

ANALES
DE LA
UNIVERSIDAD CENTRAL

APUNTES
PARA EL ESTUDIO
DE CODIGO PENAL

POR
FRANCISCO PÉREZ BORJA

(Continuación)

Art. 23. — 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.

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 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 el 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 atienda 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.^a 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.^a 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.^a 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.

Art. 24. —Tampoco hay infracción alguna cuando uno de los esposos mata, hiere o golpea al otro, o al complice, 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.^o Flagrante adulterio, y 2.^o 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. 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 si 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. 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. 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.^a 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.^a 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.^a 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.—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, les 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. 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. 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. 31.—Los motivos de excusa, enumerados en los arts. 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.—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 arrebató 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 considere la embriaguez, en ningún caso, como eximente, pudiendo ser atenuante si la embriaguez fuere completa e involuntaria.

Art. 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 enseñamiento 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 conmovión 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 por qué 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 decidido 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*.

(Continuará)