

# X APUNTES

PARA EL ESTUDIO

## DE CODIGO PENAL

POR

X FRANCISCO PÉREZ BORJA



ADVERTENCIA

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

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 hicieron 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 delictivos, 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. 1º 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. 1º 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 sures de valor, sin circunstancias agravantes, contravención; si el valor es de más diez sures, 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 impropiamente 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 redactado 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 únicamente 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 concurran en una misma infracción.

En caso de que concurran 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 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 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, 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, y 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 defender 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. 3.º, 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, éste no es el sistema seguido por el legislador ecuatoriano, pues todas las infracciones, de conformidad con el art. 1.º 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. 3.º 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.

(Continuará.)