

CATALOGADO

## Bases Generales Para un Nuevo Código Penal

---

Por Luis Jiménez de Asúa.

*Ex-Catedrático de Derecho Penal en las Universidades  
de Madrid y La Plata*

Sumario: *Advertencia.*—*I. Sistemas jurídicos:* 1. Los términos de elección. 2. El judicialismo. 3. El legalismo y la codificación. 4. ¿Cuál es preferible?—*II. Orientación científica:* 5. Las escuelas periclitadas. 6. Derecho Penal y Criminología. 7. La Defensa Social. 8. La construcción jurídica y el Código Penal.—*III. El sistema:* 9. *El plan consagrado.*—*IV. La Parte general:* 10. La Ley penal. 11. El delito y las definiciones. 12. El delincuente y el hombre. 13. Autores y partícipes. Lugar del encubrimiento. 14. Las causas de exclusión de pena. 15. La tentativa. 16. La culpabilidad y sus especies.—*V. Penas y medidas de seguridad:* Debate sobre su naturaleza. 18. La necesaria diferencia. 19. Exclusión de la pena de muerte. 20. Las clases de penas y su gradación. 21. Código de ejecución de sanciones.—*VI. La Parte especial:* 22. Clasificación de los delitos. 23. Delitos nuevos. 24. Las contravenciones. *Conclusión.*

### ADVERTENCIA

Al iniciar un estudio de este género sentimos la tentación de poner en su vanguardia toda una larga teoría de *advertencias*. Tan ingente es el problema y tan difícil concretarle en pocas páginas. Voy, sin embargo, a limitarme a dos que, para mí, son sustanciales.

Escribir sobre las “Bases generales para un nuevo Código penal”, no supone dejar que la imaginación vuele y estampar breves o largas observaciones sobre un Código ideal para “cualquier parte del mundo” con cuya frase se acostumbra, en esta interminable post-guerra, a aludir a un indeterminado territorio o mar. Las leyes son para un país concreto y no cabe divagar sobre el tema, ni ensoñar perfecciones

abstractas. Pasó la época en que un Bentham hacía “de encargo”, leyes para otros países, como un afamado modista exporta trajes a distintas naciones, como modelos, sin saber si la eventual cliente será escuálida u obesa, alta o baja. El famoso utilitarista inglés se enojó mucho con los españoles porque no le encargaron *su* Código penal y disparó infundadas críticas, transidas de despecho, contra el Código de 1822 que fue, para su tiempo, uno de los mejores cuerpos de leyes penales.

Si al solicitarme este trabajo, me indica el Profesor Rodríguez Ramos, Decano de la Facultad de Derecho en la Universidad puertorriqueña, que mi estudio ha de versar sobre las “Bases para un *nuevo* Código penal”, es obvio que se trata de una ley codificada para reemplazar a otra y es igualmente paladino que no se refiere a otro país, sino al suyo. Se trata, pues, de escribir a propósito de un *nuevo* Código penal para Puerto Rico. Por fortuna no es cuestión de *hacer* un Código para aquella isla antillana, tarea a la que no me prestaría por razones múltiples y ahora de inoportuna exposición, sino de decir someramente en qué *bases* deberían asentarse los puertorriqueños un nuevo Cuerpo de leyes punitivas. Incluso podría asaltarme la duda —certidumbre si se tratara de negarme a componer todo un Código— de si un jurista está autorizado para ocuparse de las bases que pueden servir de sustento a una ley penal para un país que no sea el suyo. Zanja mis dudas el hecho de que al imponer los norteamericanos el Código de 1<sup>o</sup> de marzo de 1902, calcado sobre el de California, lo hacían por empeño de dos abogados estadounidenses, J. M. Keedy y Leo S. Rowe, que contra la opinión del puertorriqueño Juan Hernández López, cambiaron un Código excelente —el de 1879 que, salvo leves modificaciones, era el mismo español de 1870— por otro inorgánico, defectuosísimo y radicalmente exótico en Puerto Rico, donde, por el contrario, habían de seguir rigiendo los Códigos españoles en materia civil y comercial.

La segunda advertencia es que voy a ser lo más parco posible en citas de obras y de leyes. Voy a dar mi parecer y sólo excepcionalmente invocaré el ajeno. Por lo demás en mis muchos libros, hasta ahora impresos, podrá hallar el lector la información que desee, sobre todo en los cinco tomos hasta el presente publicados de mi *Tratado de Derecho penal* (1).

(1) Editados por Losada en Buenos Aires, Tomo I: *Concepto del Derecho penal y de la Criminología, Historia y Legislación penal comparada*, 1<sup>a</sup> edición 1950, 2<sup>a</sup> edición 1956; Tomo II: *Filosofía y Ley penal*, 1<sup>a</sup> edición 1950; 2<sup>a</sup> edición 1957; Tomo III: *El Delito*, 1<sup>a</sup> edición 1951; 2<sup>a</sup> edición 1958; Tomo IV: *Las causas de justificación*, 1953; Tomo V: *La culpabilidad*, 1956 (los tomos VI, VII y VIII están en preparación) *Vid.*, además, L. Jiménez de Asúa y F. Carsi Zacarés, *Códigos penales iberoamericanos*, en dos volúmenes, Caracas, Edit. Andrés Bello, 1956 (Encargado de distribución y venta: Editorial Sudamericana de Buenos Aires)

## I. SISTEMAS JURIDICOS

### 1. Los Términos de Elección

Si me propusiera discurrir sobre los fundamentos de un Código penal para cualquier otro país hispanoamericano o para un Estado de la Europa Continental, sería preciso plantearme el problema de si se debe seguir el sistema del *Common Law*, del *Case Law* o de *leyes codificadoras* o *especiales*. Tratándose de Puerto Rico me parece indispensable el planteamiento de este asunto por el influjo que los Estados Unidos ejercen allí. Reduciremos terminológicamente la materia en que vamos a ocuparnos previamente, a estos dos vocablos interrogantes: ¿*Judicialismo* o *Legalismo*?

### 2. El Judicialismo

Se caracteriza el sistema inglés, que pasó a imperar en Norteamérica (y en otros países de dominación británica), por ser el juez quien crea, en última instancia, la norma aplicable al caso, ora a través del *Common Law*, bien inspirándose en lo que antes decidieron otros magistrados, a menudo de jerarquía más alta (*Case Law*). Intencionalmente hemos simplificado los términos de este régimen que nos parece primitivo y sobriamente defectuoso.

No debe olvidarse que en los pueblos que siguen este sistema, incluso si hay estatutos, leyes o Códigos (como ocurre en algunos de los Estados norteamericanos), es el juez quien decide, con ínfulas de creador del Derecho, pues bien pronto las leyes, estatutos o Códigos quedan *anegados* por las decisiones judiciales.

Tampoco hay que desconocer, y esto tiene gran importancia para lo que luego diremos (*infra*, núm. 4), que en Inglaterra, donde se originó el régimen judicialista, es el juez quien defiende al ciudadano contra los abusos del poder ejecutivo y hasta quien sirve de amparo a los derechos individuales. De ahí el famoso *habeas corpus*, que tan defectuosamente funciona en los países de Hispanoamérica que lo han copiado, donde el juez se designa por el gobierno o donde éste tiene medios de doblegar la independencia del mal llamado "Poder" Judicial.

### 3. El Legalismo y la Codificación

Frente a ese sistema de imperio del juez, los países europeo-

continentales y los hispanoamericanos han seguido el de la ley como única fuente productora directa del Derecho. Ciertamente que legalista puede llamarse también al régimen de leyes aisladas que se componen para regular concretos asuntos jurídicos: la pena de prisión, la condena condicional, la libertad anticipada, el delito de abandono de familia, la usurera, etc., etc. Posee la aparente ventaja de que no teniendo estas leyes carácter orgánico pueden ser reemplazadas cuando se precise por otras más progresivas o añadir las que deban materializar una nueva institución, sin dañar al conjunto.

Pero esas facilidades distan mucho de ser un privilegio deseable del legalismo suelto y especial. La experiencia de los pasados siglos nos adoctrina. Llega un momento en que el número de leyes, dictadas sin orden ni concierto, sumerge en la confusión a jueces y abogados. Los prácticos de la Edad Media y comienzos de la Moderna, que no hacen más que sistematizar las innumerables leyes en vigor, ilustrándolas con citas del Derecho Romano y del Canónico, surgieron en Europa como consecuencia del caos legislativo.

Por fin nació la Codificación. No es un sistema perfecto, pero es el menos defectuoso. Contra el más grave ataque que se le hace de inmovilizar en un momento dado el ordenamiento jurídico de un país, pues no se puede cambiar de Códigos tan rápidamente como de leyes aisladas, ni introducir en su economía una reforma que desequilibre su armonía, puede alegarse que los países de Europa que viven en estado jurídico de codificación han progresado en Derecho mucho más que los pueblos del *Common Law* y del *Case Law* —como luego se demostrará— y que es hacedero insertar en los Códigos reformas y nuevas disposiciones sin alterar su contexto orgánico, siempre que el reformador sea competente y desinteresado; es decir, que no aspire a inmortalizar su pequeño nombre en las modificaciones que introduce, a menudo sin trascendencia histórica-jurídica.

#### 4. *¿Cuál es Preferible?*

De cuanto hemos expuesto se deduce nuestro criterio radicalmente adverso al judicialismo y enteramente favorable a la codificación. Todavía nos importa añadir algunos argumentos más.

Aunque se nos diga que en los países anglosajones —y sobre todo en Inglaterra— se hace justicia incluso con más independencia que en los pueblos europeos e hispanoamericanos de régimen codificado, el

argumento no nos conmueve. Ante todo porque esa independencia judicial no proviene del régimen judicialista, sino a la inversa. Es oriunda de la Historia que los hombres de hoy no podemos cambiar. Más aún, con el régimen de judicialismo, los países de Europa y América que viven en la codificación caerían en terribles arbitrariedades pretorianas.

Además, el sistema del *Common Law* hace vivir al pueblo en que impere, un ordenamiento tradicional, lo que explica las dificultades de la Gran Bretaña para abolir la pena de muerte. La tradición de colgar delincuentes es tan fuerte allí que se ha podido oír a un Lord emplear palabras tan inexplicables como éstas: "No habrá estadísticas ni razones que me convenzan de que debe abolirse la pena capital". Nada puede mellar su estructura arcaica. Desde el inconsciente le viene al noble inglés el afán de ver en la horca a los criminales. "Hay razones del corazón que la razón no conoce", pasando porque habría que reformar la famosa frase de Pascal, ya que en este caso no se trata ni de razones ni de corazón. ¿Y qué decir de la horrenda espera de meses y meses (en algunos casos hasta de años), del condenado a muerte, en los Estados Unidos, encerrado en un pabellón especial?

Para mí hay otro motivo, importantísimo, que nos decide a adoptar el sistema codificado y a repeler el judicialista. El enorme atraso en que vive la *ciencia* jurídica de los países anglosajones y el enorme progreso de los que han adoptado la codificación. ¿Qué libro, qué tratado inglés o norteamericano puede compararse a una obra jurídica escrita en Italia, Alemania, Francia, Bélgica, España, Argentina, México o Brasil? Las construcciones, en estos países, son acabadas, sistemáticas. En cambio elijamos los mejores y más recientes libros ingleses o estadounidenses: los de Glanville L. Williams, (2) J. Miller, (3) Jerome Hall, (4) y vemos con estupor que carecen totalmente de sistemática, que las instituciones figuran caprichosamente en sus páginas, que la dogmática científica les es radicalmente desconocida y que se "consumen en su propia salsa" de leyes, de casos y de autores de lengua inglesa, pues el pueril desconocimiento de otros idiomas no les permite enterarse de lo que se hace en tierra firme o en otros continentes.

Adoptar el judicialismo significaría en Puerto Rico perder lo

(2) *Criminal Law, The General Part*, Londres, Stevens and Sons, 1953

(3) *Handbook of Criminal Law*, St Paul Minnesota, 1934

(4) *General Principles of Criminal Law*, Indianapolis, The Bobbs Merrill Co., 1947. Al dar cuenta de esta obra no escatima Soler sus críticas porque la terminología y el sistema son incompatibles con los modernos conocimientos jurídico penales

que queda de auténtica dogmática penal y renunciar a que en la enseñanza universitaria se dieran cursos *científicos*; es decir, sistemáticos, de nuestra disciplina. Quien haya presenciado —y yo lo he hecho— exámenes de Derecho penal en países sometidos al *Common Law*, tiene que horrorizarse de ver que sólo se somete al examinando a preguntas de mera aplicación aislada de una ley o de un artículo, que una vez reformado, dejará al que así estudió tan ayuno de conocimientos como el que no hubiere cursado la carrera “de leyes” (e intencionadamente no escribo “de Derecho”).

Los puertorriqueños no ignoran que militan también razones prácticas para no renunciar a la codificación y para huir del judicialismo. Las leyes *seltas* que imperan en Norteamérica y el fabuloso número de casos judiciales, obliga al estudiante y al novel abogado a manejar y poseer un número de tomos incompatible con el bolsillo del letrado incipiente... y hasta con la minúscula cabida de los departamentos modernos (5). Desde otros puntos de vista, menos domésticos, critica el régimen del *Common Law*, aunque termina por defenderlo, el Profesor Jerome Hall, mientras que Ferdinand Franklin Stone se muestra más decidido partidario de la codificación.

Algunos autores de lengua española —no penalistas ciertamente— han manifestado sus simpatías por el *Common Law* o han expuesto su criterio de que lo mejor sería un régimen que armonizara el legalismo y el judicialismo. Dejemos de lado a quienes hacen esa defensa para preservar sus posturas iusfilosóficas, incompatibles con el Derecho ya que sus autores en vez de hacer Filosofía jurídica lo que hacen es Sociología, así como a otros que con sus inexplicables alabanzas parecen querer retribuir la hospitalidad yanqui que recibieron, puesto que más que ciencia lo que hacen es propaganda, para referirnos tan sólo a Eduardo J. Couture que, con limpios propósitos, desinteresados, sostiene aquel punto de vista (6). Con harto motivo observa Niceto Alcalá Zamora y Castillo que si cristalizara la pretendida amalgama del sistema continental y del anglosajón, se produciría el fenómeno, visto ya en la Edad Media, de “neto predominio” del primero sobre el segundo (7).

Ahora bien, este fenómeno de absorción, tratándose de Puerto

(5) Estas razones tan poco espirituales han sido esgrimidas, entre otros por Morán, *The avalanche of case Law*, en *Indiana Law Journal*, vol. XII, págs 420 y sigs. Insiste en el tema Félix Frankfurter, en *Columbia Law Review* (Nueva York), vol. XLVII, mayo 1947, págs 527 y sigs.

(6) *El “debido proceso” como tutela de los derechos humanos*, en *La Ley* (Buenos Aires) diario de 24 de noviembre de 1953 (en la Revista de ese nombre aparece en el tomo 72), publicado luego en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Legislación* (Montevideo), año 52, agosto octubre 1954, págs 169 182.

(7) Nota en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, tomo V, núm 19, julio septiembre 1955, págs 201 202.

Rico, arriesga de producirse a la inversa; es decir, con el triunfo del régimen anglosajón sobre el codificado por motivos radicalmente ajenos a la superioridad del continente-europeo, y consistentes en la mera gravitación de los poderosos Estados Unidos sobre una pequeña isla. Por esto mismo, por el fundado temor de que a la hora de cambiar el pésimo Código que impera en Puerto Rico, surja otro Mister Row que pese otra vez sobre los juristas de la isla para inspirarles acaso un Código de elemental y breve estructura, fácil de ser superado por el judicialismo, ha escrito tan largos párrafos de introducción en defensa del régimen codificado.

## II. ORIENTACION CIENTIFICA

### 5 *Las Escuelas Periclitadas*

Hasta hace poco, y especialmente en Hispanoamérica, los autores e incluso los encargados de componer Códigos penales, se creían en la necesidad de elegir una escuela en que basar sus Códigos. No hace muchos años que la contienda se libraba entre la llamada escuela clásica y la positiva, entendiéndose por tal, no el positivismo de la ley de que se habla siempre en Alemania, frente al justicialismo; sino del positivismo criminológico italiano que, basado en la antropología lombrosiana, tuvo a Ferri como jefe. Aunque en algunas cátedras hispanoamericanas se hable todavía de esa tendencia, que feneció hace rato en la esfera filosófica, lo cierto es que la "scuola positiva" tan a la moda tiempo ha, agónica desde hacía mucho, lanzó su último suspiro en el VI Congreso Intenacional de Derecho penal habido en Roma el año de 1953, y recibió sepultura al ser enterrado Felipe Grispigni en agosto de 1955.

### 6. *Derecho Penal y Criminología*

Quedó, sin embargo, más como hija lombrosiana que como consecuencia de la "scuola positiva", una ciencia nueva: la *Criminología*. Pero se trata de una ciencia natural y no de carácter normativo, como es el Derecho.

De aquí que perpetúan grave error quienes pretenden amalgamarlas. El legislador podrá y hasta deberá contemplar los datos de la vida real y, por ende, buscar apoyo en los estudios criminológicos para escribir sus leyes, el propio juez no debe desdeñar en el enjuici-

ciamiento las enseñanzas antro-po-sociológicas de esa ciencia para mejor comprender al delincuente e individualizar la pena que le imponga; y hasta el encargado de la prisión ha de saber cuanto la criminología nos muestra en materia de la causa del delito y de la naturaleza del delincuente, si quiere intimidar, corregir o inocuizar al que transgredió la norma. *Pero el Código penal es un trozo del ordenamiento jurídico y por ende ha de ser formal y normativo.*

### 7. La Defensa Social

Lo curioso es que cuando los juristas nos habíamos librado de la mixtura del positivismo italiano, cobia impulso otra tendencia, que sin el valor filosófico y naturalista que tuvo la "scuola", y con una vaguedad, radicalmente incompatible con la ciencia (pues carece de objeto y método propios), que motiva escisiones entre sus actuales partidarios, amenaza con tener un cierto fulgor, efímero sin duda pero lo bastante peligroso para que sus *ideas* facilísimas de exponer, prendan en los países hispanoamericanos, que no renunciaron al ameno positivismo sin añoranza.

Hacer una exposición de sus postulados sería por demás inútil. Es un positivismo sin positivismo, que inspiró Filippo Gramatica y que hace diez años parecía destinado al fracaso. La intervención de penalistas franceses y belgas, de merecida nombradía, le ha dado impulso momentáneamente ascendente, y a partir de 1951 se habla de "la nueva Defensa social". Sus partidarios publican obras, artículos y celebran Congresos internacionales; pero no creemos que perdue este amorfo movimiento (8).

Guardémonos de inspirar nuestros Códigos penales en semejante orientación ( más propio sería decir *desorientación*). Insisto en ello porque ya existe uno que lleva el título de *Código de Defensa Social* —el cubano aunque su articulado nada tenga de moderno y conserve la pena de muerte—, y hasta un Proyecto con igual nombre en Suecia, que encarna las doctrinas de Schlyter, recogidas ahora por Strahl. Pero aparte de que la gran cultura de los pueblos nórdicos puede permitirles tales ensayos —como el recentísimo Código de Groenlandia de 1954— no debe desconocerse que frente a ese Proyecto sueco hay otro que subsistiría junto a él, cuando se transforman en leyes, en el que se articulen los institutos jurídicos propiamente dichos (9).

(8) Véase nuestro artículo *La "nueva" Defensa Social*, en *La Ley*, diario de 29 de agosto de 1957

(9) *Vid* mi *Tratado*, tomo I, 2ª edición, pág. 389



## 8 La Construcción Jurídica y el Código Penal

Obvio resulta, pues, que un Código penal ha de ser una *ley penal*; es decir, un cuerpo codificado en el que se regulen las instituciones jurídico-penales.

Pero aún no hemos resuelto todos los problemas previos referentes a las *Bases* del nuevo Código punitivo, puesto que en el propio campo del Derecho Penal hay variadas tendencias, entre las cuales existe actualmente una de enorme boga en Alemania. Es cierto que no ha penetrado en Francia, ni en Bélgica —y ni qué decir tiene que es enteramente ignorada en los países de habla inglesa—, pero se ha escrito mucho sobre ella, no sólo en su patria de origen, sino en Italia, en España, en la Argentina, en México y en el Brasil. Me refiero a la *teoría finalista de la acción*, de la que Hans Wezel es creador, y en la que asienta von Weber su *Grundriss* y Reinhart Maurach su reciente *Lehrbuch* (10).

En síntesis, se trata de oponer la acción finalista que es la dolosa, al mero acaecer “ciego” del caso fortuito y el resultado “ciego” del acto culposo, que se origina, sin embargo, en un quebranto del deber de obrar conforme a un fin jurídico. Las modificaciones sistemáticas de esta doctrina son ingentes. El dolo y la culpa no figuran ya como especies de la culpabilidad ni pertenecen a ella, sino que forman íntima parte de la *acción*. Por ello, en la Parte general figuran dos grandes secciones: la de *delitos dolosos* y la de *los actos culposos*, acaparando aquéllos todas las instituciones jurídico-penales. Es decir, que el dolo se anticipa en los eslabones del sistema, y salta desde el último, en que figura con el método tradicional (acción-antijuricidad-tipificada-culpabilidad con sus formas dolosas y culposas), al primer puesto cuya característica reclama una cierta neutralidad, puesto que la *acción* ha de ser el soporte de las valorizaciones objetivas y subjetivas que suponen la antijuricidad y la culpabilidad.

Prevenámonos contra estas novedades que acaso no perduren y procuremos no afiliar el nuevo Código penal a doctrinas o tendencias que hoy parecen seductoras y que acaso pasen rápidas. No sólo poseeríamos entonces un Código anticuado a los pocos años, sino que impediríamos a los jueces, con esas fórmulas demasiado perfiladas, que se inspiraran en otras teorías que acaso estén inéditas aún. Apre-

(10) Hemos tratado de esta teoría y hemos dado abundantísima Bibliografía sobre ella en nuestro *Tratado*, tomo III, 2ª edición, en el apartado II bis del Cap II del Título II; así como en el tomo V, págs 196 197

damos la lección de Karl Engisch que, pensando en la reforma del Código penal emprendida en la República Federal alemana el año 1954, escribió estas sensatas palabras: "Mi opinión... es que el legislador debe mantenerse lo más alejado posible de la lucha de teorías, no sólo para dar oportunidades a las doctrinas que se hallan en debate, sino también para dar paso a los nuevos pensamientos que se elaboran y que no han surgido todavía" (11).

El nuevo Código penal debe, pues, precaverse contra el deseo de estar a la última moda, aunque justo es que hagamos un Código moderno. En materia legislativa nos parece que la tendencia político-criminal ha dado los mejores frutos. En ella se mantiene el principio de imputabilidad y culpabilidad y se acepta el estado peligroso, no sólo para graduar la pena, sino para sustituirlo por una medida de seguridad, cuando el peligro subjetivo del agente sea de mayor importancia que el delito, tal vez de gravedad mínima objetivamente considerado. En consecuencia, y como luego se verá (*infra*, núm. 18), es preciso conservar la pena con su naturaleza retributiva, y admitir, además, medidas de seguridad con única índole preventiva.

Esta tendencia político-criminal está largamente experimentada a partir del Código noruego de 1902, puesto que en ella se inspiran todos los Códigos europeos modernos: el de Italia de 1930, el de Dinamarca, del mismo año, el de Polonia de 1932; el de Rumania de 1936; el de Suiza de 1937, el de Islandia de 1940; el de Grecia de 1950, el de Bulgaria de 1951, el de Yugoslavia del mismo año, e incluso los Códigos de la Unión Soviética donde, a partir de los inmediatos años anteriores a la anteguerra, se restaura el nombre de pena junto a los medios de defensa, y hasta se duplica el máximo de aquélla, para ciertos delitos, a fin de restituirla su papel de prevención general. Político-criminales son también, en Hispanoamérica, los Códigos del Perú de 1924, de México de 1931, del Uruguay de 1933, de Cuba de 1937, de Colombia del mismo año, del Brasil de 1940 y de Costa Rica de 1941. Incluso el argentino de 1921-1922 podría figurar como tímidamente adscrito a esa orientación.

### III. EL SISTEMA

#### 9. El Plan Consagrado

Aunque los Códigos de los Estados Unidos de América —y el

(11) *Bittet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung in der Reform des Allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen?*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (Berlin), vol. LXVI (1954), cuaderno 3º, pág. 339.

vigente en Puerto Rico por su infeudación al de California— no tienen bien delimitada la diferencia entre *Parte general* y *Parte especial*, no sólo los Códigos modernos de casi todo el orbe, sino los *Tratados*, siguen esa división, hasta el punto de que se esfuerzan en adoptarla, con más o menos fortuna, los citados libros de Williams, Miller y Hall.

Se impone, pues, acoger con absoluta fidelidad, la separación del Código en dos Partes. En la primera se legislará sobre los principios generales referentes a la *Ley penal*; al sujeto activo o *Delincuente*; al *Delito* y sus caracteres; a las *Causas que eximen de la sanción*; a las *Penas y Medidas de seguridad*; a la *Medida de las sanciones*, y, finalmente a las *Causas que extinguen la pena o la pretensión punitiva*. Incluso puede tratarse aquí, como lo vemos en los Códigos de España y de Hispanoamérica de la *responsabilidad civil*.

La *Parte especial* constará de dos secciones. La primera se destinará a los delitos en particular, por el orden que luego expresaremos (vid. *infra*, núm. 22) y la última a las contravenciones o faltas.

#### IV. LA PARTE GENERAL

##### 10. La Ley Penal

Los Códigos penales modernos destinan su primer título a legislar sobre la ley penal. Sabido es que los Códigos civiles contienen un título preliminar que se estima —sin mucho fundamento— como aplicable a todas las ramas del Derecho, donde se trata de las fuentes, así como de la ley y su interpretación.

Cuidándonos de no repetir los temas tratados en ese Código, debe el penal ocuparse en establecer las reglas que al respecto le son propias: *nullam crimen, nulla poena sine lege*, proscripción de la analogía, extractividad legal beneficiosa, alcance de la ley en el territorio y su aplicación extraterritorial en ciertos casos, y concentrados principios sobre la extradición.

##### 11. El Delito y las Definiciones

Es obvio que el Código no tiene para qué definir el delito. Su noción, larga y complicada, más bien de índole descriptiva, no enseñaría cosa alguna al penalista científico y más bien confundiría al

hombre práctico y a las gentes, en general, para quienes el Código significa a la vez instrumento de defensa y fórmula conminatoria para lograr la prevención general. Ya advirtió Carlos Stoos, al iniciar la composición del Código penal suizo —que no había de regir hasta 1942— que los Códigos debían estar escritos sencillamente. En cambio, conviene no sólo expresar que los delitos se cometen *también* por omisión, como hacía el Código de Puerto Rico de 1879, y sigue haciéndolo el español y buen número de legislaciones penales hispanoamericanas, sino que nos parece oportuno dar su concepto o al menos establecer que hay omisión no sólo cuando existe un deber de obrar impuesto por la ley, sino cuando éste deriva de compromisos entre partes e incluso de la conducta anterior del propio sujeto que debió ejecutar el acto que se espera y que indebidamente omite. Así lo hace el recentísimo Proyecto de Código penal para la Alemania de Occidente, que no ha visto la luz pública, pero que se ha impreso a meros fines de discusión entre los comisionados de la reforma, en diciembre de 1956.

Por el contrario, no nos parece oportuno establecer en la ley las reglas de causalidad. Lo han hecho algunos Códigos, como el italiano de 1930, el uruguayo de 1933 y el brasileño de 1940. Las discusiones de los penalistas no sólo sobre el alcance del texto italiano, sino incluso sobre si se afilia a la teoría de la equivalencia de las condiciones, a la causación adecuada, o a alguna de las doctrinas de la causa jurídica, son palmaria probanza de que no se puede zanjar en pocas líneas una cuestión erizada de dificultades filosóficas, jurídicas y hasta físicas. Por otra parte, este es asunto imposible de resolver sin la presencia del hecho, por lo cual compete más decidirlo al juez que al legislador.

## 12. *El Delincuente y el Hombre*

Sólo el hombre, el de carne y hueso, puede decirse que delinque. Huyamos de las tesis, actualmente ya en decadencia, que pretendían hacer criminalmente responsable a las personas jurídicas.

Creo que los puertorriqueños harán bien en no dejarse seducir por las sirenas norteamericanas —por otra parte nada hermosas— que con muy contradictorias fórmulas legales y jurisprudenciales tienden a que las corporaciones no públicas y las sociedades, puedan ser sujeto de la pena. Se citan ejemplos de otras legislaciones —como el ofrecido por las leyes de Derecho penal económico de Alemania— sin reparar que no se conmina en ellas, a la persona jurídica, con verdaderas penalidades.

En efecto, el delito es un acto típicamente antijurídico y *culpable*. La culpabilidad requiere o bien conciencia de lo antijurídico del acto, o bien posibilidad de conocer su injusticia, según se trate de dolo o de culpa. Pues bien, aunque lleguemos a la vieja pretensión de Gierke —que no era un penalista— y proclamemos la *voluntad* de las asociaciones, nos será absolutamente imposible decir que son *conscientes*. Todo el que conozca un poco de psicología, sabe que hablar de la conciencia en una corporación sería un insigne disparate.

Por lo demás, quienes se erigen como defensores de esa responsabilidad penal de las personas jurídicas, inciden en un equívoco, bien flagrante en el Código de Defensa Social cubano: designar con el nombre de penas, medidas que no lo son. Nosotros tampoco pretendemos que se proclame la inmunidad de la asociación. Es posible dictar contra ella providencias eficaces, cuando han sido el medio para que una persona física delinca: es posible disolverlas, suspenderlas, etc. Pero éstas no sólo no son penas, sino ni siquiera medidas de seguridad. Constituyen consecuencias administrativas de hechos delictivos, de igual índole que la confiscación y destrucción de instrumentos y efectos de un delito, cuando son ilícitos y peligrosos, sin importar si pertenecen a tercero.

Cosa muy distinta es que se pene a los que ejecutaron el hecho posible, como lo proclama el § 14 del Proyecto de Código penal para la República Federal alemana, que en forma clara elimina la pretendida responsabilidad criminal de las asociaciones. Se dice en ese texto que quien “obra como órgano autorizadamente representativo de una persona jurídica, como miembro de ella o como representante legal de otro, será penado como autor”.

Es, en nuestro sentir, absolutamente necesaria, cuando del delincuente se trata, la exigencia de la *imputabilidad*, concebida como capacidad en el Derecho punitivo. Si hemos visto que la escuela positiva italiana ha pasado al imponente acervo de las teorías fenecidas, con ella cayó la falsa tesis de la responsabilidad legal o social que postuló Enrique Ferri. Ahora bien, no nos parece oportuno definir afirmativamente la imputabilidad, sino de manera negativa; es decir, consignando las causas de inimputabilidad (vid, *infra*, núm. 14).

### 13. Autores y Partícipes. Lugar del Encubrimiento

Es preciso distinguir en la ley estas categorías: autor y coautores; autor mediato, instigador, y auxiliares y cómplices. El *autor* no

puede ser definido extensivamente. No sólo es el que realiza las características esenciales del tipo y sobre todo el núcleo de la figura delictiva expresado en el verbo activo (matar, hurtar, violar), sino que como Brockelmann dice, es el *dueño* de la acción. El autor mediato es el que se vale de una *persona* incapaz por enajenación, trastorno mental transitorio, sueño hipnótico o menor de edad, para cometer un crimen. Este inmediato autor es irresponsable: responde penalmente el mediato, puesto que aquél no es en sus manos sino un instrumento

Todos los demás son *partícipes* y por ello se requiere el acto principal del autor y la accesoriedad limitada. Es *instigador* el que induce a otro a ejecutar un delito. El *auxiliador* y el *cómplice* sólo realizan actos de ayuda, por importantes que sean, pero con ánimo secundario. Así resolvemos, con una tesis objetivo-subjetiva, la intrincada cuestión del cómplice. Se trata de conducta accesoría. Ahora bien, hemos dicho que esa accesoriedad es limitada y la condición que la restringe es la culpabilidad: cada uno responde de su acto en razón al dolo propio. No hablamos de culpa porque no creemos posible la participación en ella: cuando dos o más personas resultan ligadas materialmente en un hecho culposo, cada una responde como autor.

Cuanto se ha dicho no empece para que, a veces, pueda sancionarse con la misma pena al cómplice y al autor. Se trata aquí de normas integrativas, en razón de la causalidad (elemento objetivo) y de la culpabilidad del partícipe (elemento subjetivo). Pensemos, por ejemplo, en el que auxilia, movido por los rencores contra una mujer que justamente le rechazó, a un joven inexperto y de apasionado carácter, a violar a una muchacha. La pena del auxiliador no debe ser más baja que la del autor principal. Pero esto se consigue al establecer las sanciones y el arbitrio del juez en ellas, sin llegar a desnaturalizar los conceptos del autor y de partícipe. Debe proscribirse la fórmula imperante en algunos Códigos de definir *como* autores a los auxiliadores. Más cauto el español y el de Puerto Rico de 1879, decían: "Se consideran autores. . .", con lo que no se afirmaba que lo fueran, sino que se asimilaban a los propiamente dichos ciertos importantes partícipes, en cuanto a la pena. Es mejor, empero, definir estrictamente cada categoría, estableciendo en principio para los cómplices una pena menor, sin perjuicio de facultar al juez para equiparar la de éstos a la conminada para las autores (12).

(12) Sobre estos problemas *vid* nuestro *rapport général* al VII Congreso Internacional de Derecho Penal habido en Atenas del 26 de septiembre al 2 de octubre de 1957: *L'orientation moderne des notions d'auteur de l'infraction et de participation à l'infraction*, en *Revue internationale de Droit pénal* vol XXVIII (1957), págs. 479-511.

Queda el problema del *encubrimiento*. En los viejos Códigos —como el español, ahora en parte modificado en este punto, y el antiguo de Puerto Rico— así como en los Estados Unidos de América, el *encubridor* aparecía o aparece como un *co-delincuente*. Craso error. La causalidad decide lo contrario. Su conducta no ha intervenido en la causación del hecho, puesto que actúa *posteriormente* como favorecedor del reo o como receptor de los instrumentos del delito o de las cosas provenientes de él. Las modernas legislaciones definen el encubrimiento como un delito en particular.

#### 14. *Las Causas de Exclusión de Pena*

De propósito hemos reunido bajo este epígrafe todas las causas que eximen de responsabilidad penal, sean de justificación (como la legítima defensa), de inculpabilidad (como el error), o de inimputabilidad (como la enajenación).

Tentados suelen estar los codificadores, sobre todo si son penalistas científicos o profesores encargados de la tarea, de estampar expresamente esos términos de clasificación. Preferiríamos no enunciarlos. La ciencia camina más de prisa que los legisladores, y los problemas de dogmática siguen muy controvertidos. Por ejemplo, el estado de necesidad es para muchos una causa de inculpabilidad, mientras que para otros —entre quienes nos contamos— es, con ciertas condiciones, una causa de justificación; la obediencia jerárquica, por el contrario, es a nuestro juicio una causa de inculpabilidad, y para la opinión tradicional una causa de justificación; el error suele situarse entre los problemas de la culpabilidad como límite del dolo, mientras que nosotros preferimos afiliarle entre las causas de inculpabilidad.

Prescindamos, pues, de títulos y a lo sumo separemos en artículos propios las diferentes causas de exención penal.

Empecemos por las de justificación. Propiamente no son más que tres: el *ejercicio de un derecho y cumplimiento del deber*; la *legítima defensa*, y el *estado de necesidad*. La *primera* no ofrece dificultades en su regulación legislativa. Para la *segunda* lo mejor es volver al texto del Código puertorriqueño, dado por España, que definió y condicionó la defensa legítima de modo insuperable; a lo sumo se podría simplificar uniendo la defensa del paciente y la del extraño en un solo inciso relativo a la defensa ajena.

Más cuestiones suscita el *estado de necesidad*. Será causa de justificación cuando el bien que se salva es superior al que se sacrifica; mientras que sólo funciona como causa de inculpabilidad cuando no se da esa preponderancia de intereses, pero no puede exigírsele al agente que soporte el peligro que corre el bien jurídico amenazado. Esta diferente condición del estado de necesidad se reconoce en el citado Proyecto de Alemania, en su § 38.

Como causa de inculpabilidad debe figurar, en primer término, el *error*, valuado también el de derecho, aunque con ciertas condiciones, que hoy se acostumbra a designar con el más exacto título de *error de prohibición*. A ese grupo de causas inculpables, pertenece el error sobre las eximentes, sobre todo la llamada *defensa putativa*, y la *obediencia jerárquica*, que supone un acto anti-jurídico, en sí mismo, aunque el subordinado que obedece crea que es legítimo.

Si la llamada no exigibilidad de otra conducta se nos presenta en la vigente dogmática jurídica alemana como causa *supralegal* de inculpabilidad, malamente podríamos captarla para reducirla a reclusión entre los barrotes de la ley. Preferible es dejarla en libertad para que los jueces la aprecien cuando sea preciso individualizarla, hasta el extremo grado, el elemento subjetivo de la infracción.

Finalmente, ocupémonos de las causas de inculpabilidad. El *enajenado*, término muy expresivo para el jurista, comprende cuantas formas de enfermedad mental sean capaces de hacer del hombre un sujeto distinto. El *trastorno mental transitorio* reemplaza con ventaja a la inconciencia, tan difícil de comprobar y tan imposible de hallar en forma absoluta. Pero tanto aquélla como ésta han de subordinarse a elementos valorativos, sin que importe que para su apreciación se necesite el peritaje de los médicos (que profesan una ciencia natural). En efecto, es preciso en uno y otro supuesto, que el agente no pueda *comprender*, la naturaleza de su acto, o si la comprende que *no pueda obrar conforme a ese conocimiento*; es decir, que sea incapaz de inhibir sus impulsos violadores de la norma. He aquí el concepto negativo de la imputabilidad.

Digamos, por último, que es inimputable el *menor*. Determinar la edad límite no es fácil. Las legislaciones modernas excluyen del Derecho Penal a los menores de dieciséis años y hasta algunas elevan a dieciocho años la incapacidad penal. De todos modos convendría proclamar que esos menores se entregarían a establecimientos de educación, reforma o custodia, sin que el juez ordinario intervenga, salvo



para los límites de edad y resolver los posibles problemas de orden familiar. Lo mejor es legislar aparte sobre niños y adolescentes, en un *Código del menor*.

### 15. *La Tentativa*

No parece útil hoy conservar la vieja diferencia entre *tentativa* y *delito frustrado*, que adoptaron los Códigos de España e Hispanoamérica —entre ellos el puertorriqueño de 1879— pues bastaría, al establecer la pena —que no debe ser igual a la del delito consumado, como se hizo en el Código francés de 1810, sino inferior a ella en principio— poner en manos judiciales la posibilidad de equipararla. Tendrá así el magistrado ancho margen para determinar la sanción justa, atendiendo así la tentativa está meramente iniciada o si llegó subjetivamente a su término.

La tentativa debe definirse como “comienzo de ejecución” con lo cual se eliminan los actos preparatorios, que sólo pueden ser punibles en contados casos como delitos en particular (por ej. la tenencia, sin justificación, de ganzúas o llaves falsas). Cosa muy distinta es si el sujeto se manifiesta como peligroso. Puede intervenir entonces una *ley de peligrosidad independiente de lo delictual*, problema que ahora nos ocupa.

Muy debatido se halla el asunto de la *tentativa imposible* por inidoneidad de los medios (envenenar con sustancias inocuas o inexistencia del objeto apuñalar a un hombre que estaba muerto). La fórmula más aceptada es la de no penar el hecho sino en razón de la peligrosidad del acto y de su autor.

### 16. *La Culpabilidad y sus Especies*

No hay tema en Derecho Penal más delicado que éste. Supone individualización de la conducta del hombre y es preciso adentrarse en terreno psicológico y normativo por demás arduo. Prescindamos aquí de si la culpabilidad es psicológica o normativa, de si el dolo y la culpa son características de ella, o más bien sus formas o especies, para decidir si debe definirse la culpa y el dolo o si es mejor prescindir de tales nociones. Aunque en los trabajos de la Gran Comisión para la Reforma del Código Penal de la República Federal Alemana, se dijo que sería preferible no dar en la ley tales preceptos, lo que me parece equivocado, es lo cierto que en el Proyecto impreso pro-

visionalmente, en diciembre de 1956, aparecen muy completas definiciones de esas especies de la culpabilidad.

A mi parecer el *dolo* debe ser definido más o menos así: “Obra dolosamente quien ejecuta el acto con conciencia y voluntad o quien lo emprende teniendo el resultado como posible consintiendo, a todo evento, en que se realice”. De este modo no sólo se abarca en la definición el *dolo directo*, sino también el *dolo eventual*.

Más difícil de concretar es la fórmula de la *culpa* (denominación preferible a la de “imprudencia” que usaba el antiguo Código puertorriqueño, y a la de “negligencia”, que campea en el Código Penal alemán), que será preciso definir como posibilidad de prever que se quebranten deberes, o como previsión del resultado, diferenciando en este caso la llamada *culpa consciente* del dolo eventual por la no ratificación del resultado previsto y el probado aserto de que si lo hubiese tenido por seguro no habría proseguido la iniciada conducta.

Es posible y hasta deseable que conste en la parte general del Código el delito *preterintencional*. Los códigos suelen enumerar, entre los delitos especiales, algunas formas de preterintencionalidad —como en caso de homicidio— y otras figuras emparentadas con ella, que se denominan “delitos calificados por el resultado”. Es necesario generalizar la preterintención y prescindir de los delitos que acabamos de nombrar, rastros de épocas superadas en que se castigó por la mera causación. En el delito preterintencional hay un *maridaje de dolo y culpa*. Dolo en el arranque, proponemos dar un golpe a nuestro adversario, y culpa en el resultado, causarle la muerte; pero para imputar este efecto más grave se precisa, si hemos de caracterizarle como culposo, que se hubiese podido prever. Por ejemplo, en el incendio intencionalmente producido, en el que muere carbonizada una persona, se necesita, si hemos de imputar el suceso letal al incendiario preterintencionalmente, que hubiera podido prever que en la alquería incendiada dormía un hombre. Si ese segundo hecho era imprevisible no se puede cargar al incendiario la muerte de su semejante.

## V. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

### 17. Debate sobre su Naturaleza

Ya hemos afirmado (vid. *infra*, núm. 8) que la orientación político-criminal en que ha de inspirarse todo Código de hoy, reclama que se instalen en su texto, además de *penas, medidas de seguridad*.

Hace medio siglo que los positivistas negaron la diferencia sustancial entre éstas y aquéllas. Por eso los seguidores de la "scuola" hablaron de "sanciones" para abarcar las dos formas de reacción frente al delito y, por eso mismo, el Código de la Rusia Soviética, en su forma originaria de 1924, habló, en conjunto, de "medidas de defensa social", denunciando con ello una inspiración positivista italiana, que Ferri señaló y que los soviéticos infundadamente negaron. Por desgracia, cuando todo esto parecía superado, incluso hasta en la Unión Soviética, los partidarios de la Defensa Social vuelven ahora a la vieja y olvidada tesis de que no hay, al menos "en la práctica", diferencias entre la pena y medida asegurativa.

### 18. La Necesaria Diferencia

Juzgamos voluminoso error esa pretendida unificación. La pena es, por *naturaleza*, retributiva y produce un mal como efecto, ya que lo es siempre cualquier privación de derechos (libertad, pecunia, cargo u oficio), aunque no pretendamos que su fin sea expiatorio, ya que queremos —más o menos infructuosamente— lograr con ella la resocialización del delincuente o en todo caso hacerla inocua. Por ser retributiva cumple la pena su función de prevención general.

En cambio la medida de seguridad, que no se vincula a la culpabilidad, como la pena, sino a la peligrosidad del agente, se agota toda en la prevención especial, evitando que el peligroso siga siéndolo (13).

En consecuencia, será preciso que el nuevo Código puertorriqueño no sólo incluya penas, sino medidas de seguridad para aquellos sujetos que hayan delinquido por causa de enfermedad mental, por embriaguez consuetudinaria, por recalcitrante desafección al trabajo, etc.

Sería, no obstante, grave error seguir el ejemplo de algunos códigos que imponen conjuntamente pena y medida; es decir, que hacen expiar la pena primero y que aplican después la medida de seguridad. Cuando la peligrosidad, por ser grave, sobrepase al delito, acaso de poca monta, la medida de seguridad ha de reemplazar totalmente a la pena.

Si se trata de delincuentes habituales, la medida asegurativa, de

(13) Para todas estas cuestiones *vid* nuestro report al VI Congreso internacional de Derecho Penal, celebrado en Roma en 1953: *Les peines et les mesures de sûreté* en *Revue internationale de Droit penal* (Paris), tomo 24, 1953, págs. 535-553.

carácter severo, al reemplazar a la pena que demostró su inutilidad por las varias reincidencias del sujeto activo, funciona no sólo en la esfera de la prevención especial, sino en la general, puesto que, como hemos dicho, es una medida grave, que en algún Código reciente, como el griego, recibe el nombre de "pena de seguridad".

### 19. *Exclusión de la Pena de Muerte*

Puesto que en Puerto Rico fue abolida en 1929 la pena capital, me reducí, en este punto, a insistir en su eliminación del futuro Código. No faltan gentes de reaccionario espíritu, que atribuyan todo aumento de la criminalidad a la falta de esta pena máxima en las leyes. Pero el caso de la Gran Bretaña tan eminentemente tradicionalista, que ha reducido, por la ley de 1957, a casos extraordinarios la pena de horca, es argumento decisivo para los abolicionistas que cada vez lo somos en mayor número.

### 20. *Las Clases de Penas y su Gradación*

Prescindiendo de las de carácter accesorio, es preciso establecer, como penalidades básicas: La *privación de libertad* y la *multa*.

Sobre la crisis de la prisión se ha escrito mucho (14), y a pesar de sus inconvenientes es harto difícil prescindir de ella. Los ensayos de regímenes abiertos sólo son aplicables en su restringido círculo de delincuentes.

Lo que se halla definitivamente juzgado es el afán, del que fue máximo ejemplo el Proyecto de Enrique Ferri para Italia, compuesto en 1921, de crear muchas clases de penas privativas de libertad. Basta con establecer una en el Código: la *prisión*, con establecimientos distintos y regímenes variados, a los que luego se aludirá. La relativa crisis del Código Penal suizo, que no tiene más que tres lustros de vigencia, y las reformas que ahora tratan de introducirse en su texto, son buena prueba de que los códigos penales deben abstenerse de fraccionar las penas privativas de libertad y de tratar del régimen penitenciario (vid. *infra*, núm. 21).

La *multa* ha adquirido al fin definitiva estructura. El sistema nórdico, que en 1916 introdujo Juan C. G. Thyren en el Anteproyecto

(14) Mariano Ruiz Funes, *La crisis de la prisión*, La Habana, Montero, 1949, ha estudiado mejor que nadie los nocivos efectos de las cárceles.

sueco, ha logrado ser ya ley en Escandinavia, ha pasado el océano y se ha legislado en el Código de Cuba, y se acoge ahora en el tantas veces mentado Proyecto alemán. Consiste en regular la multa en los códigos mediante unidades abstractas —que se denominan “día-multa”—, entregando al juez su efectiva transformación en dinero. Por ejemplo, el daño intencional se penará con una a veinte cuotas (días-multa) y el juez, en atención a los ingresos o a la fortuna del culpable, decidirá si cada cuota debe consistir en veinte centavos o en veinte dólares. Así se logra la justa igualdad ideal para cada autor del mismo delito, y la no menos justa desigualdad de acuerdo, en cada caso, a las rentas, sueldos o salarios del individualizado delincuente.

La *gradación de las penas* es uno de los más trascendentales asuntos, con que los jueces tropezarían. Hay que dejarles amplio arbitrio, y tampoco debemos escatimárselo a la administración penitenciaria —aunque sea el juez quien en última instancia decida— en un moderado sistema de *sentencia indeterminada*, que por cierto ya existe en puerto Rico.

Peró tampoco podemos prescindir de la individualización legal que se logra por el enunciado de *circunstancias atenuantes y agravantes*. En último término no puede negarse que éstas, sean de una u otra clase, tienen siempre índole subjetiva, puesto que incluso las que parecen referirse sobre todo a la cantidad del delito refluén en la gradación de la culpabilidad, por lo cual no negaremos que también pueden ser emplazadas sistemáticamente en el título en que se legisla sobre el sujeto activo de la infracción. Piénsese en un hurto mínimo, en esas formas que en Alemania se llaman “hurtos de boca”, como la sustracción de unas frutas o de un pedazo de carne, sin que suponga el hecho estado de necesidad, ya que en este caso nos hallaríamos ante la justificación del hurto famélico. No cabe duda de que ese hurtador de sustancias alimenticias (pensemos en el adolescente que trepa al árbol para comer manzanas, naranjas o cocos) es menos culpable que el estafador de una joya muy valiosa.

Los códigos de España e Hispanoamérica —incluyendo el de Puerto Rico de 1879— y, lo que es más extraño aún, el ya mencionado Proyecto Ferriano de 1921, daban largos catálogos de circunstancias atenuantes y agravantes, que llegan a su colmo en el Código de Defensa Social de Cuba. Debemos prescindir de esas fatigosas e inútiles enumeraciones y adoptar la fórmula elástica del Código Penal argentino que, en su artículo 41, ordena tan solo tomar en cuenta,

para fijar la pena, la naturaleza y conducta anterior del reo, la calidad de los motivos, etc., etc.

A lo sumo se podrán consignar algunas circunstancias especialmente atenuantes, que en Francia y en Italia acostumbrian a llamar "excusas", y legislar sobre la reincidencia y sobre la habitualidad y el profesionalismo delincuentes, de manera propia y detallada, para someter a tan temibles sujetos a especiales reglas de aseguramiento.

### 21. *El Código de Ejecución de Sanciones*

A medida que las ramas jurídicas se hipertrofian, preñadas de problemas cada vez más arduos, se produce un fenómeno de secesión. Así se explica que las normas para ejecutar las penas reclamen cada día con más imperio una ley especial y autónoma. Por otra parte, cuanto más dogmático y jurídico se hace el penalista más extrañas le resultan las cuestiones de la llamada "Ciencia" o "Derecho penitenciario".

De aquí que cada vez se tienda más a separar la ejecución de las sanciones del Código Penal, y a crear un Código propio para regularla. Como el menester mío de esta hora es el de escribir sobre las bases para un nuevo Código punitivo, y no el de decir cómo puede redactarse una ley para codificar las normas ejecutivas de las medidas de seguridad, dejo simplemente consignados estos temas sin entrar en detalles que alargarían innecesariamente este estudio. Los distintos establecimientos penitenciarios y los regímenes progresivos que deben imperar en el tratamiento del recluso, son asuntos que ha de resolver el Código de Ejecución de Penas.

## VI. LA PARTE ESPECIAL

### 22. *Clasificación de los Delitos*

Es evidente que no me propongo hacer una exposición de los delitos en especie. Me limitaré a proclamar la urgente necesidad de ordenarles y regularles conforme a un sistema científico. Cuando se lee el vigente Código puertorriqueño se siente la sensación del vacío. Tan absurdo es el método adoptado para definir y sancionar los delitos particulares.

Sin ser individualista, me parece evidente que los más graves

delitos son aquellos que atentan contra la vida del hombre. Y, como no somos partidarios de dictaduras, colocamos en el postre lugar al Estado, creación humana, vestidura político-jurídica de la Nación *que es mucho más entrañable porque indica solidaridad de sus gentes en el ayer, en el hoy y en el mañana* (por eso la inmensa mayoría de los países de Hispanoamérica son Estados, pero es muy dudoso que sean ya Naciones). Se comenzará, pues, en un Código Penal auténticamente democrático, por los delitos *contra el individuo* y dentro de ellos por los que tienen como bien jurídico, que importa proteger, la *vida humana*, tanto en su integridad *física* como en la moral, que es el *honor*, la *libertad* y la *honestidad*; finalmente se configurarían los delitos *contra el patrimonio* del individuo. Inmediatamente se regularían los delitos *contra la familia*, breve círculo de hombres y mujeres que conviven bajo un común sentir y a veces bajo el mismo techo. Siguen luego los *delitos contra la sociedad*, a fin de tutelar con la pena la *salud pública*, la *seguridad colectiva*, la *economía* y el *trabajo*. Van después los delitos *contra la Nación*, sancionando los que atentan a su *seguridad exterior e interior*. Puede terminarse esta parte especial con los *delitos contra el Estado*, bajo cuyo epígrafe deberían figurar los *delitos de los funcionarios públicos*, *contra la Administración de Justicia*, y hasta los *delitos contra la fe pública*, aunque acaso fuera más correcto insertarlos en la sección de los delitos *contra la sociedad*, puesto que tratan de proteger la verdad y el crédito moral.

### 23. Delitos Nuevos

Aunque no pretendo parodiar la frase de Lombroso, de “delitos viejos y delitos nuevos”, es paladino que hay infracciones envejecidas que subsisten momificadas, mientras que otras hace muchos años que desaparecieron, como la herejía y la hechicería. Debe seguir el mismo camino de olvido el *duelo* que al periclitar los hábitos caballerescos sólo es hoy una farsa ridícula. Lo que en él haya de privilegiado, *honoris causa*, puede beneficiar como atenuante genérica al que mata o lesiona a otro, sea en duelo regular, en duelo criollo, o en riña motivada.

En contrapartida, buen número de delitos nuevos han ido apareciendo: la *omisión de socorro*, agravada cuando el desalmado fugitivo fue el causante de la situación desgraciada de la víctima (como en el caso del que escapa a toda velocidad de su automóvil tras de causar el atropello), y la *inasistencia de los deberes familiares* —que

con menos propiedad suele llamarse “abandono de familia”—. Estos dos delitos se configuran en la ley como *omisión simple*; es decir, sin tener en cuenta el resultado de agravación o muerte del *no* socorrido, aunque se transformen en delitos de comisión por omisión cuando, el que no presta socorro o niega la asistencia familiar, se proponga dolosamente producir el deceso, la agravación de la enfermedad o herida, o el reducir a la víctima a misérrimas condiciones de existencia.

La *usura*, la entrega de pago de *cheques sin provisión de fondos*, el *enriquecimiento ilícito de funcionarios*, y los *delitos económicos*, son otras tantas infracciones que estamos obligados hoy a definir en el cuerpo de leyes penales. Con respecto a estos últimos convendría abstenerse de hacerles proliferar en demasía. Sólo han de inscribirse en el Código Penal los más fundamentales y ya definitivamente perfilados. Los restantes, debido a su falta de consistencia y a su constante cambio (mercado negro, agio, monopolios, etc.), es preferible incluirlos en una ley especial, donde se definan delitos *sensu stricto* e infracciones administrativas.

#### 24. Las Contravenciones

Nos parece muy conveniente destinar un libro último a una postrera sección, a las *faltas*, o contravenciones. Puede adoptarse el método, seguido en otros países, de relegarlas a un Código de faltas, confiando su enjuiciamiento a jueces municipales o correccionales, o a un Código de Policía, como ha hecho Costa Rica. Sin perjuicio de que esta clase de contravenciones, variables de suyo, se definan y sancionen en un Código especial, creemos que las faltas a las que llaman Pacheco y Dorado Montero delitos livianos o miniatura de delitos, han de consignarse en esa sección o libro con que se cierre el Código Penal.

#### CONCLUSION

Al poner punto final a mi trabajo quiero repetir lo que dije al comienzo: No ha sido mi propósito hacer un Proyecto de Código Penal. Sino decir las “bases generales” en que debe asentarse una legislación punitiva para una genuina democracia (15). Por eso no he

(15) Al ser liberada la Argentina de la desconcertante situación que vivió doce años, me invitaron varias de sus Universidades —de las que estuve voluntariamente alejado desde 1946— a dar cursos o conferencias, ora sobre lo que debe ser la Universidad bien sobre el Derecho Penal de una democracia. Sobre este tema, aunque no enfocado expresamente hacia la reforma del Código Penal argentino —que me parece sobremanera innecesaria—, di en la Facultad de Derecho de la antigua y prestigiosa Universidad de Córdoba, un breve curso de tres conferencias el año 1956. El Centro de Estudiantes de Derecho de aquel alto centro de estudios, ha impreso estas disertaciones bajo el título con que fueron pronunciadas: *Bases para una Restauración del Derecho Penal Democrático*, Córdoba, Cuadernos, enero marzo 1957



encarado todos los problemas que un Código tiene forzosamente que enfrentar. Me he circunscrito a aquellas cuestiones más debatidas hoy entre los mejores penalistas del mundo. La competencia de los hombres de Derecho puertorriqueños salvará las inevitables lagunas de que ha de adolecer, por necesidad, un trabajo que se enmarca en el estrecho cuadro de un artículo de Revista.

*(Tomado de la Revista Jurídica  
de la Universidad de Puerto Rico)*