ATARDECER

Ya las sombras de la noche se destacan al oriente
y los vientos congelados cuentan tristes sus amores;
hay rumores apacibles que se escuchan en la fuente,
hay fragancias delicadas en el cáliz de las flores.

De los montes a los campos ya descienden los ganados,
resplandores muy confusos en el cielo se vislumbran,
un ambiente de sosiego se respira allá en los prados,
hay luciérnagas fantásticas que revuelan y que alumbran.

A lo lejos en estanques se oye el canto de las ranas
como notas quejumbrosas, como quejas de dolores;
asemejan el susurro cuando el viento entre las ramas
sollozando acongojado va llorando sus amores.

La quietud ya se acentúa, hay cansancio y desconsuelo,
el silencio por doquiera va tornándose imponente,
y la luna esplendorosa va ascendiendo por el cielo
entre nubes de topacio que la adornan esplendente.

Todo duerme en el silencio, ya la vida de las cosas
se aletarga, se adormece, en el fondo de las almas
los ensueños venturosos cual colores de las rosas
se perfilen entre sombras como pálidos fantasmas.

ENRIQUE GAMBA BORDA

DEL DELITO

Por ALFONSO VILLEGAS RESTREPO

I

DEFINICION

Frecuentemente se ha sostenido que no debe el legislador entrar a definir el *delito,* cuidándose, eso sí, de expresar claramente la definición de *los delitos,* a fin de facilitar la acción de justicia y no comprometer la libertad de los ciudadanos. Es fácil encontrar la razón de este concepto, ya por las dificultades que ofrece el reducir a una fórmula precisa y breve todos los caracteres de todas las variadísimas especies de hechos delictuosos, ya porque la experiencia acumulada pone de manifiesto las graves consecuencias y funestos resultados de una expresión imperfecta, que no contenga todo lo definido y nada más que lo que quiera y deba definirse. Más, si esto es verdad, no lo es menos que de una u otra manera, del conjunto de preceptos consignados en los Códigos debe desprenderse el criterio necesario para determinar las notas esenciales, particulares y accidentales de los diversos delitos, a fin de hacer eficaz y correcta la aplicación de la justicia humana.

Se puede definir el delito filosófica o prácticamente. Esta última no es tan difícil ni tiene tanta trascendencia como la científica, y hay una verdadera armonía en casi todas las legislaciones a este respecto. La de nuestro Código está concebida en los términos siguientes: "Voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena", de lo cual se deduce que no es delictuoso ningún acto a que haya dejado de señalarse sanción expresa, como, por el contrario, todo hecho previsto en las leyes y sancionado por ellas, es en todo caso un delito.

Universidad del Rosario | Archivo Histórico

Esta definición si bien está muy lejos de satisfacer el rigor científico, sí sirve al interés práctico satisfactoriamente, y como tal la aceptamos sin detenernos ahora en su análisis.

Es punto delicadísimo y de suma importancia en esta materia de la ciencia penal, fijar en términos claros y concisos los verdaderos elementos esenciales del delito, de modo que la fórmula adoptada, ni sea tan comprensiva que, saliéndose del terreno jurídico, entre en los dominios de la conciencia y la moral, ni tan deficiente que escapen a ella alguno o algunos actos punibles; porque si bien el derecho penal debe intervenir dondequiera que el Derecho haya sido violado o esté en peligro de serlo, en ningún caso debe inmiscuirse en donde no sea necesario para defender el Derecho. Y es delicada y trascendente esa determinación porque de ahí arranca necesariamente todo el sistema, y encuentran en ella su origen primero hasta las conclusiones más remotas, toda vez que la lógica impone que en el campo científico no haya excepciones, o, de haberlas, queden reducidas a lo mínimo. Así, la expresión que una vez se adopte, marca desde luego y para siempre el rumbo definitivo y peculiar de cada Escuela.

Los adelantos reales de la Antropología criminal, debidos especialmente al esfuerzo científico tenaz de algunos ilustres sabios italianos —Lombroso, Ferri y Garofalo entre los primeros— han determinado la tendencia de dirigir las investigaciones de la ciencia penal, más bien al delincuente que al delito mismo. Tal vez en no lejano porvenir se logre encerrar esa inclinación dentro de términos justos, y se dé a cada cosa la atención que realmente merece: ni tanta persistencia como la de los clásicos en escudriñar y determinar el acto criminoso en abstracto, con mengua del estudio que reclama el sujeto delincuente, ni tampoco lo contrario —como los modernos positivistas— porque estas nociones se complementan, tienen una relatividad que no puede romperse sin detrimento de la justicia y de la verdad.

* * *

La Escuela que pretende hacer predominante en el delito el elemento legal —no ya como necesario en la definición positiva sino esencial de la filosófica— aparte de que deja al criterio arbitrario de los legisladores la garantía del orden ético que rige necesariamente las sociedades humanas, desconociendo al Derecho una existencia anterior a la ley positiva, sostiene que ésta no sólo declara sino que crea la norma justa de las acciones de los hombres.

Esta teoría está bien lejos de la verdad histórica y de la sana razón, acordes una y otra en que el carácter criminoso de los actos humanos no puede tener por fundamento las declaraciones escritas de los Códigos. Lo que imprime su sello al delito no son las prescripciones legales, porque si —como veremos— el delito es la violación del Derecho y el Derecho y la Ley no son sinónimos, aunque ésta esté llamada a ser la expresión impersonal del Derecho, no puede decirse que el delito reconozca en ningún caso como causa eficiente la legislación positiva.

Los eclécticos consideran indispensable para la existencia del delito el elemento del daño material y lo apoyan en que el Derecho de represión que tiene el Estado no emana solamente de la justicia absoluta sino también de la utilidad social, y dicen que no hay acto punible cuando no se ocasionan con él tres especies de males: el mal *moral* que resulta de la falta a sus deberes en el delincuente; el mal *material* que es el evento dañoso sufrido por el sér jurídico sobre quien recae el delito, y el mal *social* determinado, según las épocas, por las diversas condiciones de los Estados y su grado de desarrollo. Además, exige esa teoría que haya en la acción u omisión delictuosa un elemento de injusticia.

Si aceptásemos ese sistema vendríamos a incidir en consecuencias tan inmorales como la de los llamados *delitos imposibles;* pero como este punto lo estudiaremos al tratar de la generación o vida del delito, bástenos, por ahora, decir que el Derecho no es una entidad compuesta de deberes morales e intereses materiales, siendo preciso para que haya delito que se violen esos deberes y se lesionen esos intereses, sin que —como dice un notable expositor— el Derecho es el "vínculo armónico de todos los intereses", y la perturbación de esa armonía, esencia del Derecho, constituye la esencia del delito. En cuanto éste infringe el Derecho en alguno de sus dictados, lleva consigo una ofensa a la ley de moralidad que gobierna la intención humana y es al propio tiempo una perturbación material llevada a la actividad o existencia de los seres jurídicos. El mal que engendra el delito no es propiamente el de sus resultados materiales, sino el que nace de la contradicción entre él y el orden jurídico, es decir, entre la actividad libre —entendiéndose por libertad humana la facultad de ejercer la propia actividad sin lesión para los intereses ajenos— y la ley del Derecho.

En cuanto al elemento de injusticia debemos observar que, siendo negativo, no parece conducente enumerarlo, porque de igual manera podrían incluírse en la definición otros igualmente privativos de licitud en los actos criminosos.

Universidad del Rosario | Archivo Histórico

La moderna Escuela italiana o antropológica cree ver en el delito no ya sólo un fenómeno psicológico sino principalmente social, determinado por diversas causas, personales o exteriores, que forman unas lo que se llama lo *inconscio* criminoso, como el germen hereditario y las aptitudes, y otras el conjunto de circunstancias que rodean al individuo y determinan su modo ordinario de proceder, como la educación, las tradiciones, las costumbres y en general el medio ambiente.

Distingue esa Escuela el delito natural del delito jurídico, cosa inaceptable porque todos son jurídicos en el verdadero sentido del vocablo. Define el primero diciendo que consiste en la lesión de los sentimientos fundamentales altruístas de la especie humana: y el delito jurídico en esa misma lesión en el grado medio de su difusión en el ambiente social.

De manera que en este sistema toda acción que no viole los sentimientos de humanidad y probidad escapa por eso sólo a la noción de delito, con lo cual se dice que quedan fuera de su alcance todos aquellos hechos, que sin ser propiamente lo que se denomina un crimen, son y tienen que ser considerados como delitos porque violan el Derecho, si no tan rudamente como en el primer caso, sí de manera que requieren una sanción penal, que, en el sistema de las legislaciones modernas es la de corrección; de lo dicho se deduce que esa fórmula es muy incompleta.

Es innegable que a esta Escuela positivista debe la Ciencia Penal esa saludable y fecunda reacción que se observa en todos los países civilizados desde hace algunos años; pero, asimismo, no puede ser que se pasen por alto los grandes errores y abusos a que ha dado margen, llegándose hasta el punto de anular la responsabilidad humana con la negación del libre albedrío en la doctrina determinista, poniendo en duda y formulando la pregunta de si hay o no delincuentes, y si hay o no hombres honrados. Pero acaso no huelga reconocer que en este camino demoledor y anticientífico, los acólitos han avanzado —como ocurre siempre y dondequiera— a donde nunca llegaron los Apóstoles, dando por tesis definitivas lo que apenas hubo de proponerse como meras hipótesis y generalizando inconsultamente las más tímidas y dudosas proposiciones.

Lombroso describe el tipo antropológico del delincuente con caracteres tan precisos y tanta firmeza y seguridad en sus aseveraciones que al ser eso así, puede reconocerse siempre mediante un examen fisiológico más o menos detenido. Es el criminal nato un hombre enfermo,

impulsado en el sentido de la infracción del Derecho por la fuerza irresistible de una especial constitución orgánica. El delito proviene, pues, en ese supuesto, de una morbosidad peculiar del delincuente y de todo punto inimputable a él. Sin entrar a discutir esa doctrina que, por lo demás, no carece de fundamento y tiene en su abono la creencia ininterrumpida de que se encuentran notas de correlación entre ciertas formas de perversidad y determinados signos físicos externos, anotamos tan sólo que, desde el momento en que por virtud de cualesquiera argumentos se llegue a negar la libertad natural del hombre, queda el Derecho Penal destruído por su base.

Finalmente, el sistema espiritualista sostiene que el carácter esencial del delito consiste en la trasgresión del Derecho, y da esta definición: "Delito es la violación del Derecho, consciente y voluntaria".

Desde luego el signo distintivo de esta Escuela, lo que la separa abiertamente de las otras, es la importancia capital que concede a la intención criminosa en el sujeto del delito: es ella la que viene a engendrarlo, la que lo informa y presenta en todos sus grados de desarrollo, como hemos de verlo más adelante. Faltando la intención maliciosa, es baldío pretender descubrir hechos verdaderamente incriminables, aunque por otra parte, aparezcan actos materiales violatorios de la ley y del derecho. Ante todo, el delito es acto humano, y es verdad inconcusa que donde no hay conocimiento y voluntad no puede haber acto humano, sino solamente actos de hombre, equiparables por muchos aspectos a los seres privados de razón. Por el contrario, desde que pueda comprobarse una intención maliciosa, un ánimo dispuesto a violar el Derecho, en el significado filosófico y jurídico de la palabra, no se requiere más para que el Estado entre a ejercer su derecho de represión.

Lo importante y difícil a este respecto consiste en precisar bien cuándo puede castigarse esa intención y cuándo no es lícito entrar en su juzgamiento, cuestión que parece resuelta satisfactoriamente diciendo que se castiga la intención criminal desde que se revele por actos externos suficientes para demostrar su existencia. Hasta entonces ese estado de la mente no reconoce otros fueros que los internos de la conciencia y el tratar de castigarlo sería una perniciosa inmixtión en la órbita de la moral, esfera esta última que es indispensable tener completamente separada de la esfera del derecho.

Sin entrar en el análisis separado de cada una de las partes que componen la definición, estudiemos la vida del delito, según la teoría espiritualista, con lo cual se determina satisfactoriamente el alcance verdadero y la genuina significación de la tesis que esa Escuela sustenta.

Universidad del Rosario | Archivo Histórico

II

GENERACION DEL DELITO

La vida del delito, esto es, el camino recorrido por él desde el momento en que nace hasta que llega al punto en que debe considerarse perfecto, supone —como toda otra vida— una sucesión de momentos en que por grados de progresivo desarrollo se manifiesta la esencia de su ser: se genera en la voluntad, se desenvuelve en el entendimiento y alcanza su perfección absoluta mediante la actividad externa del hombre. En ese proceso de la acción criminosa se distinguen, pues, diversas etapas que es preciso determinar claramente, porque el estado actual del delito es lo que sirve para graduar su penalidad y conocer su verdadero carácter. Los diferentes grados apreciables en la evolución del delito son: la *disposición, deliberación, resolución, preparación* y *ejecución,* comprendiendo en este último término la *tentativa,* la *frustración* y la *consumación* del delito. También suelen clasificarse esos actos en *internos* y *externos*: se llaman actos internos, aunque no con entera propiedad, la disposición, la deliberación y la resolución; y decimos que al calificarlos así no hay absoluta propiedad, porque puede suceder que la resolución se exteriorce, como en la simple amenaza, caso en que conserva su carácter de acto interno y no de tentativa como algunos sostienen, por dos razones: 1ª, porque no hacen siempre cierto el ánimo de cometer el delito, y 2ª, porque aún suponiendo cierta la intención de perpetrarlo, no son en sí mismas un comienzo de ejecución del delito.

Disposición es la tendencia secreta del ánimo hacia la violación del derecho: cuando esa tendencia pasa al entendimiento y viene la lucha entre la conformación de la libertad al orden jurídico y el impulso de quebrantar ese orden, tenemos la *deliberación,* y finalmente, cuando aparece la decisión de trasgredir esa regla obligatoria, hay lo que se llama *resolución.*

En este estado el delito, la voluntad empieza a ejercitarse en el sentido de dar eficacia a su propósito, buscando y escogiendo la manera de ponerle remate positivo y tangible. Vienen entonces las manifestaciones exteriores que constituyen los actos preparatorios y los de ejecución. La línea divisoria de estas dos categorías no puede apreciarse siempre de una manera precisa, porque a medida que los primeros se aproximan al delito aparecen con notas y relieves que los asemejan grandemente a los segundos. Sin embargo, se puede establecer la diferencia entre ellas diciendo que son *preparatorios* todos aquellos actos que, separados del ánimo de su autor, podrían tener explicación inocente; y actos de *ejecución* los que implican por su naturaleza una intención criminosa. A los primeros pertenecen los hechos que sin ser esenciales para la ejecución del delito, tienden a llevarlo a cabo, aunque no directamente, y son materiales o morales según que se manifiesten sensiblemente o que no puedan percibirse por los sentidos: a esta clase corresponden, v. gr., el consejo y la conspiración, y a la primera, o sea a los materiales, el reconocimiento del lugar, la elección de medios, etc. Actos de ejecución son todos aquellos que se consideran como esenciales a la perpetración del delito o que se encaminan directa e inmediatamente a él.

El delito se considera perfecto desde el momento en que se encuentre desenvuelta y traducida en actos externos aquella intención dañada que nació en la voluntad y que ha enderezado sus pasos en dirección al quebrantamiento del Derecho.

Tenemos, pues, que el *iter criminis* es, de ordinario, así: dispuesta la voluntad en el sentido del acto delictuoso, se resuelve a ejecutarlo después de haber meditado detenidamente en él; y una vez tomada esa resolución, pone todos los medios conducentes, próximos y lejanos, a fin de lograr que el resultado responda a su propósito, y por último, puesto el sujeto activo frente a frente del sujeto pasivo del delito, realiza los actos finales que consuman su intención y dejan satisfecho al delincuente.

Mas, puede suceder, y sucede con muchísima frecuencia, que los efectos de la actividad del agente no correspondan a su intención, y asoma aquí el problema de la *tentativa* y los *delitos frustrados,* juntamente con lo que denominan los eclécticos *delitos imposibles.*

Parece verdaderamente difícil establecer con toda claridad la diferencia entre tentativa y delito frustrado, porque hay casos que quedan, a primera vista, comprendidos en una y otra denominación. Sin desconocer la dificultad, intentemos resolverla con ayuda de los principios que dejamos expuestos. De paso, es bueno observar que el nombre de delito frustrado es incorrecto, porque no es el delito lo que se frustra, sino los resultados propuestos por el agente.

Hay tentativa y no delito frustrado cuando quiera que no se han cumplido todos los requisitos que, en intención del agente, eran necesarios y suficientes para producir el fin determinado que perseguía. Alguna o algunas de esas condiciones han podido faltar por desistimiento

Universidad del Rosario | Archivo Histórico

voluntario del agente o porque una causa extraña le impidió ponerlos todos en juego; en el primer caso la tentativa —tratándose del actor principal— no es punible, y sí lo es en el segundo. Habrá delito frustrado y no simplemente tentativa, desde el momento en que la voluntad ha agotado todos los medios que en intención del agente eran indispensables y bastantes para obtener el fin propuesto, pero que por cualquier causa extraña a su deseo no produjo el resultado que esperaba. Es decir, cuando ejecutó todos los actos que quería y podía ejecutar. Entonces el delito es subjetivamente perfecto, e imperfecto objetivamente.

La diferencia consiste en que en la tentativa no quedó satisfecha la primera intención criminosa del agente, su concepción y desarrollo intencional primitivos; y en cambio en el delito frustrado sí dio todos los pasos y realizó todos sus propósitos hasta saciar su dañada intención completamente.

Los autores y las legislaciones modernas están de acuerdo en que no debe castigarse la tentativa impedida —que es la única penable— con el mismo rigor que el delito consumado, y esto es justo porque la ley debe tener muy en cuenta el último momento del camino que ha de recorrer el delito y porque no habiendo dado el autor todos los pasos necesarios para consumarlo, existe la posibilidad de que se arrepienta y vuelva atrás.

Agreguemos a lo dicho que la tentativa empieza desde que los actos preparatorios dejan de tener un carácter equívoco para adquirir la univocación en el sentido del delito, y que la tentativa crece a medida que se acerca a la consumación del acto criminoso, es decir, en razón inversa del número de actos que faltan para perfeccionar el delito.

¿No hay tentativa por omisión? Aunque a menudo se ha sostenido que en efecto no la hay, parece que cuando la omisión es voluntariamente dirigida hacia el fin culpable y no lo alcanza, sí puede decirse que es esa una verdadera tentativa.

Por culpa no puede haberla, porque hay contradicción en los términos, toda vez que la tentativa exige necesariamente el dolo. Tampoco se encuentra la tentativa en los actos cometidos en el arrebato súbito de las pasiones, según el aforismo *"Dolus indeterminatus determinatur eventu"*.

En lo que no hay acuerdo alguno hasta ahora es en la punición de los delitos frustrados, que algunos llaman delitos imposibles cuando el agente se proponía algo que no podía alcanzar, sin que se trocasen las leyes naturales, sea por razón del fin o de los medios empleados.

Creen algunos espiritualistas extremados que debe imponerse igual pena a los delitos frustrados en general y a los delitos consumados propiamente dichos, porque, dicen, si lo que la ley castiga es la intención, no se ve motivo alguno para que sea menor en el primero que en el segundo caso. Los eclécticos que exigen para que haya delito el elemento de daño físico, pretenden que los delitos imposibles no pueden sancionarse con pena en ningún caso, y dejan, por consiguiente, sin castigo, hechos que revisten caracteres tan atroces como el estrangular a un niño cuando éste estaba ya muerto: es decir, que según ellos, una casualidad de que él estrictamente quizá no debía aprovecharse, viene a servirle de causa justificativa, cuando lo que allí debe tenerse en cuenta no es precisamente si el niño vivía aún, sino la creencia del agente de que estaba vivo todavía. Entre estas dos exageraciones se encuentra el sistema que ve un motivo de atenuación en ese caso, pero sin disculparlo ni remotamente: y entre las razones que se alegan parecen ser de gran peso la de que en la mayor parte de los delitos frustrados puede verse menor decisión y energía para perpetrarlos que en los delitos consumados, como lo observa Nicolini; y aunque es evidente que si la casual desgracia no es penalmente imputable, tampoco debe serlo la casual fortuna, es asimismo cierto que se impone la necesidad de que el agente aproveche esa falta de resultado dañoso. Cuando alguien trata de envenenar a otro con azúcar, el delito como violación del orden ético, como contraposición entre el ánimo delincuente y el derecho atacado, es tan perfecto como si en lugar de esa sustancia inofensiva se hubiera servido del arsénico: esa feliz equivocación, ajena a su voluntad, en manera alguna podría cambiar la naturaleza jurídica de ese acto criminoso; empero, se le castiga con menor severidad por los motivos que dejamos expuestos.

* * *

Réstanos ahora únicamente saber desde qué momento entra el delito en la órbita de los hechos legislables por el Estado, cuestión que se roza íntimamente con la exposición que hemos hecho sobre la generación del delito.

Se ha sostenido generalmente y como verdad indiscutible, que sólo son punibles los actos de ejecución, porque —se dice— los preparatorios tienen un carácter equívoco y, sobre todo, no han ocasionado hasta entonces daño alguno determinado. Esta opinión es una consecuencia de la teoría ecléctica.

Universidad del Rosario | Archivo Histórico

Esto es inaceptable en el sistema espiritualista, porque el delito no reconoce como carácter esencial el causar un perjuicio sensible, sino solamente la intención de violar el Derecho. Lo que castiga la ley es la intención criminal manifestada por actos externos, los cuales sólo sirven para revelar la existencia de un estado antijurídico de la voluntad, pero sin valor propio en lo más mínimo. Así, desde que sea posible comprobar que un individuo intenta dar muerte a otro, es menester que el Estado intervenga y castigue ese ánimo determinado de quebrantar el Derecho.

Distinguiendo la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, se vierte mucha luz en la materia. Puede quizá decirse que la primera corresponde al elemento material y la segunda al moral, o mejor aún, aquélla al resultado y ésta a la intención del agente.

Cuando la voluntad dañada no ha intervenido, sería injusta la sancion penal, pero es preciso que el autor del perjuicio responda civilmente, porque todo acto que perjudique a terceros exige la indemnización correspondiente al daño causado; y si no hubo daño material sino sólo intención criminosa, la responsabilidad civil no tiene entonces cabida pero la penal sí la tiene, porque la persona que intenta cometer un crimen se ha revelado ya contra el orden jurídico que regla sus relaciones con los demás seres capaces de derechos, y es preciso que venga la pena a corregirlo.

A. Villegas Restrepo

Año 1909.

NOTA.—Estas teorías no han sido aún adoptadas por la generalidad de las legislaciones penales: y por lo que hace a la nuestra, son de todo punto inaplicables en muchísimos casos. Es verdad reconocida que ninguna rama del Derecho patrio exige una reforma tan sustancial y tan pronta como el Código Penal.—(N. del A.).

RECEPCION DE COLEGIALES

EDICTO

El Rector del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, por cuanto la H. Consiliatura en el día 21 de los corrientes, nombró Colegiales de Número con todas las prerrogativas que las Constituciones otorgan a tal dignidad, a los señores Alumnos de la Facultad, Oficiales: Alberto Cabrera Gutiérrez, Hernando Cuevas Fernández, Anselmo Corredor Ballesteros, Pedro Arturo Sanabria Niño. Externos: Jaime Martínez Recamán García y Simón José Martínez Emiliani. Y a los señores Alumnos del Bachillerato, Oficiales: José Manuel Fonseca Neira y Guillermo López Velásquez; y el Exmo. Señor Patrono del Colegio, en uso de las atribuciones que le otorgan la Constitución II, Título I, designó para la primera colegiatura vacante al señor Hernando Rivas Irigoyen, estudiante externo de nuestra Facultad, fija el día viernes 30 del presente mes de Mayo, para que tenga lugar la solemne consagración de los señores colegiales nombrados.

El Rector invita con toda atención al muy respetable Claustro de Profesores y a toda la comunidad de Alumnos, para que concurran a dicha solemne consagración que se verificará a las 6 p. m. el día ya mencionado, en el Aula Máxima del Colegio.

Mayo de 1947.

El Rector, Jose Vicente Castro Silva. El Secretario, *Hernando Velásquez.*

* * *

Notificados los presuntos colegiales del edicto transcrito, procedieron de acuerdo con las sagradas constituciones del Colegio, a escoger sus padrinos que habrían de acompañarlos en la solemne ceremonia de la consagración. Fueron designados al efecto: por Alberto Cabrera Gutiérrez, doctor Luis Ignacio Andrade; por Hernando Cuevas Fernández, doctor Roberto Urdaneta Arbeláez; por Anselmo Corredor Balles-

Universidad del Rosario | Archivo Histórico