimen sería castigado con seis a nueve; mas, de acuerdo con el Código hay que condenarle a reclusión mayor de ocho a doce.

El mismo razonamiento podemos hacer cuando haya circunstancias atenuantes y concurrencia; la concurrencia es una agravante que impide la modificación.

Veamos ahora el caso de circunstancias de excusa y atenuantes.

Si existieren circunstancias de excusa, nada impediría que se rebaje la pena por las atenuantes, ya que las primeras se refieren a la culpabilidad absoluta, a la criminalidad del hecho; y las segundas, a la culpabilidad individual. Mas, cómo aplicaríamos la pena?

Tendríamos, en primer lugar, que tener en cuenta el hecho tal cual está castigado sin ninguna circunstancia, después la pena que merece el acusado en virtud de la excusa, y rebajar esta pena por las circunstancias atenuantes. Así, el homicidio se lo castiga con ocho a doce años de reclusión mayor, el homicidio excusable con prisión de uno a cuatro años, y en virtud de atenuantes se le podría rebajar hasta ocho días de prisión.

Pero esta regla no podría aplicarse en el caso de la excusa de la menor edad; pues, en este caso, tendríamos que considerar la infracción con todas las circunstancias agravantes y atenuantes, y fijada así la pena, aplicar el art. 22, ya que éste dice: "se le aplicará una pena (al menor de diez y seis y mayor de diez) que no exceda de la mitad ni baje de la cuarta parte, de la que se le habría impuesto en caso de ser mayor de edad"; y, por lo mismo, la menor edad es lo último que debe ser tomado en cuenta. Así en el ejemplo antes propuesto, si el homicidio ha sido cometido por un menor de diez y seis años que ha obrado con discernimiento, y si tuviera a su favor causas atenuantes, aplicaríamos el art. 58, y si siendo mayor de edad merece seis años de reclusión

sión menor, por la menor edad le impondríamos de un año seis meses a tres años de la misma pena.

En el caso de excusa y reincidencia, haremos la reducción por la excusa y aplicaríamos las reglas de la reincidencia. De modo que en el ejemplo de homicidio excusable, la pena sería de cuatro años de prisión de acuerdo con los artículos 60 y 62, en sus reglas 2.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup>, respectivamente; ya que el homicidio excusable es un delito, y suponemos que el primer hecho cometido fue un crimen.

Por último, si hubiere cúmulo de concurrencia y reincidencia, veríamos la pena por la concurrencia y la aumentaríamos por la reincidencia. Un individuo ha cometido dos crímenes: el uno castigado con reclusión mayor de cuatro años a ocho años, y el otro de ocho a doce, y fue condenado antes a pena criminal. Por la concurrencia merecería de ocho a doce, pero como es reincidente de crimen seguido de crimen se le impondría reclusión mayor extraordinaria.

## CAPITULO VI

### De la extinción de las acciones y de las penas

Art. 66.—Toda pena es personal y se extingue con la muerte del reo.

---

Motivo o razón de ser de este artículo.

---

Al hablar del concepto de la acción penal, dijimos que el Estado tenía el deber de perseguir judicialmente al criminal, y que este deber del Estado, cuyo fin remoto es el castigo del culpable, tiene por fin próximo dos momentos: uno, el juicio, y el otro, la ejecución con lo que termina todo procedimiento judicial.

Este deber del Estado, ya de sujetar al delincuente a la acción penal, ya de hacerle sufrir una pena, puede

cesar para el Estado, y las causas en virtud de las cuales se verifica esta cesación, es materia del Capítulo VI del Código Penal, si bien tratándose de la extinción de las acciones se ocupa únicamente de la prescripción; encontrándose otras causas de extinción de la acción penal en el Código de procedimientos Criminales, como el desistimiento, abandono, etc.

El Legislador ha puesto entre las causas de extinción de las penas la muerte del reo, lo que a primera vista parece superfluo, ya que es lógico que desaparecido por la muerte el sujeto de la pena, se extinga también ésta. Pero este artículo tiene por objeto resolver la duda que se presentaba al tratarse de la pena de multa; pues, se decía, que esta pena afecta al patrimonio del condenado, y que se debía hacerla efectiva en sus bienes aunque haya fallecido.

Mas, si bien las penas pecuniarias recaen sobre los bienes, no por eso dejan de tener el carácter de afflictivas como toda pena; y, por lo mismo, debe ser personal para quien se la impone. Además, habría el riesgo de que la sufran personas inocentes, dado caso de que los herederos del reo, aceptaran, inadvertidamente, la herencia sin beneficio de inventario.

Con el artículo 66 han desaparecido las dudas, y tenemos como regla segura que "toda pena es personal y se extingue con la muerte del reo".

---

Art. 67.—Las incapacidades anexas a ciertas condenas, por Ley o sentencia judicial, no cesan por el indulto que se concediere, con arreglo a la Constitución y las Leyes, a no ser que lo diga expresamente el Decreto de gracia.

Art. 69.—La interdicción civil cesará cuando el condenado haya conseguido indulto de la pena, o cuando se haya conmutado ésta con otra que no lleve tal interdicción.

---

**Indulto.**—Incapacidades anexas a ciertas condenas.—Aparente contradicción entre los dos artículos.

---

La Constitución de la República, entre las atribuciones del Poder Legislativo, consigna la siguiente: "Conceder amnistías o indultos generales o particulares por infracciones; o conceder indultos generales por infracciones comunes".

El indulto es, pues, de acuerdo con la Constitución Política una facultad concedida al Poder Legislativo para perdonar de una manera general o particular las infracciones políticas, y general para las infracciones comunes.

La amnistía no es lo mismo que el indulto. La primera es la declaración de que tales o cuales hechos penados por la ley, no sólo se perderían sino que se olvidan, dejando de producir toda clase de efectos legales, que, a no haberse dado la amnistía hubiesen sido sus resultados naturales y jurídicos.

El indulto tiene lugar en cuanto a la pena únicamente, y se refiere al perdón de ésta.

La amnistía extingue el derecho de perseguir, de juzgar, de ejecutar la pena, en tanto que el indulto no extingue más que el derecho de ejecución de la pena ya empezada a cumplirla.

Decretado el indulto por el Poder Legislativo cesa la pena, pero no se extinguen, dice el artículo 67, las incapacidades anexas a ciertas condenas".

El art. 43 ordena que toda condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria o a reclusión menor extraordinaria, lleva consigo la interdicción del reo, y toda sentencia que condene a reclusión o a prisión, según el art. 49, que pase de seis meses, causa la pérdida de los derechos de ciudadanía.

La interdicción política y la interdicción civil son incapacidades anexas a ciertas condenas.

En el art. 67 se dice que estas incapacidades no cesan por el indulto, y el art. 69 que la interdicción civil cesará cuando el condenado haya conseguido indulto,

por lo que aparece una contradicción entre los dos artículos.

Pero ya hemos dicho al hablar de la interdicción civil, que ésta no es propiamente una pena, sino una consecuencia de la situación en que se halla el recluso, y si con el indulto cesa la pena, debe dejar de surtir sus efectos, ya que la interdicción civil, no dura sino mientras dura la condena, conforme lo dispone el citado art. 43.

De donde resulta que el citado art. 67 se refiere únicamente a la interdicción política, y el condenado a una pena que lleve consigo tal interdicción continuará en ella, aunque obtenga indulto, y para continuar en el goce de los derechos políticos, tendrá que obtener la rehabilitación que puede concederla el Senado, de acuerdo con la Constitución.

Art. 68.—Todo condenado a reclusión mayor o menor, que obtenga indulto o conmutación de la pena, quedará bajo la vigilancia especial de la Autoridad, hasta por el término de diez años, si el Decreto de gracia no dispusiere de otra cosa.

---

La vigilancia a la autoridad, en caso de indulto, es obligatorio.

---

Según el art. 51 la sujeción a la vigilancia de la autoridad es facultativa para el Juez quien puede imponerla o no; pero en el caso de que el condenado a reclusión mayor o menor obtenga indulto, quedará por el ministerio de la ley, sujeto a esa vigilancia por un término hasta de diez años, salvo que el Decreto de gracia se le exonere de esta obligación, y estará sujeto, por lo mismo, a los deberes que impone el art. 50, y caso de que no los cumpliera, incurrirá en la pena determinada en el art. 327 del Código penal, ya que se haría reo del delito previsto en dicho artículo.

---

Art. 70.—La autoridad designada por la Constitución, podrá perdonar, o conmutar, o rebajar las penas

aplicadas por sentencia judicial ejecutoriada; sujetándose a las disposiciones especiales de la Ley de gracia y a la Constitución.

El perdón, conmutación o rebaja de la pena, no se extenderán a exonerar al culpado del pago de daños y perjuicios y costas al Fisco, o a terceros interesados; pero en las causas criminales, seguidas de oficio, se podrán devengar las costas con un día de prisión por cada sucre, en caso de insolvencia.

---

Gracia.—La gracia no se extiende a la responsabilidad civil.

---

La gracia, lo dispone la Constitución, pertenece al Presidente de la República, quien de acuerdo con el Consejo de Estado, puede perdonar, conmutar o rebajar las penas aplicadas por sentencia ejecutoriada, cumpliendo los demás requisitos señalados en la Constitución y la Ley respectiva.

La gracia es personal, no se refiere sino a un individuo determinado, que por sentencia ejecutoriada ha sido condenado a sufrir una pena, cualquiera que sea ésta.

El derecho de gracia se lo ha justificado diciendo que es un medio de corregir los errores judiciales, que el juez no puede prever todas las circunstancias del hecho, y en fin, que es un poderoso estímulo para la enmienda del culpable.

La gracia no es sino la renuncia total o parcial del derecho que tiene el poder público de hacer que se lleve a ejecución la sentencia; pero no puede extenderse a eximir al culpado de las indemnizaciones civiles que nacen de una condena criminal. El poder social no puede borrar el carácter judicial del hecho, ni las obligaciones que de ese hecho, han nacido que constituyen derechos adquiridos por las partes, y que el poder público está en el deber de respetarlos.

Art. 71.—La acción para perseguir los crímenes prescribe en diez años, contados desde su perpetración, y la acción para perseguir los delitos en cinco años, asimismo, contados desde el día en que se cometieron. En los delitos que no pueden perseguirse de oficio, la acción para acusarlos, prescribe en cien días, entre presentes, y doscientos, entre ausentes.

Art. 74.—En caso de que se hubiese iniciado ya un juicio por crímenes o delitos, o contravenciones, el tiempo de la prescripción empezará a correr desde la última diligencia judicial; y cuando el delincuente no hubiese sido aprehendido, o no se hubiese presentado a la Justicia, después del auto motivado, se tendrá este auto como última diligencia.

---

Prescripción de la acción.—Diferentes plazos para la prescripción de las acciones por crímenes y por delitos; de los delitos que deben perseguirse de oficio y de los que no pueden perseguirse sino por acción particular.—Desde cuando se cuenta el plazo para la prescripción.

---

La prescripción es uno de los modos de extinguir los efectos penales de la infracción, en virtud del transcurso del tiempo.

En materia criminal no hay sino una clase de prescripción: la extintiva; no puede darse prescripción adquisitiva. Toda prescripción es liberatoria de la acción o de la pena.

En los artículos 71 y 74 se trata de la prescripción de la acción penal; esto es, de la extinción del derecho que tiene el Estado para perseguir judicialmente al criminal, y debemos considerar en esta prescripción los plazos para ella, y su punto de partida.

En cuanto a los plazos, tenemos que distinguir si se trata de prescripción de la acción para perseguir los crímenes o para perseguir los delitos, y si éstos son de aquellos que deben perseguirse de oficio, o si sólo pueden castigarse por acusación particular.

La acción para los crímenes prescribe en diez años; la acción para los delitos que deben perseguirse de oficio en cinco años, y la de aquellos que deben perseguirse por acusación particular en cien días entre presentes y doscientos entre ausentes.

La ley toma en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho, para fijar un plazo más o menos largo para la prescripción de la acción, sin duda en virtud del fundamento de la prescripción que no es otro que el olvido de la infracción; y se presume que si la infracción es más grave se necesita un tiempo mayor para olvidarla.

En cuanto al punto de partida para la prescripción, se distingue si se hubiere empezado el procedimiento judicial o no.

Si no se ha iniciado el procedimiento judicial, la prescripción se cuenta desde el día de la perpetración del hecho; y, en caso contrario, desde la última diligencia judicial, siendo ésta el auto motivado.

La diferencia del punto de partida, tengo para mí, no se funda en razón alguna; creo que la prescripción debe contarse desde el día de la comisión de la infracción, háyase o no iniciado procedimiento judicial.

Sí contamos el tiempo desde la última diligencia, desde el auto motivado, puede darse el caso de que la prescripción de la acción no empiece a correr sino años después de haberse verificado el hecho punible, y tenerse a un presunto criminal, años de años sub-judice, dados los procedimientos lentos y tardíos de los juicios criminales. Levantado un sumario puede durar toda la vida del sindicado, sin que se dicte auto motivado, sobre todo si el indiciado no hubiese sido aprehendido; el juez se olvida de continuar el juicio y el proceso se archiva, y no se dicta el auto motivado. Si pasado mucho tiempo, el sindicado es reducido a prisión, aunque hayan pasado 20 años no podrá alegar la prescripción, ya que se levantó el auto cabeza de proceso, y no ha llegado a la última diligencia judicial. Lo mismo sucedería si hay un fiscal interesado o acusador particular que pidiesen diligencias judiciales poniendo obstáculos para que se cierre el sumario y se dicte el respectivo auto.

Si en un mismo día se han cometido dos delitos, de los cuales el uno ha llegado a conocimiento de los jueces y el otro no, para el primero empezará a correr la prescripción talvez cuando para el otro se ha extinguido la acción. La prescripción se hace depender, pues, del conocimiento del juez o de la incuria de éste.

Así que me parece que debería contarse la prescripción desde el día de cometida de infracción, puesto que desde ese día, como dice Ortolán, empieza su obra el tiempo, y contándose desde el auto motivado se hace difícil sino imposible la defensa del sindicado.

En lo tocante al auto motivado, se lo ha puesto éste como última diligencia judicial, porque el Código Penal anterior no determinaba cuál debía ser la última diligencia, y se dió el caso de que dictado el auto motivado, un fiscal que tenía interés en la prosecución del juicio, solicitaba de tiempo en tiempo, se dirijan exhortos para la aprehensión del delincuente y alegaba que no había comenzado a correr sino desde el último exhorto, y así jamás hubiese tenido lugar la prescripción.

---

Art. 72.—Las penas criminales y correccionales prescriben en el tiempo de la condena y dos años más, contándose, en ambos casos, desde la fecha en que la sentencia que las impuso, quedó ejecutoriada; o desde el día de la evasión del condenado que estuvo ya cumpliendo la condena. En este último caso, se imputará el tiempo necesario para la prescripción, el que hubiere estado recluso o preso el prófugo.

La prescripción de la acción, o de la pena, se interrumpe por la aprehensión del reo; o por el hecho de cometer éste otra infracción que merezca igual o mayor pena, antes de vencerse el término de la prescripción.

La pena impuesta a un delito que no pueda perseguirse sino por acusación particular, prescribe en un tiempo doble de la condena.

La acción de Policía prescribe en treinta días, y la pena en noventa; contados ambos términos, conforme a lo prescrito en los artículos anteriores.

---

Prescripción de la pena.—Plazo para la prescripción.—Desde cuando se cuenta este plazo.—Evasión del condenado.—Interrupción de la prescripción.—Plazo para la prescripción de la acción y de las penas de Policía.

---

El individuo que después de haber sido juzgado por la realización de un hecho criminal, fue condenado a sufrir una pena, debe cumplirla; pero, puede quedar exento de esta obligación en virtud del transcurso del tiempo sin haberla cumplido. Esto es lo que se llama prescripción de la pena.

En esta prescripción debemos también distinguir el plazo y desde cuando se cuenta este plazo.

El Código ordena que las penas prescriben en el tiempo de la condena y dos años más, contado desde que la sentencia quedó ejecutoriada, si el individuo no fue aprehendido, y caso que lo hubiere sido y hubiere fugado, desde el día de la evasión; pero se toma en cuenta, en este último caso, el tiempo que hubiere estado preso el reo.

En materia criminal no se admite sino la interrupción de la prescripción, no reconoce, como en lo civil, la suspensión, y sabida es la diferencia que existe entre suspensión e interrupción.

La suspensión se verifica por algún hecho que sea un obstáculo para que corra la prescripción; de modo que, desaparecido el obstáculo, continúa corriendo la prescripción, y se cuenta el tiempo anterior a la suspensión.

La interrupción tiene lugar en virtud de alguna circunstancia que impide la prescripción; y hay que volver a principiar el tiempo de la prescripción.

Las causas que interrumpen la prescripción, tanto de la pena como de la acción, son: la reincidencia y la aprehensión del reo.

Pero para que la reincidencia interrumpa la prescripción es necesario que la infracción nuevamente cometida sea de igual o de mayor gravedad que aquella por la cual fue condenado.

Si un individuo fue condenado por un crimen y co.

mete un delito, no se interrumpiría la prescripción de la pena del crimen.

Tratándose de la acción no sería reincidencia sino concurrencia lo que vendría a interrumpir la prescripción, ya que el sindicado no ha sufrido condenación por el primer delito.

Cuando haya, pues, reincidencia, el tiempo para la prescripción se interrumpe, y hay que volver a contar el tiempo para la prescripción.

La pena impuesta a un delito que no puede perseguirse sino por acusación particular, prescribe en un tiempo doble de la condena, dice la ley, y no veo la razón de la diferencia en el tiempo con la prescripción de las infracciones que deben perseguirse de oficio.

La calumnia, p. ej., no puede acusarse de oficio, y se la castiga, en algunos casos, con tres años de prisión como máximun; de modo que, si un individuo ha sido condenado a tres años, prescribe en seis la pena. Pero otro delito, que deba perseguirse de oficio, castigado con tres años, prescribirá la pena en cinco.

En cuanto a la prescripción de la acción y de las penas de Policía, el tiempo de la prescripción de la acción es de treinta días contados desde la perpetración de la contravención, y de noventa días para la prescripción de la pena, contados desde la sentencia o evasión del contraventor.

---

Art. 73.—Todo condenado a pena criminal prescrita por el lapso de tiempo, quedará de hecho y por el término de diez años, sujeto a la vigilancia especial de la autoridad; y no podrá residir en el lugar en que cometió el crimen, si en él habitaren el agraviado o sus parientes próximos.

---

Imposición de hecho a la vigilancia de la autoridad.

---

En el art. 68 hemos visto un caso en que la vigilancia de la autoridad viene a ser consecuencia necesaria.

ria de la extinción de la condena. En el artículo que estudiamos tenemos otro caso de imposición de hecho a la vigilancia de la autoridad. Todo el que hubiere sido condenado a reclusión mayor o menor, y cuya pena ha ya prescrito, queda por el ministerio de la ley, sujeto a la vigilancia especial de la autoridad, e incurrirá, como en el caso de indulto, en la pena correspondiente si quebrantare lo dispuesto en el art. 50.

---

Art. 75.—Las penas de multa y de comiso especial, prescribirán en los plazos señalados para la prescripción de las penas principales; y las condenas civiles, impuestas por sentencia en materia criminal, correccional o de Policía, prescribirán según las reglas del Código Civil.

---

Las penas accesorias prescriben en los plazos señalados para las principales.

---

En este artículo dispone el Código que las penas de comiso y multa, si han sido impuestas como accesorias, prescriben en los mismos plazos señalados para la prescripción de las principales. Esto es natural, ya que lo accesorio debe seguir a lo principal, y no existiendo penas principales no deben existir accesorias.

Lo que si no ha previsto la ley, es el plazo para la prescripción de estas penas cuando han sido impuestas como principales; y no habiendo el legislador dictado una disposición para este caso particular, no hay tiempo para la prescripción de estas penas, y tenemos penas imprescriptibles.

En cuanto a las condenas civiles, prescriben según las reglas del Código Civil.

---

Art. 76.—La prescripción podrá declararse de oficio o a petición de parte.

---

La declaración de la prescripción debe ser obligatoria para el juez.

---

Al establecer el legislador la prescripción como uno de los medios para extinguir las acciones y las penas, reconoce por lo mismo, la justicia de este medio de extinción, y al considerarlo justo, debe, por lo tanto, ordenar que sea un deber del juez el declararlo, siempre que vea que en una causa ha transcurrido el tiempo necesario.

Así, pues, debiera cambiarse la palabra "puede" por otra que obligue al juez a la declaración.

FIN DEL LIBRO I



## ERRATAS PRINCIPALES

---

En la pág. 16, línea 6<sup>a</sup> donde dice: "presunción de derecho", dígase: "*presunción de hecho*"; y en la misma página, línea 13, que se lee: "pues toda presunción de derecho admite", léase: "*pues toda presunción de hecho admite.*"

En la pág. 24, línea 11<sup>a</sup>, que dice: "No se puede tentar sino lo que no se quiere", léase: "*No se puede tentar sino lo que se quiere.*"

En la pág. 31, línea 31<sup>a</sup> se lee: "la de tentativa", debe leerse: "*la de la tentativa.*"

En la pág. 73, línea 17<sup>a</sup> dice: "se emplea en las penitenciarías", y debe decir: "*se cumple en las penitenciarías.*"