

El hecho se agrava:

"1o. — Si la mujer fuere llevada al extranjero para la explotación de su cuerpo... (Es lo que se conoce como trata de blancas).

"2o. — Si el responsable fuere ascendiente, descendiente, afn en línea recta o hermano de la víctima". (v. art. 330).

d) — Patrocinar o siquiera tolerar con fines lucrativos, la prostitución de la hija, esposa, hermana o madre, cuando el patrocinador, siendo hermano o hijo, es mayor de edad. (art. 331).

El fin lucrativo es, pues, elemento del proxenetismo en sus diversas formas, salvo el caso de destinación de local para actos homosexuales, modalidad en la cual no es necesario ese requisito, que de presentarse es motivo de agravación de la sanción.

También es característico de este delito la contribución del agente para desahogar pasiones lujuriosas ajenas.

Finalmente, sujeto activo del proxenetismo puede ser cualquier persona, hombre o mujer.

□

EL UXORICIDIO POR ADULTERIO EN EL CODIGO PENAL COLOMBIANO

Carlos Gaviria Díaz

CONSIDERACIONES PREVIAS. No creo incurrir en una falsa apreciación, afirmando que el derecho penal es de todas las disciplinas jurídicas la más ardua. La razón me parece que es clara: el delito, que constituye la vértebra de su estudio, es un fenómeno complejo. Es, antes que nada, un hecho del hombre, de profundos significado y trascendencia sociales, cuyo examen antropológico reclama prelación sobre el análisis jurídico. Tal fué, justamente, el gran hallazgo de la escuela positivista.

El hecho delictual sólo en último término es elaboración jurídica y si se le mira únicamente en esta fase final, la visión que de él se obtiene es necesariamente periférica, incompleta. De allí que la tarea del criminalista rebasa el ámbito de las exigencias puramente legales —normativas— e invada los terrenos de la psicología, de la sociología y en general de todas aquellas derivaciones científicas que enfocan al hombre y a la sociedad como sus objetivos inmediatos.

Resulta, pues, explicable el hecho de que a menudo las situaciones penales sólo sean inteligibles en su verdadero alcance a partir de enunciados sociológicos y psicológicos, sobre todo de estos últimos. Se trata de problemas jurídicos en cuya solución juegan su carta decisiva postulados extrajurídicos. Tal fenómeno se da en el caso de los delitos cometidos en un estado afectivo agudo, grave e injustamente provocado, como el previsto en el artículo 382 del Código Penal Colombiano, que sirve de tema a las siguientes líneas.

Sólo me propongo esbozar las facetas que considero más relevantes en el uxoricidio por adulterio, tal como lo consagra la ley sustantiva colombiana, y señalar sus aspectos más seductores sin intentar —como es obvio— su examen exhaustivo.

DISPOSICIONES PERTINENTES.—Artículo 382: "Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, her-

mano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana de vida honesta, a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, se impondrán las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, (1) disminuídas de la mitad a las tres cuartas partes.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al que en estado de ira o de intenso dolor, determinados por tal ofensa, cometa el homicidio o cause las lesiones en las personas mencionadas, aún cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal.

Cuando las circunstancias del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable, podrá otorgarse a éste el perdón judicial y aún eximirse de responsabilidad'.

Artículo 383: "Las atenuantes previstas en el artículo anterior no se aplicarán cuando se trate de cónyuges separados o divorciados o cuando el padre, el marido o el hermano hubieren abandonado el hogar".

El artículo consagra, pues, una atenuante en favor del cónyuge (marido o mujer) padre o madre, hermano o hermana, cuando lesionan o dan muerte al cónyuge, la hija o la hermana, a quien sorprendan en ilegítimo acceso carnal, o al copartícipe de dicho acto. Establece la disposición, de manera precisa, quiénes pueden ser sujetos activos y pasivos del homicidio o las lesiones en tal evento, y exige —para que la excusa sea procedente— la concurrencia de determinados requisitos, de ciertas calidades en unos y otros. La mujer, sea ella la víctima o sea su copartícipe, ha de ser de **vida honesta**. Y el agente o sujeto activo del delito—aquí se desprende del artículo 383—debe haber observado una conducta conforme a las normas del derecho y la ética familiar: que no haya abandonado las obligaciones que le incumben en virtud de dichas normas y además, si se trata de cónyuges, que no medie divorcio o separación.

La vida honesta que exige de la mujer el artículo 382, no hay que entenderla en un sentido absoluto sino subjetivo, desde el punto de vista del agente. Expresado de otro modo: lo que se requiere no es propiamente la honestidad efectiva de la mujer, sino la fé del agente en tal honestidad.

Con respecto a las exigencias del artículo 383, no sobra anotar que el divorcio a que hace referencia há de entenderse como separación de cuerpos judicialmente declarada, pues no existe en nuestra legislación civil el divorcio vincular o perfecto. Y en cuanto al abandono y la separación (de hecho, es decir, sin que medie providencia judicial que la declare), es evidente que se trata de un alejamiento físico y moral —afec-

(1) Tales capítulos. I y II del Título XV, Libro II del C. Penal, se refieren en su orden al homicidio y a las lesiones personales.

tivo— y en modo alguno de la ausencia meramente transitoria, forzosa muchas veces, durante la cual no sólo subsiste sino que se acentúa para los cónyuges el deber de fidelidad que el vínculo matrimonial impone.

BREVE NOCION DE LOS ESTADOS AFECTIVOS.—Observé más atrás, que en el artículo 382 se contempla el caso de homicidio o lesiones personales perpetrados por el agente en un estado afectivo agudo. Ahora bien: como en tal estado y en el motivo que lo provoca, se encuentra la razón de la atenuante, me parece que es preciso para entender mejor el problema, hacer —así sea con ligereza— ciertas consideraciones de carácter psicológico y más concretamente sobre la afectividad.

De acuerdo con el maestro argentino Luis Juan Guerrero, "el instinto es un modo de respuesta organizado y relativamente complejo, propio de una especie y adaptado a un tipo determinado de ambiente, que no puede ser adquirido por el individuo, pues lo recibe íntegramente constituido por obra de la especie". Sobre este fértil terreno florece la vida afectiva, la cual se manifiesta de tres modos genéricos: **emoción**, **pasión** y **sentimiento**. La clasificación, definición y alcance de estos fenómenos afectivos, constituyen punto de divergencia de las distintas escuelas y tendencias psicológicas y aún objeto de discrepancia entre autores adscritos a una misma corriente. Esta afirmación está corroborada por la autorizada opinión de Gemelli: "No hay dos autores que los separen y describan y denominen de la misma manera", dice el ilustre psicólogo refiriéndose a los sentimientos y las emociones.

Haciendo de lado la interminable controversia, me parece útil seguir de cerca, por claras y precisas, las nociones que el doctor Carlos Jiménez Gómez consigna en su tesis "Los estados afectivos en el Código Penal Colombiano", acerca de los fenómenos en cuestión:

EMOCION. "Es una manifestación fuerte y breve de energía instintiva o tendencial, en estado más o menos puro o en fusión de un instinto con otro, o de éste con sus elaboraciones intelectuales —sentimientos—". (La tendencia es el mismo instinto en cuanto se funde con la vida cognoscitiva). Quizá cabría agregar: surgida al estímulo de una situación valiosa (positiva o negativamente) o de su representación. Son sus notas distintivas la **intensidad** y la **brevedad**.

PASION. "Es la expresión intensa, durable e intelectualizada de la energía instintiva del sujeto, en relación con un objeto determinado". **Intensidad, duración e incorporación del elemento intelectual**, son sus caracteres esenciales: "La emoción es agua que rebasa un dique, mientras

que la pasión es un torrente que cava más y más profundamente su propio cauce", dice Kant en frase gráfica y lapidaria. (Cita de Guerrero). El mismo Guerrero define el estado pasional como "la total concentración y absorción de la vida psíquica en un asunto determinado, envuelto en una inmensa tonalidad afectiva. Es lo que ocurre con el avaro —ejemplifica— encerrado en su afán de riqueza y cuya actitud ante la vida ajena es tan mezquina como la que guarda consigo mismo".

SENTIMIENTO. "Es el estado afectivo producido por la conciencia del valor o disvalor de un objeto". La diferencia que existe entre emociones y sentimientos es puramente funcional, pues mientras aquéllas son fenómenos de inadaptación, éstos —los sentimientos— sirven de reguladores en la vida afectiva, como lo observó Pierre Janet. Ascenden gradualmente desde los sentimientos inferiores, objetivos o sensoriales (el dolor físico es el mejor ejemplo) hasta los sentimientos superiores o subjetivos (sentimientos religiosos, éticos, políticos etc.).

Para nuestro propósito interesa sobre todo el estudio del ráptus emotivo ("huracán psicológico", como lo llamó Ferri), pero no como estado afectivo en sí, sino en cuanto modifica la responsabilidad del delincuente ante la ley.

Las emociones que ofrecen un mayor interés, por la alteración profunda que ocasionan en la afectividad de quien las padece y la conducta consecuencial a tal desequilibrio afectivo, son: **la ira, el miedo** y los celos, proyecciones —en su orden— del instinto expansivo o de afirmación del yo, del instinto de conservación personal y del instinto de conservación de la especie.

LA IRA. Fröbes, en su magnífico Tratado de Psicología Empírica y Experimental, acoge la definición de ira propuesta por Bain: "es un impulso o tendencia conciente a hacer mal a otros, recibiendo contento de ello". Si nos atenemos a la clasificación que de las emociones hizo Kant en su "Antropología en sentido pragmático", distinguiendo las **esténicas** (o procedentes del instinto de lucha) de las **asténicas** (originadas en la debilidad), es preciso concluir que la ira es clasificable dentro de la primera categoría. Es la manifestación de un instinto tánico (que tiende a la destrucción) por oposición al instinto erótico (tendencia irrefrenable a la unión), conforme a la ordenación freudiana.

EL MIEDO. Es la emoción que se experimenta ante la proximidad o perspectiva de un mal, acompañada fatalmente de un impulso irresistible a liberarse del peligro, no a combatirlo. Es, pues, emoción típicamente asténica.

LOS CELOS. En el grado de emoción, son un fenómeno complejo a cuya formación concurren la ira y el amor. Una extraña fusión del instinto expansivo —egoísta— y el de conservación de la especie. Son la faceta de egoísmo en el sentimiento amoroso. Pretensión de quien ama a poseer de manera exclusiva el objeto amado.

Fröbes anota que en el hombre, en la etapa de desarrollo, la evolución de los celos y el desenvolvimiento en la estimación valoral son hechos coincidentes.

PARALELISMO DE LOS ARTICULOS 28 Y 382.—Como la excusa o atenuante consagrada en el artículo 382, tiene como fundamento la emoción violenta, determinada en el agente por una provocación grave e injusta, situación contemplada ya, en forma genérica, por el artículo 28, me parece conveniente —casi imprescindible— establecer la relación existente entre una y otra norma.

Dice el artículo 28: "Cuando el hecho se cometa en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación, se impondrá una pena no mayor de la mitad del máximo ni menor de la tercera parte del mínimo, señalados para la infracción". (Tal disposición está ubicada en la parte general del código, capítulo II, título I del libro I.

Son pues, requisitos para que pueda invocarse la atenuante: 1o.) Provocación grave e injusta 2o.) Que la injuria determine en el provocado un estado de ira o de intenso dolor; 3o.) Que el delito esté vinculado a los anteriores presupuestos, como el efecto a la causa.

Si la ira o el dolor intenso que asisten al agente en el momento de delinquir, han sido desatados por una ofensa injusta mas no grave, no es procedente la excusa consagrada en el artículo 28, pero como circunstancia reveladora de menor peligrosidad ha de tenerse en cuenta, según el ordinal tercero del artículo 38, para efectos de graduación de la pena.

La cólera, dentro del sistema doctrinal de la escuela clásica, es causal de atenuación, pues quien obra bajo el influjo de ese estado emocional, no goza totalmente de su albedrío y tal circunstancia le resta al delito su "fuerza moral subjetiva".

La escuela positiva, cuya superioridad en materia de planteamientos psicológicos es incuestionable, no fundamenta la excusa en el estado afectivo en sí, sino en el móvil que lo desata. La violencia consecuencial a una reacción colérica que ha sido provocada por una ofensa grave e injusta, no es en modo alguno indicio de peligrosidad. Mas si la cólera en sí fuera base suficiente para la atenuación, en principio, todos los delinquentes se beneficiarían con ella, pues es bien reducido el número de delitos que se cometen con absoluta frialdad y serenidad de ánimo.

Hace alusión la norma comentada (artículo 28) a un “estado de ira o de intenso dolor”. Concuerdan casi unánimemente los expositores de derecho penal colombiano en afirmar el carácter disyuntivo de la conjunción y por ende que se trata de estados anímicos diferentes.

Desde los tiempos del derecho penal clásico (hago referencia a la época en que la escuela de ese nombre alcanzó su mayor auge), se ensayaron criterios en orden a diferenciar la ira del dolor. Para Carrara, figura cimera de esa corriente, la ira se origina en una ofensa inferida a la persona misma del provocado, mientras que el dolor nace del ultraje que se causa a un tercero. La distinción entre uno y otro estado en los términos en que la establece el genial maestro de Pisa, resulta artificial y arbitraria pues carece de fundamento real y está desmentida por la experiencia psicológica. Nada se opone, en efecto, a que un individuo experimente intenso dolor ante el agravio dirigido contra su propia persona o su patrimonio moral o a que sienta ira —y es éste el caso más frecuente— ante la injuria que se infiere a un tercero, especialmente cuando a él lo ligan los lazos de la sangre o del afecto.

En concepto del insigne expositor colombiano Carlos Lozano y Lozano —prematuramente desaparecido— la ira se presenta normalmente en el grado de emoción (estética, como atrás quedó dicho) y cuando degenera en estado pasional se transforma en odio. El dolor, en cambio, es típicamente una pasión (asténica, como que nace de la debilidad y tiende a la actitud pasiva) que precisa cierta dosis de intensidad para revestir los caracteres del estado emocional. De allí que el legislador haya exigido que el dolor sea intenso, pues es el raptus emotivo y no el simple estado pasional el que excusa la conducta antijurídica del agente, siempre que además sea el resultado de una provocación grave e injusta, como ya se había anotado.

Ahora bien: la emoción violenta —opina el mismo profesor Lozano— sólo cuando subsigue a la injuria de manera más o menos inmediata, aminora la responsabilidad legal de quien delinque bajo su influjo irresistible, pues con el transcurso del tiempo el estado emocional se metamorfosea en pasión y ésta, ya se dijo, no excusa la conducta contraria a derecho. Adhiere pues, el doctor Lozano, a la teoría llamada “**diversio ad actos extraneos**”, según la cual se presume que la emoción se ha extinguido una vez que el agraviado se ha reintegrado a sus ocupaciones habituales, porque —son sus palabras textuales— “nadie que esté dominado por la cólera o el intenso dolor, tiene ánimo, ni fuerzas, ni lucidez para ejecutar actos comunes y rutinarios”. Si el injuriado ha recobrado la tranquilidad necesaria para conagrarse a sus actividades ordinarias, está obligado a inhibirse, desechando toda reacción violenta como medio

de reparar afrentas que ya pertenecen al pasado, sostienen los epígonos de esta doctrina.

Los psicólogos modernos, con mejores razones a mi juicio, tienden a restarle valor a la citada teoría, enunciada en un principio como dogma intangible. Al efecto toman como punto de referencia la distinción entre ira de primer y de segundo grado.

Toda reacción violenta que subsigue a la provocación, es fruto sólo de la cólera. Esa emoción intensa del sujeto que responde en el momento mismo en que es ultrajado, constituye la ira de primer grado. En tal estado afectivo la razón se encuentra totalmente relegada y el hecho de que juégo reaparezca no significa que la emoción se haya agotado por completo. Porque el proceso psíquico no se desenvuelve en forma rectilínea, sino que es más bien cíclico. (“La pasión es la emoción en permanencia. A pesar de eclipses aparentes está siempre allí, dispuesta a aparecer, absoluta, tiránica”, expresa Th. Ribot, citado por Abel Rey). La pasión del dolor queda como un remanente afectivo en el agraviado. Entra entonces en juego la memoria afectiva y ese estado pasional, asténico, llamado dolor, impotente de suyo para impulsar al individuo a la acción, excita el renacimiento de la cólera que esta vez se presenta como emoción de segundo grado, pues no es ya fruto de la ofensa misma sino de su reviviscencia. Es éste el instante en que ira y dolor, estados afectivos opuestos, se funden e integran, como lo había ya observado Ribot. Este fenómeno, fácilmente advertible en la realidad psicológica, no puede ser desconocido por la ley y por ende, quien obra en ese estado debe ser amparado con la atenuante. Basta, pues, comprobar el nexo de causalidad entre la provocación y la reacción colérica del provocado, para que proceda la excusa.

Lo que hasta aquí se ha dicho del artículo 28, es aplicable también al 382 pues éste no hace otra cosa que considerar una provocación específica que debido a la especial gravedad que reviste y al grado de turbación también especial que produce en el ánimo del agente, hace a éste acreedor a un tratamiento todavía más benigno que el contemplado en la causal genérica del artículo 28. En la eventualidad prevista en el artículo 382, el sujeto activo de la infracción actúa bajo el influjo de intensa emoción (ira de primer grado en el caso del primer inciso y de segundo grado en el caso del segundo). Tratándose concretamente del cónyuge burlado, la emoción que lo asiste en el momento de delinquir es la de los celos, mezcla de cólera y amor, como quedó anotado al reseñar brevemente los estados afectivos. Un profundo dolor por la desposesión del objeto amado, dolor que hunde sus raíces en lo más hondo del instinto egoísta y que, provisto de ira, compele a quien lo padece, a la destruc-

ción, algunas veces del objeto amado, otras del usurpador y no pocas de los dos a un tiempo.

“Los celos nacen —dice Mac Dougall— cuando el amado consagra a otro, parte de la atención que uno exige para sí”. (Cita de Fröbes) Pero es preciso distinguir el individuo que actúa por celos, del celoso temperamental. El primero es presa de intensa emoción ante el hecho vivido de la desposesión; el segundo —aún sin el más leve fundamento— vive temeroso de ser desposeído del objeto amado, pasión ésta que enriquece su fantasía y estimula su morbosa imaginación, llevándolo a forjar situaciones ficticias en las que él aparece como víctima de engaños e infidelias conyugales a los que pone término de manera violenta. El primero es un hombre normal que reacciona ante un acto de provocación y es en su favor que se ha consagrado la atenuante. El segundo es un anómalo psíquico y como tal debe tratarse.

Otelo, contra la creencia vulgar, no es un celoso sino un hombre que obra por celos, sin que la inocencia de Desdémona desvirtúe esta afirmación. Las maquinaciones diabólicas de Yago, las argucias satánicas para dar apariencia de realidad a sus trufas, suplen la provocación en la tragedia shakespeariana.

LA SORPRESA EN EL ACTO CARNAL ILEGÍTIMO. Con respecto a la expresión **sorprender en ilegítimo acceso carnal**, usada por el legislador, han coincidido la jurisprudencia y la doctrina colombianas al afirmar que élla ha de entenderse en su más amplia acepción, haciéndola extensiva a aquellos casos en que el agente, a pesar de no haber presenciado el hecho, obra con base en sospechas fundadas, en rumores insistentes o en otras pruebas o indicios concluyentes que lo llevan a la certidumbre de que ha sido burlado.

Discrepando de ese criterio casi unánime, sustenta el doctor Carlos Jiménez Gómez en su tesis de grado, referida más atrás, una opinión expuesta de manera brillante y seductora, asistida por razones de orden psicológico que comparte el autor de este ensayo. Dice el doctor Jiménez, que para que el agente pueda invocar la excusa especial del 382, es preciso que haya sido testigo presencial de los hechos. “Conceptuamos —escribe— que la sorpresa a que claramente el texto legal se refiere, no puede ser suplida ni aún con la confesión del cónyuge, la hija, la hermana o su copartícipe. Diríamos que es éste un caso excepcional en que la ley exige que el individuo actúe en función de una prueba directa real de los motivos de su acción”. Quien presencia el hecho está amparado con la excusa del artículo 382. Quien tiene de él un conocimiento indirecto, sólo es acreedor a la atenuante genérica del 28. “El ímpetu sufrido —agre-

ga más adelante— por el cónyuge, por el padre o la madre, el hermano o la hermana que conocen el hecho del acceso carnal ilegítimo consumado por su cónyuge, hija o hermana, es indudablemente de enorme intensidad. Pero la intensidad de tal ímpetu, por enorme que se la considere, resultará siempre de grado inferior al sumo desgobierno psicológico que sucede al conocimiento sensible, directo, del acceso carnal. Para ser más explícito aún, podría decirse que de una a otra situación (alude a las contempladas en los artículos 28 y 382) va lo que de la narración al espectáculo”. Dándole a la expresión un gesto más literario pero a la vez más gráfico, podemos decir que la primera situación es equiparable a la novela y la segunda al teatro.

Al acceso carnal deben asimilarse —para los efectos de la disposición— todos aquellos actos previos o posteriores a él, que indefectiblemente y de manera inequívoca dan fé de su realización próxima.

El artículo enumera taxativamente los individuos que tienen derecho a la excusa especial, cuando incurren en la situación prevista en él. Existen, claro está, otros sujetos que pueden verse abocados a circunstancias análogas, por estar ligados a la persona trabada en la cópula carnal, por los lazos de la sangre o del afecto, pero no enunciados en la lista exhaustiva del artículo por razones de orden moral o social. Ellos quedan amparados por la aminorante de responsabilidad contemplada en el 28.

PUNIBILIDAD DEL UXORICIDIO POR ADULTERIO. La punibilidad del homicidio y las lesiones personales en las circunstancias específicas de provocación que hemos venido contemplando, y de manera muy especial en el caso de conyugicidio por adulterio, ha sido objeto de acaloradas discusiones suscitadas por ilustres criminalistas de diferente orientación y procedencia ideológica, reclamando cada cual la solución más acorde con los principios de su escuela.

El profesor argentino José Peco, en su obra intitulada “El uxoricidio por adulterio”, expone y glosa las tesis fundamentales que al respecto han sido sustentadas por los tratadistas más eminentes. Como son bien numerosas y el estudio detenido de cada una de ellas resultaría prolijo, me limitaré a agruparlas en cuatro categorías —que corresponden a las tendencias más relevantes— comentándolas en forma breve.

a) **NEGACION DE TODA EXCUSA, INCLUSIVE ATENUANTE.** Abanderados de esta tesis son algunos neoclásicos —Manzi-

ni entre los más ilustres—. Desechando toda consideración de orden psicológico, subestimando el móvil poderoso de la provocación, sostienen estos expositores que el cónyuge que mata estimulado por la injuria del adulterio, sólo demuestra ser un feroz propietario, un celoso tirano (Manzini), que su crimen es odioso y antisocial. (Brunetiére), fruto exclusivo de la venganza y el sentimiento egoísta.

Basta para descalificar esta teoría, parar mientes en su desdén por el estado afectivo del agente injustamente provocado, su deliberado menosprecio por la realidad psicológica. Olvidan los teorizantes propugnadores de semejante doctrina, que el sujeto que delinque es un individuo, en cuya vida afectiva juegan papel preponderante las fuerzas instintivas, las cuales se desbordan en torrente emotivo cuando son excitadas.

b) SUSTENTACION DE LA EXCUSA ABSOLUTORIA.

Conforme a la teoría positivista del derecho criminal, la sanción no es justa en sí misma ni debe perseguir fines expiatorios. No se cimenta en motivaciones filosóficas sino en razones políticas de defensa social. Dentro de la dialéctica de la escuela positiva, cabe distinguir en la pena dos objetivos que se integran y complementan recíprocamente en su adecuación al fin: 1o.) Defender a la sociedad de quien le causa daño; y 2o.) Readaptar al delincuente para la vida de comunidad. La sanción es prenda que garantiza la no repetición del hecho socialmente nocivo, que da seguridad para el futuro.

Partiendo de estos postulados —inobjetable desde el ángulo de la defensa social— algunos autores han sostenido que quien da muerte al cónyuge adúltero o al copartícipe del acto adulterino, no denota peligrosidad alguna y por ende debe ser eximido de toda pena.

Según mi modo de ver, la conclusión a que arriban tales doctrinantes es sofisticada e incluso pugna abiertamente con la política de defensa social preconizada por la escuela positiva, es decir, vulnera los mismos principios en cuyo nombre se proclama la excusa absolutoria como solución.

El vicio fundamental de la tesis en cuestión, consiste en que juzga al negar sistemáticamente la peligrosidad de quien actúa provocado por el acceso carnal ilegítimo, haciendo caso omiso de la personalidad del agente, cuyo examen detenido en cada caso concreto es imprescindible. No es válido afirmar a priori la ausencia de peligrosidad en el sujeto activo, porque tanto puede delinquir en circunstancias especiales de provocación el hombre honrado y honesto, como el redomado antiso-

cial, y parece lógico pensar que uno y otro deben ser sometidos a tratamiento diferente, lo que además resulta más acorde con las concepciones positivistas del delincuente y de la pena.

c) EL UXORICIDIO POR ADULTERIO ASIMILADO A LA LEGITIMA DEFENSA DEL HONOR. Aún más extrema que la anterior, es la opinión de quienes afirman que en el uxoricidio por adulterio se configura una legítima defensa del honor. Y digo que es más extrema, pues mientras la anterior admite la antijuridicidad del hecho, negando sólo la conveniencia de la sanción por las razones ya examinadas, ésta sostiene que la conducta del uxoricida se justifica, es decir, no es contraria a derecho.

Arraiga esta opinión en las más antiguas sistematizaciones legales que concedían al hombre, expresamente, el derecho de dar muerte a su mujer, sorprendida en adulterio, o al cómplice del acto adulterino o a los dos a un tiempo.

“Si alguno sorprende a su mujer yaciendo con otro, dueño es de atar a entrambos y arrojarlos en el agua, pues el marido puede hacer gracia a su mujer, como el rey la hace a sus esclavos”, decían las leyes de Hammurabi.

El derecho romano mantiene un principio similar, a través de sus distintas fases evolutivas. La ley Julia confiere al pater familias el derecho de matar a la mujer adúltera que se halle bajo su potestad y al copartícipe del adulterio, siempre que los sorprenda “in flagranti” delito. Y en la codificación justiniana, este derecho se hace extensivo al marido.

La norma consagrada en el derecho español medieval de los Fueros y los Ordenamientos es, a grandes rasgos, igual a la anterior. El Fuero Real de España, por ejemplo, sanciona el homicidio con la pena de muerte, salvo si el agente “matara su enemigo conocido, o defendiéndose o si lo hallare dormiendo con su muger doquier que lo fallase o si la fallase en su casa dormiendo con su fija o con su hermana”.

E igualmente en las leyes francesas de la misma época se consagra la impunidad para el marido que mata a la mujer y al cómplice, pero siempre que les dé muerte a ambos.

El contenido de todas esas normas nos revela de manera clara, cómo el sentimiento social ha impugnado secularmente el adulterio de la mujer y defendido a todo trance la autoridad marital, la férula del macho. La opresión de la mujer por el hombre, su precaria situación en la vida doméstica y en la social, se han reflejado en el derecho. El hombre ha sido el amo y la mujer su sierva. Esta ha sido depositaria de todos los deberes, mientras aquél lo ha sido de todas las prerrogativas. Aún los mo-

ralistas que exageran la gravedad del adulterio de la mujer, han mirado con tolerancia y benevolencia las relaciones adúlterinas del hombre.

Felizmente, las legislaciones modernas han borrado las odiosas discriminaciones establecidas en razón del sexo, que en nada consultan los más elementales principios de justicia y equidad.

Mas, partiendo ya del supuesto de una legislación igualitaria, que trata con el mismo rigor o benignidad —según el caso— a quienes infringen sus preceptos, sin atender a infundados prejuicios, preciso es considerar si el uxoricidio por adulterio sí configura una situación que justifique la conducta del agente, es decir, si éste puede invocar como causal de impunidad la legítima defensa del honor.

El único encargado de velar por la tranquilidad y mantener la seguridad en el seno del cuerpo social es, en principio, el Estado. Sólo a él compete la tutela de los derechos y garantías de los asociados. Pero ante ciertos hechos atentatorios de esos bienes jurídicos, hechos que es preciso rechazar con premura para que la protección sea eficaz, el Estado delega en los propios particulares la salvaguardia de sus intereses, vale decir, admite la autotutela. Ferri va todavía más allá cuando opina que el derecho de legítima defensa no lo tiene el particular por delegación del Estado sino por el hecho de vivir en sociedad y que la Ley se limita a reconocerlo.

Para que surja la situación de legítima defensa, precisa la concurrencia de estos presupuestos: a) Violencia actual e injusta; b) Que tal violencia ponga en crisis inminente la persona, el honor o los bienes del que se defiende o de un tercero; c) Que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Como para el fin que me he propuesto es la legítima defensa del honor la que interesa, veamos cuándo puede invocarse por reunirse los elementos que la configuran.

El profesor Lozano en su extraordinaria obra "Elementos de Derecho Penal", aduce como ejemplo típico de defensa justa del honor, el de la persona que apela a la violencia para rechazar un atentado contra su pudor (término que en nuestra legislación es sinónimo de honor sexual). "Y —agrega el doctor Lozano— como la doctrina y la ley extienden a terceros el derecho de defensa del agredido, todo el que defienda a una mujer expuesta al peligro de violación o abusos deshonestos, y con mayor razón los miembros de su familia, pueden reaccionar legítimamente siempre con los requisitos de injusticia, gravedad e inevitabilidad del mal y de proporción entre acción y reacción".

Dichos elementos no se dan en la hipótesis de homicidio provocado que venimos contemplando, por estas razones: 1a.) El ilegítimo acceso carnal a que alude la disposición glosada, excluye toda violencia como que se trata de un acto consentido; 2a.) No existe amenaza contra ningún bien jurídico sino simplemente una especie de renuncia al pudor por parte de la esposa, la hija o la hermana, personas éstas que se presuponen aptas para consentir sexualmente, pues aunque es cierto que la esposa debe a su marido fidelidad conyugal, y viceversa, muchas legislaciones —la colombiana entre ellas— no sancionan el adulterio como delito, con lo cual éste no pasa de ser un acto meramente inmoral; 3a.) Y aquí me remito de nuevo a la opinión ilustrada de Lozano, "porque no hay proporción entre la vida de un hombre y un acto de adulterio, por más que los prejuicios sociales, heredados de la raza española, pretendan hacer creer lo contrario".

Creo que las razones anteriormente expuestas llevan a concluir de modo general, en doctrina de jure condendo, que existen diferencias fundamentales y evidentes entre la legítima defensa del honor y el homicidio provocado por ilegítimo acceso carnal, sin posibilidad alguna de subsumir la última hipótesis en la primera.

Ya en el derecho positivo colombiano la situación, ex jure condito, es aún más clara e indiscutible. Porque cuando el hecho se justifica, es decir se conforma a derecho, su ejecución no puede acarrear pena alguna, así sea la más benigna. Y el artículo 382 del Código Penal Colombiano prevé una sanción —aunque atenuada pero sanción al fin— para el que cometa homicidio o cause lesiones en las personas allí contempladas a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, lo que indica de manera concluyente que tal hecho no es conforme a jus y por ende constituye delito.

Es cierto que la norma concede al juez facultad para otorgar al procesado el perdón judicial y aún para eximirlo de responsabilidad (excusa absolutoria) en caso de que las circunstancias en que perpetró la infracción sean reveladoras de escasa peligrosidad. Pero es éste un nuevo argumento para aseverar que la situación prevista en la disposición es contraria a derecho. Porque las causales de justificación son generales y no particulares; son legales, es decir, se originan en la voluntad soberana del legislador y no están sujetas al arbitrio del funcionario judicial; finalmente son perentorias y objetivas, lo que significa que no condicionan su amparo a otras circunstancias que a las contempladas por ellas mismas, y no facultativas o sea sometidas al buen criterio del fallador y

a calidades subjetivas del delincuente, como sí ocurre en la eventualidad del artículo 382.

Es forzoso, pues, rechazar por errónea la jurisprudencia sentada con ligereza por el Tribunal de Bogotá hace algunos años, en la que se sostuvo que el homicidio y las lesiones causados por la provocación del ilegítimo acceso carnal, constituyen una causal justificativa "sui generis".

d) LA EXCUSA ATENUANTE COMO SOLUCION. Es ésta la tesis prolijada —con gran acierto a mi juicio— por el código colombiano. En mi opinión es ésa la solución no sólo más justa y adecuada al problema que hemos venido estudiando, sino también la más técnica, como que consulta de una parte la realidad psicológica, el estado de tremendo descontrol afectivo bajo cuya influencia delinque el individuo injustamente provocado por la ilegítima cópula carnal de su cónyuge, hija o hermana, y de otra atiende a los fines políticos de la defensa social, justificando así los postulados de la escuela positiva.

Quien actúa en un raptus emotivo, con la mente obnubilada por provocación grave e injusta, merece excusa (entendida ésta en el sentido jurídico de aminorante de responsabilidad). Pero proclamar su impunidad es dar pábulo a sentimientos de venganza que pugnan con la seguridad social.

Además habría faltado a la lógica el legislador colombiano si hubiera dejado impune el uxoricidio por adulterio, tras de considerar que éste —el adulterio— carecía de la entidad suficiente para ser erigido en delito. Tal actitud equivaldría a afirmar y negar alternativamente la gravedad del adulterio, en forma ligera y arbitraria. Porque la disyuntiva es clara: o se admite que el adulterio es un acto de suma gravedad, capaz de indisponer a toda la comunidad y atentatorio del honor del cónyuge burlado y entonces éste puede oponerse a él acudiendo a la violencia, impunemente, o se acepta que es un acto simplemente inmoral que sólo deshonra a quien lo realiza y no al cónyuge engañado, para quien sólo constituye una provocación grave e injusta, y entonces no es lícito rechazarlo por la fuerza, so pena de incurrir en responsabilidad penal, aunque atenuada. Por esta última tesis optó el legislador del 36.

Por excepción, "cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable", según reza el texto, puede el fallador, consultando siempre la conveniencia social y la equidad, otorgarle el perdón judicial. Juzgo yo otro gran acierto de los

redactores de nuestro estatuto criminal, dejar al prudente arbitrio del juez la concesión al inculcado del perdón judicial —uno de los substitutos penales ideados por la escuela positiva para los casos reveladores de poca temibilidad en el agente— o aún eximirlo de responsabilidad.

El derecho moderno tiende a sacar al juez de la condición de simple aplicador de las normas positivas, a la de creador de derecho. Porque la ley sólo prevé casos generales, abstractos, a los cuales —a menudo— sólo con gran dificultad es posible amoldar los hechos reales, y como esta tarea ardua toca realizarla al juez, debe estar provisto para ella de instrumentos adecuados que le permitan salir avante en el cumplimiento de su difícil misión, y el mejor de esos instrumentos es la concesión de "una buena margen de apreciación personal dentro de un marco de fórmulas valorativas", para decirlo con un lenguaje que les es caro a Hermann Kantorowicz y a los demás adalides de la escuela alemana del derecho libre.

Es doble pues el problema de la inflación: la expansión de la moneda y su inversión. La inflación se considera como un mal cuando la riqueza se considera, trata de bajar los precios para disminuir el costo, estancarlo o aumentarlo excesivamente, cuando se está hablando en el sentido de la moral. Suele decir la gente que la inflación de los salarios determina la inflación o devaluación monetaria y que también suele frenar el progreso de la industrialización y el desarrollo de la riqueza de los pueblos. Expresiones estas que son contradichas por la realidad de varios países donde la civilización y la productividad son la consecuencia del buen trato dado a su pueblo en el trabajo, y de la participación que corre pareja con aquel, en una coparticipación generalizada. Así, el sentimiento egoísta o usurero de la propiedad es obstáculo en el avance moral y económico de los estados, principalmente de los subde-