

*Derecho Penal
Colombiano*

por el

Dr. Gustavo Rendón G.

(PARTE ESPECIAL)

DERECHO PENAL COLOMBIANO

PARTE ESPECIAL

El estudio de la parte especial del Derecho Penal, como es de estilo en todas las codificaciones sobre la materia, se refiere concretamente al examen de los distintos hechos considerados como delictuosos por la ley. En nuestro Código Penal el Libro II se ocupa de esta materia agrupando en diez y seis Títulos, convenientemente subdivididos en Capítulos, las diferente figuras penales, según los bienes o intereses jurídicos cuya protección se encomienda al Código Penal.

En la clasificación de los delitos nuestro Estatuto Penal sigue el criterio general de la naturaleza o calidad de los intereses jurídicos, distinguiendo los delitos que afectan al individuo de los que afectan los intereses de la Colectividad. Este criterio no tiene importancia para el estudio de los delitos y por ello haciendo caso omiso de las divisiones establecidas en el Código y del orden que él sigue, haremos el estudio en concordancia con la gravedad de las infracciones penales. Empezaremos, en consecuencia, por los delitos que atentan contra la vida y la integridad personal.

DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

(Código Penal. Título XV).

Considera nuestro Código como delitos atentatorios contra la vida y la integridad personal los siguientes: HOMICIDIO, LESIONES PERSONALES, ABORTO, DUELO, ABANDONO Y EXPOSICION DE NIÑOS.

De cada uno de ellos nos ocuparemos en particular, siguiendo el orden del Título.

HOMICIDIO

Reclama el delito de homicidio la mayor atención de los tratadistas de Derecho Penal porque es uno de los más complejos desde el punto de vista de su integración jurídica y porque además, como hecho penal, para su completa y eficiente evaluación se necesita del concurso de todas las Ciencias penales, especialmente de aquellas que investigan la actividad delictuosa del hombre como manifestación humana y social.

La denominación de *homicidio* la dá nuestro Código no sólo a los homicidios comunes o simplemente intencionales, sino a los calificados por circunstancias específicas de agravación (Asesinato) y a los que toman configuraciones especiales atenuadas en la ley, como el infanticidio. Así vemos que el capítulo Primero del Título a que nos referimos establece las siguientes modalidades del delito:

Homicidio simplemente intencional, homicidio asesinato, homicidio ultraintencional, homicidio concausal, homicidio culposo infanticidio, homicidio consentido por la víctima e inducción al suicidio.

Estas diversas modalidades, que en ocasiones pueden concurrir en un mismo hecho, dependen de los elementos constitutivos del delito que determinan su calificación, lo que ocurre, por ejemplo en el homicidio asesinato; de una imperfecta estructuración del delito, en cuanto a sus elementos integrantes (Homicidio ultraintencional y concausal, por ejemplo), o de factores relacionados con los motivos determinantes del hecho (Homicidio, piadoso, infanticidio, etc). Por ello antes de analizar cada una de estas figuras y como base, precisamente, para una correcta diferenciación, conviene estudiar en general el delito de homicidio en lo que se refiere a sus elementos estructurales.

Se ha definido el *homicidio* como "la supresión injusta de una vida humana". Aunque algunos autores hablan de la *supresión voluntaria* no es del caso incluir la voluntariedad como elemento constitutivo del hecho pues como ya veremos hay formas de homicidio que determinan la responsabilidad del agente por culpa conforme al art. 12 del C. P., en armonía con el 370 *ibidem*, o por la presencia de un dolo distinto al específico del homicidio, e incluso existe la imputabilidad para los delincuentes del art. 29 del C. P., en que para nada se tiene presente la voluntariedad. (Imputables anormales).

Sujeto activo del homicidio.—En este delito, como en todos, únicamente la persona humana puede ser sujeto activo o agente de su comisión.

Sujeto pasivo.—Se exige la misma calidad, de suerte que si no se es persona, en los términos que la ley la reconoce, no hay delito de homicidio. A este respecto debe tenerse presente lo establecido por arts. 90 del C. C. y 9°. de la ley 57 de 1.887, incorporado en la misma, obra.

Dice la primera disposición: "*la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de su madre.—La criatura que muere en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás*".

La segunda disposición reza: "*La existencia de la persona termina con la muerte*".

Habida consideración de estas disposiciones no cabe homicidio sobre un feto porque todavía no es persona, ni sobre un cadáver, puesto que tampoco lo es de acuerdo con la ley. Es de observar, no obstante, que la falta de idoneidad, conforme a derecho, del sujeto pasivo en casos como los propuestos, no es óbice para que pueda configurarse una Forma de delito imposible, con las condiciones y en las circunstancias previstas por el art. 18 del C. P., disposición ésta que atiende a la sanción de ciertos hechos revelativos de intención criminal e indicativos de peligrosidad social por parte del agente, independientemente considerada la actividad criminal de los elementos estructurales del ilícito.

Respecto a las demás circunstancias relativas al sujeto pasivo del homicidio conviene observar que la ley no establece excepciones ni privilegios de ninguna naturaleza. Así, es indiferentes que la víctima del homicidio no posea una suficiente capacidad vital, o que esté ella próxima a la muerte por la misma razón. Tampoco influyen la raza, la edad, el sexo, deformidades, monstruosidades, estados patológicos o psíquicos, fundándose, como se funda, la represión penal del homicidio, en el concepto de que toda vida humana está protegida por la ley penal. Esos factores influyen en determinados casos, algunos de ellos, para calificar el delito o para darle configuración atenuada especial.

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL HOMICIDIO

Integran el delito de homicidio, propiamente dicho, tres elementos, a saber:

- a) — Propósito de matar.
- b) — Relación de causa a efecto, y
- c) — Supresión de una vida humana o realización objetiva del evento criminal.

No incluimos el elemento *Injusticia* porque éste, o se incorpora necesariamente a todo hecho penal para los delincuentes intencionales, o no es tenido en cuenta cuando se trata de reprimir una dilincuencia anormal. De otra parte la ausencia del elemento injusticia en los delitos de intención suprime realmente el carácter ilícito del hecho por una causa de justificación o de excusa ante la ley penal.

PROPOSITO

El elemento *propósito* hace referencia al dolo en el homicidio y su presencia es indispensable para configurar el homicidio común. Su ausencia da lugar, caso de concurrir los demás elementos estructurales, al homicidio culposo, al ultraintencional, o a un caso de delincuencia de los previstos para los imputables anormales.

El *dolo homicida*, denominado *animus necandi* o *animus occidendi*, significa que el agente criminal ejecuta el hecho con la intención específica de producir la muerte de la víctima. Teniendo en cuenta las diferentes clases de homicidio que nuestro Código contempla, consideradas como nuevas en la legislación penal, aparece claro que para la perfección del homicidio común el elemento *propósito*, expresamente consagrado por el art. 362 del C. P., exige que haya una relación completa entre lo querido por el agente y el resultado obtenido.

Esta afirmación hay que hacerla con salvedades porque, se repite, en materia de imputabilidad el Código hace una distinción en el art. 12 entre personas normales y anormales, a efecto de poder imputar a los últimos, sin consideración de la voluntariedad, la comisión de hechos legalmente ilícitos.

El dolo homicida es el elemento del delito más difícil de concretar en un proceso penal dado que pertenece a una esfera íntima del delincuente, lo que obliga a hacer su apreciación consultando todos los factores externos indicativos de la intención criminal, o a crear una tesis fundada en la previsibilidad, que autorice afirmar la existencia del dolo específico. Sobre el particular se han sentado diversas teorías por los

más destacados tratadistas en la materia, de las cuales queremos citar, como más autorizadas y comprensibles, las siguientes:

En su obra "El delito de homicidio" el profesor Irureta Goyena, expresa:

"Cómo se prueba la intención criminal?— A este respecto no hay ninguna regla fija que responda satisfactoriamente. Los antiguos criminalistas suministraban una serie de normas que todavía hoy son las que recomienda la doctrina, sin haber podido agregar nada substancial a ellas. Esas normas son: lugar en que se ha inferido la lesión, repetición de los golpes, causas que han inducido al agente criminal a cometer la lesión, manifestaciones anteriores del victimario, manifestaciones posteriores, medios de que se ha servido para cometer el delito, etc. Ninguna de esas reglas por si sola puede darle al Juez, por lo menos en ciertos casos, la certidumbre respecto de la intención; pero todas ellas, ayudándose las unas a las otras, pueden muy bien desentrañar la intención del sujeto. Cualquiera de ellas analizada en si misma, falla en cuanto se la quiera hacer servir de pedestal para una inducción tan grave y tan misteriosa, como es la de pretender constatar un estado de espíritu, que existe interés en ocultar".

Por su parte, en la obra Elementos de Derecho Penal, anota Pesina:

"Dado pues, éste acto enteramente igual en todos los casos y siempre punible, para llegar a averiguar cómo deber ser considerado, será preciso penetrar en la intención del culpable en el intento que se proponía, lo cual podrá conseguirse siguiendo el camino trazado con mucho acierto por el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta la clase de arma y proyectil empleado, la dirección que se da al disparo, la parte más o menos principal del cuerpo que se procura lesionar, la distancia entre el ofendido y el ofensor, el número y gravedad de las lesiones, cualesquiera precedentes o circunstancias, en suma, que anteceden o acompañan al delito".

Y el profesor Alimena en su tratado "Principios de Derecho Penal", enmarca así el problema:

"El dolo puede considerarse en su contenido y en su intensidad. Considerado en su contenido es la conciencia y la voluntad de cometer un hecho ilícito.

Considerado en su intensidad se refiere a veces, a un evento querido directamente, y por tanto previsto como cierto; otras se refiere a un evento no querido directamente, y por tanto previsto sólo como

posible. Esto es evidente, pues querer un hecho es lo mismo que saber que lo ocasionamos o que podemos ocasionarlo, por lo cual, puede afirmarse que es dolo lo mismo la voluntad dirigida a la ejecución de un hecho, que la representación de un hecho ante el que no retrocede la voluntad.

“El dolo nace en el momento en que se inicia la causalidad criminal, y dura hasta el momento en que esta causalidad se agota. Si no naciese en aquél momento, no habría delito, y si no durase hasta dicho momento, la consumación del delito, sería estorbada por el que primero quería ocasionarla. Pero no es preciso que dure más allá del momento en que la causalidad criminal está agotada. Muy distinto, es decir que es necesario cuando ya ha causado todo cuanto podía causar y que ya nada podía impedirse. Veremos si puede, y cómo puede tener evaluación jurídica el desistimiento eficaz o el arrepentimiento estéril; pero es evidente que el dolo ya no es necesario, después que, dolosamente, la bala ha salido y el incendio ha estallado.

“La prueba del delito corresponde, naturalmente, al que acusa; es decir, al actor del juicio penal, y por tanto también le corresponde la prueba del dolo que, a causa de la índole del juicio penal y del procedimiento penal, puede hacerse también por el Juez. Pero dado el hombre tal y como es (cuando sea imputable), hay que presumir hasta prueba en contrario, que el dolo es el revelado por la acción; y con mucha frecuencia, el único medio para conocer el estado de conciencia que llamamos dolo, es precisamente la evaluación de la acción”.

El propósito homicida en nuestro Código Penal comprende este elemento como *dolo específico*, es decir, cuando el agente ha procedido con la intención de causar la muerte. De esta manera puede afirmarse que en la disposición del art. 362 del C. P. no encaja la segunda hipótesis formulada por el profesor Alimena, relativa a los eventos no queridos y previstos únicamente como posibles. Es tan categórica la exigencia del propósito para la estructuración del homicidio común que el art. 498 del C. P. P. establecía que al Jurado se le preguntara en cuestión distinta a la comprensiva del hecho material, sobre la existencia de esa intención, y aunque tal artículo fué reformado por el 28 de la ley 4ª de 1.943, siempre hay que preguntar al Jurado sobre el elemento propósito.

El dolo en relación con el homicidio ofrece tres categorías principales: *determinado*, *indeterminado* y eventual, cuyas significaciones ya vimos en el estudio de la Parte General. Hay también el llamado *dolo*

de propósito, que hace referencia a la premeditación y del cual trataremos detenidamente al examinar el homicidio asesinado.

Varios problemas surgen con ocasión del elemento *propósito* y distintas figuras penales pueden presentarse cuando el evento criminal no se cumple con la presencia de todos los elementos que lo integran. De dichos problemas y de las figuras penales que pueden ocurrirse nos ocuparemos una vez estudiados los restantes elementos del homicidio.

RELACION DE CAUSA A EFECTO

Significa este elemento que los actos ejecutados por el agente criminal son los que determinan la muerte de la víctima, es decir, que cuando los actos realizados por el homicida son la causa de la muerte, existe la relación de causalidad.

Puede ocurrir que este elemento no concorra con toda su eficacia en el delito. Surge, entonces, el *homicidio concausal*, figura que está prevista en el art. 366 del C. P. y que aparece integrada por los elementos propósito y supresión de una vida humana, pero sin un nexo de causalidad eficiente entre los actos del homicida y el resultado. Del homicidio concausal haremos oportunamente su estudio.

En relación con el elemento de causalidad en el homicidio, conviene estudiar lo relativo a los medios de comisión del delito, materia de suma importancia para la comprobación del nexo de causalidad y también del propósito, según sea la idoneidad de los medios empleados para la realización del evento. Los medios pueden ser *materiales* o *morales*; *directos* o *indirectos*; *positivos* o *negativos*.

Medios materiales son todos aquellos de orden físico idóneos para producir la muerte de una persona, tales como las armas que se emplean comúnmente para la comisión de este delito.

Como *Medios morales* pueden considerarse aquellos capaces de producir el mismo evento obrando sobre la salud del individuo por alteración producida en la psiquis de la víctima. Medios de esta naturaleza, serían, por ejemplo, la provocación de un dolor moral, una fuerte impresión, la provocación del miedo, etc. Es cierto que resulta supremamente difícil establecer la relación de causalidad en un homicidio cometido por medios morales, y más difícil todavía inducir la intención homicida, pero no puede negarse la posibilidad de que el delito se realice, ni menos, la idoneidad del medio en algunos casos.

Los medios directos significan que no hay interposición entre la actividad de agente y el hecho, como cuando se dispara sobre una persona o se le infiere una lesión. En los *medios indirectos* el agente alcanza el resultado interponiendo la actividad de un tercero, de un individuo o de una cosa. Ejemplo: provocar la muerte de una persona haciéndola morder de un perro afectado de peste rábica. En el empleo de los medios indirectos el lazo o nexo de causalidad no se rompe por la interposición.

Los medios positivos consisten en hechos que el agente criminal ejecuta en orden a producir positivamente el daño. *Los negativos* son omisiones, también, destinadas a producir la muerte. Para que una omisión, jurídicamente hablando, pueda considerarse como medio homicida, debe ser de un hecho al que está obligada la persona y cuando se omite con la intención criminal. Así, si una madre causa la muerte del niño por negación del alimento, ese medio es de omisión y delictuoso. Pero si un individuo se abstiene de salvar a otro que se ahoga, no comete homicidio porque no hay obligación de afrontar el peligro para salvar la vida de otro.

La omisión puede ser *dolosa* o *culposa*. En el primer caso se omite precisamente para producir el daño; en el segundo, la omisión es por descuido o negligencia, sin que haya intención delictuosa.

SUPRESION DE UNA VIDA HUMANA

Para que haya delito de homicidio es necesario que se produzca la extinción de una vida humana. Los sólo atentados contra la integridad corporal que lesionen o pongan en peligro la existencia de una persona, no son suficientes para configurar el ilícito de que tratamos.

No es indispensable para la existencia del homicidio el que la víctima muera inmediatamente después de la lesión, como tampoco se exige que el deceso ocurra dentro de determinado plazo. Lo indispensable es que la muerte se produzca, cualquiera sea el tiempo corrido entre la lesión y la muerte.

Ya vimos lo relativo a las condiciones del sujeto pasivo y al significado legal de la palabra *Persona*, por lo que no es del caso insistir sobre el particular.

Cuando se afirma que es indispensable la supresión de una vida humana para que el delito de homicidio sea perfecto, nos referimos al

delito consumado, ya que los denominados *homicidios imperfectos*, como la tentativa, la frustración y el delito imposible se caracterizan, precisamente, por no ocurrir el evento criminal de una manera completa. En los casos de tentativa, frustración o delito imposible, el sujeto pasivo puede resultar ileso o simplemente lesionado, pero el atentado se sanciona dentro de la categoría de homicidio, atendiendo a la intención criminal, a los actos realizados parcial o completamente para la consumación y a la peligrosidad social del delincuente.

Conviene anotar que el homicidio imperfecto, caso de resultar lesiones a la persona ofendida, no pueden concursar con el delito de lesiones, cosa que si ocurría en la anterior legislación penal. No puede haber concurso de delitos (tentativa de homicidio y lesiones, y homicidio frustrado y lesiones), porque el delito de lesiones personales requiere de acuerdo con el art. 371 del C. P., que no haya intención o propósito de matar, elemento éste que configura siempre el homicidio imperfecto.

DIFERENTES CLASES DE HOMICIDIO

HOMICIDIO SIMPLEMENTE INTENCIONAL O VOLUNTARIO

Esta figura del homicidio es la consagrada por el art. 362 del C. Penal, según el siguiente texto.

“El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio”.

El caso que esta disposición señala está integrado plenamente por los tres elementos a que nos hemos referido anteriormente. La pena que se establece para el homicidio voluntario hace relación al hecho consumado y cuando en la comisión del delito no intervienen modalidades o circunstancias de las previstas por la ley como modificativas de la responsabilidad, consagradas algunas de ellas en la parte general del código y otras en la parte especial.

Esas causales modificativas, como las consagradas en los artículos 27 y 28 se refieren de manera especial al delito de homicidio y hay que tenerlas presentes cuando se requiere su aplicación en armonía con el art. 362. Su importancia es mucha en la Doctrina Penal y sobre

el particular haremos capítulo aparte. Lo propio se hará en relación con los casos contemplados en la parte especial.

HOMICIDIO ASESINATO

Dice el art. 363 hay "*El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior se cometiere*".

1° — Contra la persona del ascendiente o descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del hermano o la hermana, padre, madre o hijo adoptivo, o afin en la línea recta en primer grado;

2° — Con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos;

3° — Para preparar, facilitar o consumir otro delito;

4° — Después de haber cometido otro delito, para ocultarlo, asegurar su producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables;

5° — Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento;

6° — Valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, o abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido;

7° — Con sevicia;

8° — Por medio de incendio, inundación, siniestro ferroviario u otro de los delitos previsto en el Título VIII de este libro;

9° — Por precio o promesa remuneratoria.

La denominación de asesinato es dada por las legislaciones penales a los delitos de homicidio que aparecen calificados por especiales circunstancias de agravación y aunque fundamentalmente no pueden encontrarse diferencias entre el homicidio común y el llamado asesinato, se ha querido mantener en los códigos esta última expresión por el mismo valor intimativo que socialmente representa.

Se dice que no hay diferencias entre las dos infracciones aludidas por lo que se refiere a sus elementos estructurales, pero es claro que el delito de asesinato se caracteriza por la concurrencia de una o varias

de las circunstancias calificadoras que la ley enumera, y que en nuestro Código corresponden a las *taxativamente señaladas* por el art. 363.

PARRICIDIO

Se dá este nombre al homicidio calificado como asesinato cuando recae en alguna de las personas enumeradas en el ordinal 1° del art. 363. Los grados de parentesco consagrados en esa disposición, al ser quebrantados por el homicida, son los únicos que pueden determinar el delito a que nos referimos. Aunque la voz "parricidio" significa propiamente la muerte de los padres, se extiende esa denominación a otros casos de homicidio, comprendiendo, los ascendientes, cónyuges, hermanos, padrastros, madrastras, suegros, yernos, nueras, entenados, hijo adoptivo, padre o madre adoptivos.

Comporta el parricidio los mismos elementos comunes del homicidio, pero en cuanto a los sujetos activo y pasivo de la infracción hay la limitación impuesta por el texto legal. Por ello, en general, no pueden ser sujetos activos del parricidio sino los ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos, padres, y madres adoptivos, hijo adoptivo y afines en línea recta de primer grado. En igual relación debe estar el sujeto pasivo del parricidio. Esto en general, pues aunque el delito se califica especialmente por quebrantar vínculos familiares, puede presentarse la responsabilidad por parricidio, si hay lugar a la comunicabilidad de circunstancias establecida por el art. 21 del C. P.

Esta forma de codelicuencia no ha sido admitida en todas las legislaciones y los comentaristas de derecho penal no están de acuerdo en la agravación de responsabilidad cuando el cómplice no tiene nexo familiar con la víctima.

El art. 21 de nuestro Código establece la agravación cuando las circunstancias personales que la determinan son conocidas por el partícipe, lo que permite afirmar que en nuestra ley sí puede el cómplice responder por el delito calificado como "parricidio".

Respecto del sujeto pasivo hay también qué considerar el caso del delito *aberrante* contemplado en el art. 14, de acuerdo con el cual se toma en consideración la persona contra la cual se dirigía la acción. En estas condiciones si existe el propósito de matar a una de las personas señaladas en el ordinal de que tratamos, surge el parricidio aunque la víctima del delito sea extraña al agresor. A la inversa, sería un homi-

cidio común caso de recaer la acción sobre una de las personas enumeradas, si el agente se proponía dar muerte a un extraño.

Desde el punto de vista de la intención criminal se requiere, a más del propósito de matar, el conocimiento del lazo de parentesco con la víctima. Si el parentesco se ignora o no tiene su debida existencia legal, el delito no alcanza la calificación de "Parricidio".

Parece ser que el Código Penal Colombiano no hubiera contemplado sino el homicidio asesinato cometido con el propósito específico de matar pues caso de homicidio ultraintencional, en el que bien pueden concurrir las circunstancias del art. 363, la fijación de la pena, por mandato del art. 365, se hace con aplicación del art. 362. Esto es absurdo porque cabe la hipótesis del *parricidio ultraintencional* o de la presencia de muchas de las circunstancias calificadoras del delito. Y así como todas esas circunstancias agravan, por ejemplo, los delitos de lesiones personales, deben agravar el homicidio ultraintencional.

En lo que dice relación a los motivos determinantes del delito, en principio, puede afirmarse que ellos no afectan la calificación del "parricidio", pero, lo mismo que en el homicidio común, pueden operar como causas modificadoras de la responsabilidad. Así, puede haber parricidio en estado de ira o de intenso dolor, puede ocurrir en riña imprevista, en un exceso en la defensa o estado de necesidad, etc., y entonces la pena del art. 363 habría de aplicarse en concordancia con los arts. 27, 28 y 384 o demás pertinentes del C. P.

Hay, no obstante lo dicho atrás, algunos casos de parricidio sustraídos a la denominación de asesinato y por lo mismo no calificados en razón de los motivos determinantes de especial categoría consagrados en la ley. Tenemos en primer término, el infanticidio, con categoría propia de homicidio atenuado y los casos del art. 382, a los cuales habremos de referirnos posteriormente. También precisa sustraer de la calificación de parricidio las formas especiales de homicidio atenuado de que tratan los arts. 364, 367, 368, y 370; ello porque estos homicidios o carecen del elemento propósito o tienen motivos determinantes que les dan especial fisonomía, según tendremos ocasión de verlo a su debido tiempo.

Aunque se trató de darle calificación al homicidio cometido en la persona de la manceba, sosteniéndose que las relaciones sexuales estables crean un vínculo respetable, no se concretó el caso en nuestro Código Penal. La tesis fué sustentada por el Dr. Lozano en cuya opinión, según las Actas de la Comisión, debió "Ponerse en esta numeración o

en un ordinal separado que tenga menor penalidad, el caso de agravante de homicidio cometido en la persona de la manceba, porque estima que con ella, tiene el hombre deberes especiales. Sostiene y sostendrá que la sociedad está interesada lo mismo que la moral y la religión, en que el individuo que ha seducido a una mujer no la abandone, la cuide y en que viva con ella, tanto más si de esa unión han nacido hijos. Es función natural el ejercicio fisiológico sexual, y desde ese punto de vista es preferible el concubinato a la visita sistemática a los prostíbulos, que es estéril y nociva para la sociedad. Vistas así las cosas, surgen innegables vínculos y deberes entre el hombre que vive con una mujer y ha tenido de ella hijos, mucho, más si es su seductor. No concibe, no acierta a explicarse cómo en un Código que se funda en el concepto de la peligrosidad pueda desconocerse el hecho indiscutible de que revela un sentido moral atrofico el que pasa por encima de aquéllos vínculos y deberes al cometer el homicidio en la persona de la concubina. No es otro el fundamento positivo del agravante del uxoricidio. La única explicación del agravante del parricidio, desde el punto de vista de la escuela positiva, es que el hombre que pasa por encima de ciertos lazos morales y de sangre al cometer un delito, se muestra muy peligroso para la sociedad. De ahí que sostenga que en el caso de la concubina o manceba subsista el agravante".

La disposición sobre parricidio es en Código Penal vigente más amplia que en el de 1.890, pues éste sólo comprendía los ascendientes, descendientes o cónyuges, pero en ambas legislaciones se observa que no se estableció distinción entre ascendientes legítimos y naturales. Respecto de los demás parientes citados en el ordinal 1º del art. 363, a los que pudiera aplicarse esa diferencia, y no obstante no decir la ley de manera expresa que pueda tratarse de parentesco legítimo o natural, parece obvio que siempre se perfecciona el parricidio no siendo legítimo el parentesco porque el juzgamiento de este delito corresponde a un criterio que se funda en la propia gravedad de la infracción y en la apreciación de las condiciones antisociales y peligrosas del delincuente. Sobre este particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27 de junio de 1.941 lo siguiente:

"En ningún delito, como en el parricidio, actúa con tanta intensidad el principio de que al delincuente hay que juzgarlo con un criterio esencialmente subjetivo, derivado de la gravedad de la infracción y de los sentimientos antisociales del sujeto. Y también en ningún delito, como en ese, se marcan mejor los diferentes efectos que el paren-

tesco produce ante el derecho civil y ante el dercho penal. En el primero el parentesco es fuente a través de la ley de obligaciones y derechos de carácter puramente patrimonial y económico; y en el segundo es generador, a través de los vínculos de la sangre, de ideas, de sentimientos, de deberes y afectos en general que hacen parte de la propia personalidad. Por eso, la violación del parentesco por medio de un hecho antisocial o delictuoso tendrá repercusiones jurídicas sustancialmente distintas en el terreno civil y en el terreno penal".

2o.—PREMEDITACION

Se califica el homicidio, según el ordinal 2o. del art. 363 cuando se comete "con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos".

No define el Código Penal vigente la "premeditación", lo que si hacía el de 1.890, el cual expresaba en el art. 584: "El homicidio es premeditado cuando se comete voluntariamente y ha sido precedido de una deliberación o resolución previa de cometerlo". Esta definición se ajusta al criterio clásico de la anterior legislación penal, la que exigía para la configuración del asesinato, como elemento indispensable, la premeditación.

En la interpretación jurídica de la premeditación los penalistas no han estado de acuerdo. Para unos consiste en obrar conforme a un plan deliberado, previa escogencia de los medios de comisión del delito. Para otros es característico de la premeditación la mediación de un espacio de tiempo entre la resolución y la acción existiendo de parte del agente ánimo frío y reflexivo. En tesis general y desde un punto de vista jurídico, la premeditación requiere: *resolución previa*, firme y reflexiva para la ejecución del hecho y *persistencia* en la resolución.

La frialdad de ánimo en la premeditación, la que se ha denominado "*ánimo pacato*", resulta ser uno de los elementos más importantes de la premeditación y necesariamente va unida a la persistencia del propósito homicida. Tal es la tesis, por ejemplo, de Garmignani, para quien la premeditación "es la resolución de delinquir tomada con ánimo frío y tranquilo, y prolongado en el tiempo".

Se reconocen, de acuerdo con esta definición como elementos constitutivos el *psicológico*, y el *cronológico*, aunque para muchos autores la premeditación se hace consistir en el sólo elemento psicológico. Para Merkel "se ejecuta el hecho con premeditación cuando lo comete el a-

gente en la plenitud del dominio de sus facultades espirituales, no bajo el impulso de un motivo que ha aparecido de súbito, de un movimiento violento del ánimo, de emociones o pasiones morbosas". No obstante estas opiniones es admisible la existencia de la premeditación en los delitos cometidos con el *impetu pasional* o *emotivo*, pues psicológicamente la premeditación y la pasión no son estados que se excluyan.

Estudiada la premeditación en relación con la actividad del agente criminal y de su peligrosidad, no puede considerársele hoy como un factor evaluativo o calificador en todos los casos de homicidio. Ello porque el proceso psicológico del delito se cumple ajustándose exactamente a la personalidad del agente, en sus condiciones afectivas e intelectuales. Sabido es que hay sujetos de por sí premeditativos para todos sus actos, sin que la premeditación venga a representar un dolo más intenso, como fué opinión de la Escuela Clásica. Tampoco puede decirse a priori que la premeditación revele mayor peligrosidad del delincuente o haga más grave el delito, puesto que en muchos casos se demuestran más peligrosos los que actúan de manera impulsiva e irreflexiva.

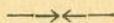
Las orientaciones positivistas del Derecho Penal han buscado para la premeditación una interpretación más acorde con el criterio de la peligrosidad del agente del delito, y así se la aprecia cuando permite indicar las condiciones antisociales o las tendencias criminales, relacionándola con los motivos determinantes del hecho, únicos factores que prestan mérito para la estimación de la personalidad del autor del delito.

Nuestro Código exige la existencia de motivos innobles o bajos para que puede operar la premeditación como elemento calificador, lo que quiere decir que ausentes motivos de esa calidad, la premeditación en sí misma no puede determinar la agravación del homicidio. Este criterio del Código Penal colombiano está acorde con los principios positivistas del Derecho y se ofrece como más científico y justo que el adoptado por la anterior legislación. Si la premeditación en sí misma como hecho psicológico y subjetivo puede corresponder de manera natural a determinadas personalidades, sería impropio calificar con ella el homicidio mientras otros factores concurrentes del delito no entraran a servir de medida de la peligrosidad del agente. Esos factores son, precisamente, los motivos determinantes de la infracción. Por ello cuando se comete un homicidio por motivos innobles o bajos, premeditadamente, esta intensidad del dolo adquiere positivo valor y sirve para indicar la

capacidad criminal, la carencia de sentido moral, la perversidad y, en general, las condiciones antisociales del homicida.

El factor cronológico, al que se presta tanta importancia como integrante de la premeditación, se refiere al tiempo que media entre la resolución y la ejecución, del delito, y ha sido definido en los siguientes términos por el profesor Irureta Goyena, al estudiar la premeditación:

“Es condición sine qua non de este agravante que transcurra cierto tiempo entre la resolución y la acción.... El tiempo a que me acabo de referir debe preceder a la ejecución, no a la resolución. Premeditar es siempre suspender la ejecución. El tiempo que transcurre antes que el sujeto tome la resolución, no se cuenta, a los efectos de la premeditación. Generalmente el homicidio, y sin ser el homicidio, los actos de cierta gravedad, están precedidos de una especie de balanceo psicológico, de un estado generalmente angustioso que se caracteriza por la aceptación y la repulsión sucesiva de la idea, Este estado de excitación que precede a la resolución no constituye, jurídicamente, la premeditación.... Siendo así es falso el criterio de los juristas y de todos los magistrados que hacen coincidir cronológicamente la resolución con la causa de la misma”.



Quando se discutía por la Comisión de la Reforma Penal y Penitenciaria el agravante de la premeditación, el Dr. Lozano presentó la siguiente fórmula: “*El haber calculado y preparado maduramente los medios de ejecución del delito, procediendo por móviles innobles y con el fin de colocar en condiciones de inferioridad a la víctima.* Esta fórmula comprensiva de la llamada *preparación ponderada del delito*, no fué aceptada por la Comisión por cuanto no es requisito de la premeditación preparar los medios de ejecución del delito. Las distintas opiniones que entonces se expusieron por los miembros de la Comisión ilustran convenientemente el valor de la disposición que venimos comentando, y por ello transcribimos lo más importante de las Actas correspondientes:

“El doctor Cárdenas sostiene que no debe definirse la premeditación sino dejar el concepto a la elaboración de la doctrina y de la jurisprudencia, especialmente si se tiene en cuenta que cualquier abuso o error cometido en este punto por los jueces, puede ser corregido por la Corte de Casación, que ha sido instituída precisamente para unifor-

mar la jurisprudencia, fuera de que en los Códigos modernos tanto civiles como penales se observa una tendencia marcada a suprimir las definiciones. Piensa que en lugar de la fórmula del Dr. Lozano es mejor decir en el art. 3°. que la pena de presidio será de veinte a treinta años si el homicidio se comete: 2°.—Con premeditación acompañada de móviles bajos e innobles.

“Agrega el Dr. Cárdenas que de la fórmula del doctor Lozano quedarían excluídos varios casos, por ejemplo: el que ha formado el designio de matar a otro, designio acariciado por mucho tiempo; no ha podido realizar su propósito, y un día tropieza con la persona que ha pensado suprimir. Va a su casa toma un revólver y sale a la calle y le dá muerte. Según la definición del doctor Lozano, este homicidio no sería premeditado, porque no se podría decir que el agente ha calculado y preparado los medios de ejecución del delito. Entiende el doctor Cárdenas que lo de calcular y preparar maduramente los medios de ejecución del delito, no puede ser requisito esencial para que exista la premeditación; tales circunstancias constituyen apenas unos accidentes respecto de la ejecución misma del delito. Hay temperamentos que pueden calcular y preparar maduramente los medios de ejecución de un delito, y otros que aún habiendo premeditado no pueden tener ese cálculo de preparación, y entonces la definición que de premeditación da el doctor Lozano no diría relación con los sentimientos, con la parte moral del agente, que es lo que debe tenerse en cuenta para apreciar la perversidad con que procede, sino de un hecho ajeno a estos sentimientos, como es el temperamento orgánico. Lo de colocar en condiciones de inferioridad a la víctima, tampoco lo encuentra como elemento esencial de la premeditación, como puede verse en el siguiente ejemplo: Un individuo ha tenido el designio de matar a otro; ha preparado si se quiere, los medios para hacerlo, y le dice a esa persona: “Prepárese y ármese por que lo voy a matar”, y ese tercero se prepara y se arma en realidad para defenderse y se defiende; en tal caso no puede decirse que la víctima esté en condiciones de inferioridad porque está preparada también para la defensa. Sin embargo, el homicidio que se comete por el que ha tenido el designio es premeditado.

“En algunas legislaciones como en la Francesa, y esto para demostrar que los modos o formas de ejecución del delito no son elementos constitutivos de la premeditación, se clasifica como asesinato el homicidio premeditado o el homicidio que se comete con circunstancias de alevosía, a traición o sobre seguro, que dicen relación hasta cierto pun-

to con la preparación madura "de los medios de ejecución del delito".

"No creo por demás anotar que los últimos Códigos Penales como el italiano vigente, el Mexicano, el español y el Peruano, no difinen la premeditación.

"El doctor Lozano dice a este respecto: Estoy en total desacuerdo con el doctor Cárdenas respecto del punto de vista que acaba de expresar, y que no acierto a comprender exactamente. Después de muy largas meditaciones, apoyadas en la serie de lecturas que he hecho de las opiniones de grandes maestros, he tratado de buscar una fórmula, que acabo de redactar, con el carácter de base de discusión transitoria, pues en materia tan difícil y ardua sólo después de muy detenidas reflexiones puede llegarse a una síntesis. El hecho de que el doctor Cárdenas encuentre algunas o muchas imperfecciones en el proyecto que acabo de insinuar, imperfecciones a las cuales ha hecho alusión, no significa en ningún modo que la Comisión deba renunciar a fijar el concepto actual de premeditación, sino que debe trabajar con especial ahinco, a fin de encontrar la solución del viejo problema.

"Ahora bien, cualquier solución que se adopte será materia de críticas y dejará insatisfechos a muchos. No hay columnas de Hércules en el campo de las ideas que perennemente evolucionan. Pero la tarea del legislador en cada momento histórico es recoger y fijar el estado de la conciencia de su tiempo. De otro modo habría qué renunciar a tener un derecho positivo escrito. Pretender hoy que después de dos siglos de análisis del concepto de premeditación, y demás de medio siglo de debates sobre las nuevas orientaciones que a este respecto han surgido en las escuelas, no pueda darse el concepto de premeditación, es inaceptable, pues eso querría decir que el Derecho Penal no es todavía una ciencia, sino un conglomerado amorfo de opiniones heterogéneas. Pero si ello fuera así, mayor sería la obligación que tiene el legislador de cortar el nudo gordiano, pues si no hay en el inmenso acervo de la literatura jurídica universal punto de apoyo donde el legislador pueda encontrar terreno firme, no hay razón alguna para decir que el magistrado o el juez sí lo encuentran y lo tienen. Alegar la Comisión redactora que es impotente para fijar un criterio y sostener a la vez que la Corte Suprema si puede hacerlo, sería una confesión de inferioridad, cuya conclusión lógica sería invitar a la Corte Suprema a que redacte el proyecto. Y cuando es un eminente ex-Magistrado de la Corte el que tal cosa sostiene, no se comprende cómo pueda hacerlo después de cer-

ca de diez años de haberse estado ocupando en excelentes documentos y fallos acerca de esta cuestión.

"Puesto que se sabe de manera perentoria que para describir y comprender la naturaleza del homicidio premeditado, la doctrina formula por lo menos cuatro criterios que son inconciliables entre sí, fuera de una multitud de criterios menos conocidos y autorizados, es deber imperativo del legislador acogerse a uno de ellos, o buscar los elementos de verdad que varios encierran a fin de llegar a una conclusión propia. Pero permitir que los jueces apliquen arbitrariamente, según sus propias luces, ya un criterio, ya otro, exponiendo por lo tanto al ciudadano a un verdadero azar en la administración de la justicia penal, es de todo injusto, peligroso e injurídico. La primera exigencia que hace decenas de años formulara Beccaria respecto de la represión de los delinquentes, es que ni el legislador se convierta en juez, ni el juez en legislador. Ahora bien: determinar el campo de cada infracción y el de cada una de sus figuras específicas es misión esencial del legislador.

"Por el momento no trato de defender, ni siquiera de explicar la fórmula sobre premeditación que acabo de presentar. Bien puede adolecer de sustanciales errores. Propugno simplemente la necesidad de buscar una fórmula que suprima las arbitrariedades y la incertidumbre. Ya he leído las palabras por las cuales Zanardelli, el Ministro de Justicia italiano, recomendaba hace sesenta años que no hubiera definición de premeditación en el Código italiano. Se decía entonces que se trataba de un concepto en plena evolución. Ahora bien: si tal proceso no ha terminado todavía, es preciso renunciar a que termine y adoptar un criterio que tal vez dejará por fuera muchos casos concretos y estará en pugna con la teoría de algunos maestros, pero que será la tesis del Código Penal colombiano sobre premeditación. De otro modo no comprendo que hayamos definido en cada Capítulo las varias infracciones, ni que hayamos definido, o por lo menos hayamos fijado un criterio sobre tentativa, delito frustrado, delito político, peligrosidad, medidas de seguridad, liberación condicional, sentencia condicional y cien doctrinas más que están mucho menos consolidadas en la doctrina que la premeditación.

"Manifiesta el doctor Cárdenas en relación con lo que acaba de exponer el doctor Lozano, que a él no le alarma la omisión en el Código Penal de lo que debe entenderse por premeditación, como no le alarma en general el que se prescinda de definiciones. Una legislación, así sea la penal, debe evitar el casuismo, y unas de las formas del casuismo son

las definiciones por el peligro que hay de que en éstas no queden comprendidos todos los casos que puedan presentarse en la práctica. Por eso el contenido legislativo debe ser apenas una norma general; es al juez a quien corresponde desarrollar ese contenido legislativo, adaptándolo los distintos casos que se presenten, ampliándolo si fuere necesario y supliendo si es posible, en beneficio, de la justicia y del orden social, los vacíos y deficiencias en que necesariamente incurre el legislador. Considera que el ideal del Derecho Penal en el futuro, y su máxima perfección, consistirá en dejar a los jueces un amplio arbitrio en la aplicación de las sanciones, porque solamente así podrá realizarse la suprema aspiración de las instituciones penales, o sea la individualización de la pena; será entonces, y solamente entonces cuando tendrá aplicación el principio de que así como no hay enfermedades sino enfermos, así también no hay delitos sino personas que delinquen; será entonces y solamente entonces, cuando el delito dejará de considerarse como una entidad abstracta, para considerarla como un hecho concreto, real, humano y palpante, no comprendido exactamente dentro del molde frío, rígido y delimitado de una disposición legislativa. Es claro que estamos muy lejos de realizar tamaño objetivo, que exigirá, entre otras cosas, jueces ejemplares por su ciencia y por su versación, cuya voz sea la más fiel expresión de la justicia y de las necesidades sociales; pero a esa cumbre se llegará algún día, si es que la evolución de los principios, de las ideas y de los sistemas tiene alguna significación.

“El doctor Lozano dice: habiendo después de larga meditación llegado a concluir que la agravante de premeditación no tiene fundamento en cuanto pueda implicar una perseverancia del propósito homicida en el tiempo, o sea una reintegración de la pura voluntad homicida independiente de toda manifestación práctica; y que lo que sí debe merecer la atención de la ley es la aplicación del propósito criminoso a la escogencia cautelosa de los medios eficaces para realizar el delito con el mínimo de peligro para el agente y el máximo de indefensión para la víctima, conceptúa finalmente que los fines que se propuso al redactar la fórmula presentada en sesiones anteriores sobre premeditación, se realizan mejor consignando otras especies de agravantes;....

“El doctor Cárdenas, manifiesta.... Sostengo que uno de los casos de asesinato debe ser aquél que se comete con premeditación acompañada de móviles bajos, porque es esa una situación que se presenta con mucha frecuencia en Colombia, despertando gran alarma social. Como

tuve ocasión de manifestarlo en sesión pasada, la sólo concurrencia de la premeditación no puede ser suficiente para darle el valor de una circunstancia específica de agravación tal como hoy sucede en nuestro Código Penal vigente, es decir, una circunstancia modificadora que reprime severamente el homicidio premeditado. Acepto, también, que hay casos en que la premeditación puede ser hasta indiferente y aún puede llegar hasta constituir una circunstancia atenuante; pero hay casos en que la premeditación, cuando va acompañada de un motivo bajo o antisocial, revela una gran peligrosidad que debe merecer una clasificación especial en el Código Penal. Y he descartado la circunstancia de agravación específica aceptada por el doctor Lozano y por el doctor Escallón, que dice: “Sin motivo, alguno o por motivos fútiles” y la he sustituido por la de “por el sólo impulso de brutal perversidad”, que estaba en la fórmula del doctor Escallón porque la primera apenas puede ser constitutiva de un agravante general que ya está prevista; la sólo calidad del móvil con que se procede; el hecho de que a veces se desconozca ese móvil, apenas es un índice de mayor o menor peligrosidad, pero que no alcanza a tener una entidad suficiente para que sirva de base de aplicación a la pena más alta que se establece en el proyecto. De paso anoto que no entiendo cuáles puedan ser los procedimientos morales que pueden ser constitutivos de circunstancias de asesinato, y que el doctor Lozano propone en su fórmula. Agrego que así como he mantenido la denominación de asesinato, asimismo conservo la de parricidio por la tradición que tales denominaciones tienen en nuestro ambiente y por el poder intimidativo que por sí tienen.

“El doctor Escallón manifiesta que debe hacer varias observaciones tanto al doctor Lozano como al doctor Cárdenas. Anota que las fórmulas propuestas por el doctor Lozano y todas las hipótesis contempladas en ellas, incluyen la premeditación, de modo que es preciso partir de esta para el estudio del asesinato. Todas las legislaciones exigen como condición previa para que exista la configuración jurídica de asesinato el que haya premeditación. Las simples circunstancias de asesinato pueden presentarse en el homicidio simplemente voluntario, sin constituir asesinato sino un simple agravante, porque falta la premeditación que debe ser incluida en el Código expresa o tácitamente, como hacen todos los Códigos.

“El doctor Cárdenas observa que no es posible hablar de circunstancias de asesinato sin que exista el delito de asesinato, y que hay

Códigos que contemplan el asesinato sin premeditación tal como lo hace el español en su artículo 412.

“De igual modo hay legislaciones en que se impone la pena máxima o bien al que comete el homicidio con premeditación, o bien al que lo consuma con alevosía u otra circunstancia de asesinato, lo que significa que este no exige siempre la premeditación....

“El doctor Lozano dice que desea hacer una aclaración a las ideas del doctor Escallón, que en este caso tiene y no tiene la razón a la vez, pues todo depende de un fenómeno cronológico. Dentro de las antiguas ideas sobre premeditación existentes hasta 1870, el asesinato subentendió la premeditación en la mayoría de las doctrinas de los expositores. Posteriormente, cuando cambiaron después de Holtzendorf las ideas sobre premeditación, y tanto él como Impallomeni optaron por acabar con ese agravante, quitándole toda significación jurídica, se ha aceptado y se puede aceptar muy bien que haya asesinato sin premeditación, puesto que el asesinato en general designa el homicidio agravado o calificado, como dicen los italianos. No ve, pues, falta alguna de técnica en que en nuestro Código se suprima la palabra premeditación y se mantenga el concepto tradicional de que los tipos peores del homicidio se llaman asesinato. Ha dicho ya que gusta de respetar la terminología jurídica arraigada en el país y por esta razón se anticipa a decir que no está de acuerdo con el doctor Escallón, que pide también suprimir el término robo y hablar de hurto calificado o agravado.

“El doctor Cárdenas deja la siguiente constancia: Los ejemplos de que adelante hablaré me servirán para justificar uno de los casos de asesinato que he presentado en mi fórmula; o sea la premeditación acompañada de móviles bajos y antisociales. Un amante celoso desconfía de la fidelidad de su concubina; un día sus sospechas se confirman y se forma la firme resolución de darle la muerte, resolución que pone en práctica por medio de distintas actividades, y efectivamente le dá muerte.

“Un atracador de los que han surgido en estos últimos tiempos, es sorprendido dentro de una casa, a la cual penetró seguramente con la intención de robar. En esos momentos es sorprendido por una persona de la casa, a la cual da muerte en la forma más cruel y cobarde.

“En el primer caso, y de acuerdo con los principios rigurosos de la Escuela Clásica, tal homicidio es de los más, graves, se comete con el más alto grado de dolo, pues el acto premeditado era y es para esa Es-

cuela, el acto libre por excelencia, y de ahí que hiciera de la premeditación el agravante más calificado.

“En el segundo caso, y de acuerdo con esos mismos principios clásicos, sólo constituye un homicidio simplemente voluntario, en donde no hay premeditación, y al cual le impone menor pena, como sucede de acuerdo con nuestro Código Penal Vigente.

“No hay duda que el delincuente, en el segundo caso, revela una personalidad especialmente peligrosa; mientras que en el primer caso la peligrosidad no es la misma, sino muchísimo menor y puede hasta no existir. De ahí que se haya buscado otro criterio más seguro y distinto del sólo transcurso del tiempo, para medir la peligrosidad y para adaptar a ella la respectiva sanción, y ese criterio es el de los móviles con que haya procedido el agente para ejecutar su acción, móviles que al decir de un distinguido tratadista, constituyen una especie de ventana abierta sobre el espíritu que permite divisar lo que se oculta en sus profundidades.

“El estudio o examen de los móviles es una cuestión que debe estudiarse a propósito de todo delito, cualquiera que sea su naturaleza; que ellos sean nobles o bajos, tal cosa podrá servir en general como índice de la personalidad del delincuente, y cuando tienen este último carácter, o sea el carácter bajo o antisocial, darán lugar a una agravación de la pena. Pero tal circunstancia de agravación no puede tener sino un carácter general, más no el valor de una circunstancia calificadora capaz de darle al delito una modalidad especial, porque en todos los delitos, como ya dije, existe un móvil, y no sería diferencia específica que distinguiera un delito de otro la simple calidad de esos móviles. De ahí por qué en la parte general siguiendo en esto a la mayoría de los Códigos, establecimos con carácter de agravante general los móviles bajos o antisociales, y de ahí por qué tampoco puedo aceptar, como se consigna en la fórmula aprobada con los votos de los doctores Lozano y Escallón, que la sola circunstancia de cometerse un homicidio voluntario “sin motivo alguno o por motivos fútiles” sea suficiente para agravarlo, imponiéndole la pena más alta que establece el proyecto que se discute, o sea la de diez y seis a treinta años de presidio.

“Pero ya que en mi concepto los móviles no pueden ser suficientes por sí solos para imponer la más alta penalidad, la que corresponde en todas las legislaciones al delito de asesinato, y ya que, por otra parte, la premeditación en determinados casos sí puede ser índice de ma-

yor peligrosidad, como se verá en el ejemplo que adelante pongo, estimo que la combinación de esos dos elementos da lugar a una configuración jurídica especial de homicidio (Asesinato) que debe ser prevista. Existe un gran número de homicidios premeditados que se cometen en todas partes y especialmente en Colombia, que no pueden ser indiferentes para el legislador: me refiero a aquellos a que se les ha pretendido dar carácter político, pero que en el fondo constituyen una delincuencia vulgar y ordinaria, como muchos que se cometen en algunas regiones, como en Santander. El exterminio de familias enteras, la persecución recíproca, la tragedia sangrienta que se disimula muchas veces con la apariencia de una riña, pero en que el homicidio ha sido preparado y calculado con anticipación.

“El homicidio premeditado podría justificar la imposición de la más alta penalidad, como sucede en modernos Códigos que no han excluido la premeditación, como el mexicano, el brasilero, el argentino, el italiano y el español.

Pero como ya dije, el criterio de la premeditación no puede ser suficiente hoy para calificar por su sólo concurrencia a un homicidio de los más graves, pues, como lo hace notar Holtzendorf, a veces la premeditación, mas bien que prueba de una mayor perversidad, representa la lucha entre el impulso criminal y el sentido moral que resiste, por lo que, como lo ha sostenido Ferri, hay delincuentes pasionales que premeditan. De suerte que la premeditación revela una mayor perversidad y potencia ofensiva, como lo hacen notar Ferri, Gorófalo y Alimena, entre otros, cuando va acompañada de motivos antisociales. Entre dos individuos que premeditan, no hay duda que será más peligroso y más temible el que procede inspirado en los motivos más bajos e innobles; luego, aparte de la premeditación, es necesario tener en cuenta estos últimos, y de ahí la fórmula que he propuesto.

.....“.....

Según nuestro Código Penal vigente, como según el Código Penal Francés, para que exista el delito de asesinato se requiere que el homicidio sea voluntario, que además, sea premeditado, y que, además, concurren ciertas circunstancias que se han llamado de asesinato, tales como la alevosía. En el ejemplo que puse anteriormente, del que, sorprendido dentro de una casa con el fin de robar, da muerte a la persona que lo sorprende, no puede decirse que haya premeditado el ho-

micidio, y sin embargo, tal delito tiene que ser y es de los más graves. Una persona que viaja en un tren observa que en el asiento delantero se encuentra otra a la que tiene gran aversión, en ese preciso momento toma la resolución de matarla, y al efecto la acomete y le da muerte. Tampoco puede decirse que en ese caso haya mediado premeditación, ni siquiera ha mediado preordenación alguna en cuanto a los medios de realizar el delito, y sin embargo, tal homicidio es de los más graves, y debe reprimirse con el máximo de pena. Pues bien, estos homicidios quedan excluidos en la disposición que vengo analizando, porque ella exige una especie de premeditación, en cuanto a los medios de ejecución del delito. Se confunde, de un lado en ese ordinal la premeditación, de la cual han querido prescindir mis queridos colegas, con los medios o forma de ejecución del delito, siendo así que son cosas distintas, pues lo último, vgr., la alevosía puede existir y existe sin necesidad de lo primero. De ahí que los Códigos Penales modernos apliquen la misma y más severa penalidad al homicidio (que califica de asesinato) que se comete con premeditación, o al que se comete con alevosía, asechanza, etc.

“Y aun cuando se diga —que se ha dicho— que al hablarse de “preordenación” no han querido referirse a la premeditación, la exigencia de ese requisito para los medios de ejecución, se presta a dejar por fuera del artículo, y por consiguiente eximidos de la más alta penalidad que se establece en el proyecto, muchos casos y muy graves reveladores de una gran peligrosidad del delincuente, en los cuales se ataca a traición, a mansalva y sobre seguro, en que se sorprende descuidada e indefensa la persona, sin que hubiera habido tiempo ni oportunidad de la menor ordenación previa de los medios o forma de ejecución del delito. Quizá la fórmula que critico ha dependido de la doctrina que profesa el doctor Escallón, y que yo respeto, pero no comparto de que para que pueda hablarse de asesinato se requiere indispensablemente la concurrencia de la premeditación. Dentro de las normas colombianas y francesas vigentes ello es así; pero no lo es de acuerdo con las últimas reformas penales, como ya he tenido ocasión de explicarlo”.

PREMEDITACION CONDICIONADA

Se plantea como cuestión de orden jurídico la llamada premeditación condicionada, la que resulta cuando el agente criminal hace depen-

der la ejecución del delito, ya adoptada la resolución de un hecho condicional. En este caso lo que importa es la determinación adoptada por el agente y el mantenimiento y firmeza de la resolución criminal. Otra cosa es cuando la condición determina la resolución criminal, pues en este caso no existe la premeditación.

LA PREMEDITACION Y EL DELITO ABERRANTE

En el caso del delito aberrante (*aberratio personae* y *aberratio ictus*); figuras contempladas por el art. 14 del C. P., la premeditación no desaparece por el hecho de recaer la acción sobre persona distinta a la pretendida por el agente y ha de tenerse en cuenta esa circunstancia para los efectos de calificación del delito si concurren los motivos determinantes a que se refiere el ordinal que comentamos.

LA PREMEDITACION Y LOS CODELICUENTES

Hay qué tener presente que la premeditación es una circunstancia absolutamente personal y que dice relación a una actividad intelectual del delincuente. Por ello, esa circunstancia no puede comunicarse a los cómplices del delito mientras concretamente no pueda afirmarse en cada uno de ellos.

PREMEDITACION E IMPUTABILIDAD

La actividad psicofísica es la base en nuestra legislación penal para la imputabilidad y consecuentemente con ese principio la responsabilidad, de orden legal, cubre tanto a los delincuentes normales como a los anormales. Pero para efectos de las circunstancias de calificación hay que tener presente que únicamente los imputables normales, según el art. 12 del C. P., pueden cometer delitos intencionales y culposos. Los delincuentes anormales se sancionan con independencia de estos conceptos por lo que no hay lugar a hablar de premeditación, forma más intensa de la intención o el dolo con relación a los delincuentes del art. 29. Además esto sería inoperante porque las sanciones imponibles a los anormales, las medidas de seguridad, se rigen con un criterio muy distinto al de las penas propiamente dichas y su duración no depende de la naturaleza del delito sino de la persistencia de las condiciones de peligrosidad del delincuente.

3o.—"Para preparar, facilitar o consumir otro delito"

Se califica el homicidio como asesinato cuando este delito viene a servir de medio o recurso por parte del procesado para llevar a término la comisión de otro ilícito. La agravación puede resultar en los tres casos señalados por la disposición, correspondientes a tres situaciones distintas del delito cuya realización pretende el delincuente.

Puede ser cometido el homicidio para preparar otro delito, lo que quiere decir que no es indispensable para la calificación que esté ya iniciado o en vía de consumación el delito fin. Puede tratarse de la comisión del homicidio para facilitar el otro delito, lo que significa que la ejecución del delito medio se produce únicamente para hacer más viable o más segura la empresa criminal, y, por último, el homicidio es cometido como medio necesario para la consumación del otro ilícito.

En los tres casos es lógico que se precisa una relación entre el autor del homicidio y del delito fin, caso de no ser uno sólo el sujeto de los delitos. Cuando ambos hechos, delito medio y delito fin, se cumplen, perfecta o imperfectamente, y en todo caso dando lugar a la responsabilidad penal, la conexidad que se establece entre los hechos delictuosos provoca el concurso material de delitos y consecuentemente la aplicación del art. 33 del C. P.

La razón por la cual la ley penal eleva a la categoría de asesinato el homicidio cometido en las condiciones previstas por esta disposición, es la de una mayor peligrosidad en el agente claramente demostrada con la adopción de recursos criminales para llevar a término la comisión de otro delito.

4o.—Después de haber cometido otro delito, para ocultarlo, asegurar su producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables"

Comprende este ordinal un caso muy semejante al anterior en cuanto que el homicidio viene a relacionarse con otro delito en que está interesado el mismo agente. Pero aquí la conexidad es *consecuencial* y el homicidio se comete con el objeto de asegurar el éxito del delito anterior, desde el punto de vista de sus productos o en relación al delin-

cuenta, quien procede con el interés de ocultar el ilícito anterior, suprimir las pruebas de su hecho o lograr la impunidad de los responsables.

Puede decirse que la calificación para el homicidio cometido en estas circunstancias se funda en las mismas razones apuntadas para el caso del ordinal 3°.

5o.—"Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento".

Todas las circunstancias enumeradas en el ordinal transcrito son consideradas como propias para la calificación del homicidio en cuanto que ellas presuponen que el delincuente procede para la comisión del delito ajustándose a medios y recursos artificiosos, hábilmente preparados o maliciosamente aprovechados, propios para crear la indefensión o la inferioridad de la víctima.

No obstante que en la disposición que comentamos dichas circunstancias aparecen apenas como ejemplos de las que pudieran emplearse a efecto de conseguir la indefensión o inferioridad, todo indica que bajo esas cuatro circunstancias caben las formas de calificación a que el dispositivo se refiere. Lo importante es saber que la calificación se produce porque el homicida recurre a medios o procedimientos engañosos y pérfidos suficientes para hacer imposible la defensa de la víctima y más segura la realización del evento criminal.

Estudiaremos las circunstancias que trae la disposición, separadamente.

Insidia y asechanza

Se dice que el homicidio se comete con insidia cuando el autor del delito emplea para su comisión medios que envuelven el engaño o la perfidia y que sirven, por lo mismo, para tomar a la víctima sorprendida e indefensa por no esperar que contra ella vaya a consumarse una lesión. Todos los medios que envuelven asechanza son insidiosos por cuanto la asechanza significa intriga, lazo, red, engaño, artificio, treta, trampa o celada, situación esta que el anterior Código Penal, dentro de su

casuismo, concretaba correctamente al hablar del homicidio cometido "con previa asechanza, poniéndole espía o algún tropiezo o embarazo, buscando auxiliares o empleando cualquier otro medio insidioso para sorprender a la persona y cometer el delito".

La asechanza en este caso entraña una acción distinta a la de *acechar*, que quiere decir mirar, observar sin ser visto, de suerte que la circunstancia de *asechanza* a que hace relación el Código Penal prácticamente se confunde con la insidia. De igual modo dicha circunstancia (insidia) cabría colocarla bajo la denominación general de *alevosía*, circunstancia esta que en algunos Códigos comprende los homicidios cometidos con perfidia, mediante acecho, emboscada, suponiendo amistad, sorprendiendo dormida la víctima, etc.

Alevosía

El homicidio con esta circunstancia es designado comunmente "a traición o aleve" Según la Real Academia la alevosía consiste en la "cautela para asegurar la comisión de un delito sin riesgo del delincuente". Según Carrara, quien denomina este homicidio "con ocultación moral", la alevosía se presenta cuando el delincuente oculta sus propósitos agresivos y simula frente a la víctima una actitud amistosa.

Cuando hay ocultación material o se procede a traición contra la víctima, también puede hablarse de *alevosía* aunque en estos casos la expresión equivale a un concepto distinto del dado por Carrara a la circunstancia estudiada.

Envenenamiento

El homicidio por envenenamiento ha sido siempre considerado como de mayor gravedad en las legislaciones penales y es la forma de homicidio que prácticamente reúne las distintas circunstancias calificatorias, como la insidia y la alevosía. Se agrava por cuanto revela la mayor peligrosidad del delincuente, que para la comisión del hecho recurre a un medio clandestino, propio para sorprender a la víctima y para ocultar la acción criminal.

Hay envenenamiento cuando el homicidio se produce empleando sustancias venenosas, aunque este concepto se refiere también a las que, sin ser propiamente tales, son perjudiciales a la salud. Así, se ha

considerado como veneno "cualquier substancia que introducida en el organismo sea capaz de obrar perjudicialmente como mecanismo químico o bioquímico".

Para la integración del delito de envenenamiento no importa el modo de empleo de la substancia. Lo mismo es que se produzca por ingestión, por las vías respiratorias, por inyección o por contacto.

En opinión de algunos, el envenenamiento debe producirse de modo clandestino, pues lo característico en el delito es la *insidia*. Otros, en cambio, sostienen que hay lugar a la calificación cuando se lesiona a la víctima con un arma envenenada o cuando se procede en un ímpetu de pasión, sin ocultar la naturaleza del medio empleado. Lo más acertado parece ser que se produzca la calificación del homicidio por envenenamiento cuando efectivamente el empleo de este medio es insidioso y cuando se trata con él de colocar a la víctima en un estado de indefensión.

El envenenamiento como delito que requiere una ponderada preparación, es casi siempre premeditado; pero no se exige para su integración que exista la premeditación.

Por sus características especiales en cuanto a los medios de comisión de este delito, se han presentado distintas tesis a efecto de establecer las condiciones del delito consumado y del delito imperfecto (tentativa y frustración). Puede decirse que hay consumación cuando la persona envenenada muere; frustración cuando se han realizado todos los actos propios para que el evento se produzca, y tentativa, cuando parcialmente esos actos se han ejecutado. Pero muchos penalistas creen que la consumación se opera cuando se consume el veneno, y así, algunos Códigos sancionan, no el hecho del homicidio, sino el de suministrar veneno o substancias dañinas a la salud. En nuestra ley penal se requiere la consumación del homicidio, y la naturaleza del medio empleado constituye únicamente motivo de calificación del delito, en cuanto que haya podido determinar la indefensión de la víctima.

Condiciones de estas circunstancias

Las circunstancias a que hemos venido refiriéndonos al estudiar el ordinal 5º. del art., 363, requieren, para que puedan ellas calificar el delito de homicidio, que determinen la indefensión de la víctima o el aprovechamiento de su inferioridad, como resultado de una "actividad preordenada y artificiosa del agente"; se requiere también, en el caso

de la indefensión que se trate de un estado que el delincuente provoca o aprovecha de manera insidiosa o aleve, pues el sólo hecho de que sea difícil o imposible para la víctima repeler una agresión homicida, no da lugar a la calificación.

Hay que distinguir, para una correcta valoración de la circunstancias que pueden calificar el homicidio en los casos de esta disposición, que la inferioridad personal es cosa distinta de la indefensión, y que el primer estado referido depende de la actividad del agente, quien lo provoca por medios artificiosos. Esto porque la inferioridad personal que resulta de condiciones ya existentes en la víctima, como una enfermedad, es circunstancia contemplada en otro aparte del art. 363.

Las circunstancias de calificación deben ser definidas de manera concreta porque no es propio en los delitos de homicidio hablar de la indefensión de la víctima en un sentido general, mientras no se atribuya esa indefensión a un determinado factor operante, como la alevosía, la insidia o la asechanza, porque la calificación del delito surge por la adopción o aprovechamiento de medios desleales que facilitan la comisión del homicidio y eliminan los riesgos para el delincuente. En otras palabras, la menor facilidad de defensa o la ausencia total de recursos para repeler la agresión deben ser efecto de los artificios puestos en juego por el homicida, o criminalmente aprovechados, hasta el punto de contar con ellos para el éxito del cometido delictuoso.

Las circunstancias a que alude el ordinal 5º. del art., 363 entrañan medios materiales o morales que provocan la indefensión o inferioridad y por su naturaleza revelan cierta *ponderación* en el delito, por cuanto que el agente recurre a ellos con el previo propósito de asegurar la realización criminal.

6o.—"Valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, o abusar de las condiciones de inferioridad personal del ofendido".

Dos circunstancias contiene este ordinal, calificadoras del homicidio; *el empleo de incapaces y el aprovechamiento de condiciones de inferioridad personal*.

Al discutirse este ordinal en la Comisión de Reformas Penales, expresó el doctor Lozano que "emplear en el delito personas incapaces o degeneradas también es circunstancia que revela una gran peligrosidad

en el agente". La fórmula primitiva de la comisión traía, aparte de las personas ya expresadas, a los alcoholizados, pero el ordinal no quedó aprobado así:

La agravación para el homicidio cometido valiéndose el agente de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, se justifica porque el delincuente se aprovecha de la actividad de un tercero que por su misma incapacidad o deficiencia presta su concurso sin darse cuenta del hecho en que se compromete, sirviendo de sólo instrumento en la realización de los planes del homicida.

No dice la disposición el alcance que deba tener la actividad cumplida por el menor, deficiente o enfermo mental, pero debe entenderse que si el homicida aprovecha o compromete la actividad de esas personas en orden a lograr su propósito y en actos encaminados a la ejecución de delito, hay lugar a la calificación.

La segunda circunstancia ocurre cuando el homicidio se comete abusando de las condiciones personales del ofendido. Aunque moralmente equivale al caso contemplado en el ordinal 5.º, se diferencia de este en que aquí la inferioridad personal no ha sido provocada y corresponde a un estado permanente o transitorio de la víctima, como sería por ejemplo la inferioridad resultante de una parálisis, de la infancia, etc.

7o.—"Con sevicia"

Esta circunstancia la expresaba el Código Penal anterior al hablar del homicidio cometido "con tormentos o con algún acto de ferocidad o de crueldad, bien se cause la muerte por alguno de estos actos, bien se cometa alguno de ellos con el cadáver". Efectivamente la sevicia significa el ensañamiento, circunstancia que consiste en "aumentar deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido", por los que no es propio incluir para la calificación los actos de exceso cometidos sobre el cadáver.

Es frecuente confundir la sevicia con la repetición de los golpes, concepto este absolutamente impropio porque lo que caracteriza tal circunstancia es el aumento de dolor en la víctima, fríamente provocado por el homicida y con el propósito cierto y definido de hacer sufrir al ofendido. Por ello cuando en la comisión de un homicidio el agente repite los golpes a su víctima bajo el primer impulso de la cólera o de la ira, no hay sevicia, pues desde el punto de vista de la actividad del delincuente es como si se tratara de un sólo golpe, porque los da-

ños innecesarios no han sido causados de manera calculada y reflexiva.

La sevicia ha sido considerada como una manifestación de especial perversidad en el delincuente y en algunos casos como signo de anormalidad mental del homicida.

8o.—"Por medio de incendio, inundación, siniestro ferroviario u otro de los delitos previstos en el Título VIII de este Libro"

En el Título VIII del Código Penal se contemplan los delitos contra la salud y la integridad colectivas. Muchos de esos hechos considerados como delitos de peligro y cuya represión se justifica precisamente en guarda de la seguridad de los asociados, pueden ser constitutivos de medios de comisión del delito de homicidio, a los que el delincuente recurre, bien por la idoneidad o eficacia destructora de tales medios, ya por la impunidad que espera alcanzar recurriendo a medios de esa naturaleza.

Como más socorridos medios homicidas figuran el incendio, la inundación, los siniestros ferroviarios o automoviliarios, las sustancias explosivas, como la dinamita, etc.

En todos estos casos se impone la calificación del homicidio porque, en primer lugar, el medio revela mayor malicia, perfidia y peligrosidad del delincuente, y en segundo, porque la acción dañosa del agente, aunque dirigida contra persona determinada, pone en peligro a las demás personas. En nuestro Código Penal se observa que cuando hay la comisión de homicidios por estos medios, no sólo se elevan a la categoría de asesinatos, sino que hay lugar al concurso de delitos, según los ordena el art., 261 del C. P.

9o.—"Por precio o promesa remuneratoria"

Esta forma de homicidio conocida entre los romanos con la denominación de "*crimen inter sicarios*", fué la primera que se conoció como asesinato en el antiguo Derecho Penal. La gravedad del delito cometido por mandato depende para el mandante del hecho de utilizar para la comisión del homicidio a un tercero que procede sin otra razón que el pago o la promesa remuneratoria, demostrando con esto su perfidia y su cobardía. Desde el punto de vista del ejecutor material o mandatario también se revela una mayor peligrosidad, como que la actua-

ción es determinada únicamente por un móvil egoísta, como la recompensa, sin que medien motivos de índole diferente.

El homicidio se comete por precio cuando el mandatario percibe por el hecho una suma de dinero u otro objeto representativo de valor económico, pero no es indispensable que el pago se realice para la calificación del delito. Es suficiente que el mandatario proceda determinado o alentado por el precio prometido. La promesa remuneratoria puede ser también de dinero o de objetos apreciables económicamente, como por ejemplo, una casa, una alhaja, un empleo, la remisión de una deuda, etc.

Cuando se presenta el caso de homicidio por mandato en que el mandatario procede por razones distintas a las señaladas en este ordinal, no hay lugar a esta forma de calificación, la que, de operarse, ha de ser por una circunstancia distinta.

Tanto el mandante como el mandatario responden como autores del homicidio calificado y su situación de coautores se regula de conformidad con el art., 19 del C. P.

Homicidio piadoso

Esta forma de homicidio entraña una verdadera innovación en nuestro derecho penal y quedó consagrada en el art., 364 del C. P. cuyo texto es el siguiente:

"Si se ha causado el homicidio por piedad, con el fin de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales, reputados incurables podrá atenuarse excepcionalmente la pena, cambiarse el presidio por prisión o arresto y aún aplicarse el perdón judicial".

El homicidio piadoso corresponde a lo que científicamente se ha llamado la *eutanasia*, pero la disposición no comprende únicamente este aspecto científico, de carácter restrictivo, puesto que pueden ser agentes del homicidio piadoso personas legas en cuestiones médicas que empleen para la comisión del homicidio los recursos comunes de este delito, en cambio que la eutanasia, propiamente dicha, provoca la muerte

con recursos científicos aplicados por facultativos. La eutanasia es la muerte sin dolor, y presupone la adopción de recursos técnicos.

La forma en que está concebida la disposición permite distinguir como elementos integrantes del homicidio piadoso, los siguientes:

1°. — Que el agente del delito obre movido por un sentimiento de piedad, determinado por las condiciones patológicas o corporales de la víctima;

2°. — Que se proceda con el ánimo de acelerar una muerte inminente o con el de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales, y

3°. — Que los graves padecimientos o lesiones corporales sean reputados incurables.

No obstante las dos últimas condiciones de este homicidio, el elemento de mayor apreciación ha de ser el motivo determinante, es decir, el sentimiento de piedad que mueva al agente a suprimir la vida para poner término al sufrimiento de la víctima. Por eso el concepto de *muerte inminente* y la calidad de incurables de los padecimientos o lesiones deben tomarse en un sentido amplio, acomodado a los conocimientos del común de las gentes en esas materias, e incluso, a las ideas imperantes en el ambiente. Porque si fuera a exigirse con todo cientifismo la existencia de estas condiciones, quedaría limitada la figura del homicidio piadoso hasta el extremo. Sobre este particular aparece muy sensato la siguiente observación formulada por el doctor Lozano en el seno de la Comisión de Reformas Penales: "El restringir la eutanasia a los casos de enfermedades incurables y que hayan puesto al enfermo en condiciones de muerte inevitable y próxima, es restringir demasiado el principio, porque los médicos, en muchos casos, casi siempre, admiten la posibilidad de una curación, y porque aunque la muerte no esté tan cercana, el dolor que sufre el paciente y la imposibilidad de amortiguarlo si puede llevar al ánimo de un pariente próximo el piadoso y noble sentimiento de extinguir ese sufrimiento por medio de la muerte".

El homicidio piadoso no requiere el consentimiento de la víctima, pero bien puede ocurrir que esta figura coincida con la del art., 368 del C. P. referente al homicidio consentido. En tal caso, como es obvio, el hecho hay que interpretarlo en el caso que estudiamos, como más favorable al delincuente.

Las condiciones especiales de este delito impiden abiertamente que

puedan concurrir las circunstancias de calificación del homicidio asesinato, aunque de hecho el delito se cometa en casos que aparentemente encajen en el acotado art., 363. Así, por ejemplo, no importa que el homicidio recaiga sobre un ascendiente, descendiente, cónyuge, etc., o que se emplee contra la víctima un tóxico. Las demás circunstancias de asesinato no encajarían en ningún caso por cuanto que se refieren a una mayor ponderación en el delito.

El homicidio piadoso es en la ley penal colombiana uno de los pocos casos en que para su juzgamiento se brinda al Juez un arbitrio completo, tanto para la escogencia de la pena, por su naturaleza, como para su duración; e incluso hay lugar a la aplicación del perdón judicial. Este arbitrio se acomoda a una sana orientación del Derecho Penal y sirve para poner en práctica el principio, que no rige para todos los delitos, el de que la peligrosidad es la medida de la responsabilidad.

HOMICIDIO ULTRAIINTENCIONAL

Esta figura la contempla el art., 365 cuyo texto es el siguiente:

"El que con el propósito de perpetrar una lesión personal ocasione la muerte de otro, incurre en la sanción establecida en el Art. 362 disminuída de una tercera parte a la mitad".

Está caracterizado este homicidio por la ausencia del propósito de matar y por la existencia de *un dolo determinado de inferir a la víctima una lesión personal*. Puede decirse que integran este delito los siguientes elementos:

- a) — Propósito de causar un daño, una lesión personal, pero no de matar al ofendido;
- b) — Relación de causa a efecto entre los actos ejecutados por el homicida y la muerte;
- c) — Que no se haya previsto por el agente ni querido la muerte, y
- d) — Que fuése previsible la muerte.

Los tratadistas de Derecho Penal no están muy de acuerdo para la correcta clasificación del homicidio ultraintencional. Algunos tratan de desdoblarse el hecho para estimar una parte imputable a dolo y otra a

culpa, en cambio que otros lo convierten en una simple modalidad del homicidio común. En el Código Penal anterior se le catalogaba como homicidio involuntario, pero este criterio es anticientífico porque en el homicidio ultraintencional hay siempre la presencia de un ánimo por parte del agente de causar daño a la integridad personal de la víctima. No se puede confundir, en consecuencia el homicidio ultraintencional con el culposo porque en el primero la violación resulta de una acción criminal definitivamente dolosa, y el segundo no existe, ni podría existir, intención alguna.

Es necesario para la existencia de esta clase de homicidio que la muerte haya podido preverse dentro de las condiciones ordinarias de previsibilidad, pues si concurre un caso fortuito determinante del evento no podría imputarse al agente la comisión del delito de homicidio. También debe existir la relación de causalidad para la imputación del homicidio ultraintencional. De no aparecer el nexo de causalidad, el hecho puede degenerar en culpa o dar lugar únicamente al delito de lesiones personales. Tal ocurre, por ejemplo, cuando faltando la intención o propósito de matar, hay la operancia de concausas subsiguientes en la producción del evento, porque no pueden coexistir el homicidio ultraintencional y el homicidio concausal, en las condiciones que lo estatuye el art., 366 del C. P.

De los tres elementos estructurales del homicidio el único que falta en el ultraintencional es el *propósito de matar*, lo que determina que en esta modalidad no puedan presentarse formas imperfectas del delito, como tentativa o frustración, dado que éstas tienen siempre como elemento integrante el propósito de matar, cuando se trata de homicidio. Puede sí concurrir el homicidio ultraintencional con las circunstancias de atenuación o de excusa, tales como el estado de ira o de intenso dolor, riña imprevista, etc.

Para la fijación de la pena, según, puede observarse del texto del art. 365, del Código toma como base la penalidad del homicidio simplemente intencional o voluntario del art. 362. La referencia a este artículo ha hecho creer que no hay lugar a la calificación del homicidio ultraintencional cuando concurren en su ejecución alguna o algunas de las circunstancias de asesinato contempladas en el art. 363, por la razón de remitir para la fijación de la pena al art., que trata del homicidio simplemente intencional. Esto no es admisible, aunque así se desprende del texto del art. 365, pues bien puede suceder que el homicidio ultraintencional se cometa en alguno de los casos de que da cuenta el

la clase y naturaleza de las armas o instrumentos empleados en él: por el sitio, naturaleza o extensión de las heridas o golpes que produjeron la muerte; y por los demás medios que puedan dar a conocer las intenciones que presidieron a la ejecución del hecho" (art. 589).

HOMICIDIO CONCAUSAL

Art. 366.—"Si existiendo de parte del agente el propósito de matar, la muerte no se produjere sino por el concurso de un hecho subsiguiente dependiente de la actividad de la víctima o de un tercero, la sanción podrá ser disminuída hasta en la tercera parte".

Se caracteriza en homicidio concausal por la deficiencia de uno de los elementos estructurales, o sea, la *relación de causalidad* entre los actos ejecutados por el agente y el resultado. Quiere decir que la muerte viene a producirse por la concurrencia de otros factores distintos a la lesión inferida por el autor del hecho y que de por sí esta sólo, en las condiciones normales, no hubiera podido producir el evento. De otra manera, la muerte no es consecuencia natural de la herida que el agente infiere a la víctima.

Por lo demás en este delito existen los restantes elementos estructurales del homicidio.

Para que pueda hablarse de homicidio concausal es necesario que exista por parte del agente el propósito de matar y es indispensable, también, que en el proceso de causalidad operen el hecho ejecutado por el agente secundado por las concausas para determinar el resultado de la muerte, es decir, debe siempre existir una relación entre la causa y el efecto pero resultar éste por la labor o consecuencia secundante de las concausas. Es, pues, de la naturaleza del homicidio concausal el que el resultado no aparece como una consecuencia natural de los hechos realizados por el agente, dado que se incorporan al proceso ciertas condiciones que actúan para provocar, en juego con los hechos ejecutados, la muerte.

Las concausas han sido clasificadas de diferentes maneras. Se habla, en primer término, de *normales, atípicas y patológicas*.

Las *normales* corresponden a aquellos estados especiales en que puede encontrarse el organismo por causa de determinadas funciones

fisiológicas, como ocurre, por ejemplo durante la digestión. Un golpe en el estómago estando este distendido puede producir la muerte, lo que no ocurre cuando el estómago se encuentra vacío, en reposo.

Las concausas *atípicas* son condiciones preexistentes ocasionadas por anomalías fisiológicas del sujeto. Se cita como ejemplo la dextrocardia (colocación del corazón al lado derecho).

Patológicas son aquellas concausas, también preexistentes, que dependen de enfermedades o predisposiciones del ofendido. Se pueden considerar en esta categoría la tuberculosis, las lesiones cardíacas, la hemofilia, etc. Así, por ejemplo, cuando la víctima ofrece lesiones pulmonares ya cicatrizadas y recibe lesiones que abren nuevamente las heridas, en su muerte obran como causa dichas lesiones pulmonares.

También se dividen las concausas en *antecedentes, concomitantes o simultáneas y supervinientes*.

Las *preexistentes* corresponden a las categorías que ya examinamos. En cuanto a las *supervinientes* ellas pueden depender de hechos de la misma víctima, de hechos de un tercero o de circunstancias de orden puramente casual. Cuando se trata de hechos que provienen de la actividad de la víctima o de un tercero, es indiferente que se trate de hechos positivos o de omisiones y que dependan estos de intención o de culpa. Así, el no observar el régimen dietético y curativo impuesto al lesionado, el no recurrir al tratamiento médico el ejecutar actos o esfuerzos contraindicados, son hechos provenientes de la víctima; el error en el diagnóstico, el mal tratamiento médico etc., son hechos provenientes de un tercero.

Cuando la concausa proviene de circunstancias puramente casuales, como un incendio, una inundación, etc., no cabe hablar propiamente de concausas porque en nuestro Código es requisito que ellas dependan de la actividad de la víctima o de un tercero.

Son condiciones para que puedan admitirse las concausas, las siguientes, de acuerdo con la ley y con la doctrina penal:

a) — Que la concausa sea superviniente. En consecuencia, no se admiten las concausas antecedentes o concomitantes. Esto en nuestro Código Penal, pues algunas legislaciones si admiten las antecedentes cuando ellas son ignoradas por el agente.

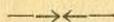
b) — Deben depender de la actividad de la víctima o de un tercero, lo que quiere decir que no son admisibles las concausas cuando ellas se

presentan de manera puramente casual. Esto también de acuerdo con el art. 366 que estudiamos.

c) — La concausa debe operar realmente en el resultado porque si los hechos ejecutados por el agente son suficientes para producirlo no hay lugar a considerar la concausa.

d) — La concausa debe ser independiente del hecho mismo porque si es consecuencia del hecho en nada se afecta el nexo de la causalidad.

Ya dijimos anteriormente que nuestro Código no reconoce más concausas que las supervinientes, dentro de los límites señalados en la disposición que comentamos. Este criterio es desde todo punto de vista aceptable porque de admitirse las concausas antecedentes habría una incompleta e injusta protección de la vida humana, materia en la cual no puede ni debe establecerse diferencias en cuanto al delito de homicidio. Las mismas concausas supervinientes no parecen ser desde un punto de vista científico del derecho penal, motivo para una atenuación de la pena, pues si lo que se quiere reprimir es la peligrosidad del agente, el hecho de la concausa, cuando el autor del delito ha querido y realizado los actos idóneos de consumación, nada resta o aminora dicha peligrosidad. Sobre este particular se expresaron en la Comisión de Reformas Penales, el doctor Lozano, el doctor Cárdenas y el doctor Escallón, fijando el criterio de la Comisión en esta materia. Transcribimos de esos conceptos, los más importantes:



“Después de la anterior lectura, el doctor Lozano manifiesta que él insiste en que su concepto al respecto es el de que la intención de matar claramente manifestada habiéndose empleado un medio idóneo generalmente apto para producir la muerte de modo que el delincuente haya hecho cuanto estaba a su alcance para llegar al resultado que buscaba, si se descubre por una pericia médica que en realidad la muerte sobrevino por una concausa, no debe haber atenuación de la pena. A este respecto se atiende a las ideas expresadas cuando se discutió el tema del delito imposible, que tiene grandes analogías con las hipótesis que se están contemplando. En el caso del delito admite la posibilidad de la atenuación porque a pesar de la voluntad definida de causar la muerte, ésta no ha sucedido. Pero en el evento de la concausa tal como lo ha analizado, se unen el daño inmediato pleno y la intención dolosa plena, y no ve cómo sobre la base de la doctrina de la peligro-

sidad pudiera atenuarse la pena. El doctor Irureta Goyena, cuyo capítulo acabamos de leer, dice “que nadie es responsable sino de lo que en realidad ha hecho”. Considera, por el contrario, que penalmente, de acuerdo con las ideas modernas cada cual es responsable de lo que ha querido hacer, usando medios adecuados al efecto. La opinión del doctor Irureta conduce a la exclusión de la pena en el delito imposible.

“El doctor Cárdenas dice: Creo que podría dejarse facultad al juez para disminuir la pena, si con los actos que realice el agente se manifiesta la peligrosidad. Por el hecho de sobrevenir la muerte por una concausa no se pone muy de presente la peligrosidad; en unos casos podría rebajarse la pena, y en otros podría aplicarse independientemente de la concausa.

“Considera que si la muerte sobreviene por una causa ajena e independiente del querer del agente; como en el ejemplo que puso en ocasión pasada: el individuo que recibe una cortada en un dedo y luego se baña la herida en agua sucia o infectada, la sanción tiene que atenuarse, porque cualquiera que sea la escuela a que se pertenezca se llega siempre a la conclusión de que a nadie se puede hacer responsable de un hecho que no le es imputable. En el caso presente, y refiriéndome al ejemplo que he traído, se ve que la causa de la muerte no es la herida del dedo sino el hecho de haberse bañado el sujeto en un agua infectada.

“Examinando el artículo del proyecto del señor Escallón, referente a las concausas, el doctor Lozano considera que éste es en todo caso superior al 273 del proyecto de la anterior Comisión, pero queda planteado el debate para cuando esté presente el doctor Escallón, pues el doctor Lozano no es partidario de que se incluya la teoría de las concausas cuando haya intención de matar. Por consiguiente, solo considera conveniente incluir la doctrina del homicidio ultraintencional mientras que el doctor Cárdenas exige por lo menos que se deje a la discreción del Juez la aplicación de la atenuante en algunos casos, pero haciéndola obligatoria el caso de la concausa subsecuente tal como la explicó en el ejemplo tantas veces mencionado.

“El doctor Escallón dice que en esta materia, como en la de la tentativa y en el delito frustrado, se presentan divergencias fundamentales entre la escuela clásica y la escuela positiva. Dentro del criterio de la primera no se podría castigar el delito de homicidio con concausa, porque faltaría uno de los extremos, o sea la muerte causada directamente por el agente. Pero dentro del criterio de la escuela positiva hay que

tener en cuenta sobre todo la peligrosidad del autor. Si se estima la concausa en la misma forma que la considera la escuela clásica, el hecho delictuoso, vendría a regularse con el mismo criterio con que se juzga el fenómeno de la tentativa, y de ahí que para tales eventos tenga grande importancia la práctica de la autopsia en que podrá determinarse cuál ha sido la causa de la muerte. Dentro del criterio de la escuela positiva basado en el análisis de la peligrosidad del agente, la concausa puede existir en el homicidio intencional como en el homicidio ultraintencional. En el primer caso, es decir, cuando ha habido la intención de dar muerte, el hecho debe dejarse cobijado por los principios generales: el agente quiso suprimir la vida y efectivamente esa vida se suprimió, pero si por alguna circunstancia su acto no fué suficiente para tal supresión, ese problema debe dejarse a la apreciación del Juez. El punto básico y fundamental en este caso es el de la intención criminosa del agente que revela en él una gran peligrosidad, y el homicidio debe entonces juzgarse en armonía con los principios generales. En la segunda hipótesis, es decir, cuando el agente no tuvo la intención de dar muerte y sin embargo ella tiene lugar en fuerza de concausas preexistentes o subsecuentes, lo justo es que a tal autor se le abonen esas concausas, y, por tanto, se le rebaje la penalidad porque su peligrosidad pudiera decirse que es para herir y no para matar o, en otros términos, revela una personalidad menos peligrosa que el que sí tuvo intención de matar. Las disposiciones que se adopten con relación al delito de homicidio deben armonizarse con los artículos ya aprobados en la parte general, y allí ya se aceptó el principio de que la tentativa tiene una disminución de la penalidad que hubiera correspondido si el delito se hubiera consumado, y el delito frustrado también podrá gozar de una disminución de la misma pena, y en el caso del delito imposible se deja al criterio del Juez la sanción. Por tanto, cuando el agente, queriendo matar sólo causa heridas, tenemos la tentativa o el delito frustrado, pero si con esa misma intención de matar, la muerte se produce por causas concurrentes, no hay por qué establecer disminución en la penalidad que favorezca al delincuente, y la concausa debe cargársele porque la concausa es concurrente de la muerte y no de la intención.

“El doctor Lozano manifiesta que está de acuerdo con el doctor Escallón en cuanto que el criterio que debe prevalecer en estas materias es el de la peligrosidad del delincuente, y en fuerza de este principio se opone a que ponga como atenuante en el homicidio intencional

la concurrencia de circunstancias fortuitas. Pero cuando la concausa es subsiguiente al acto del agente y depende del acto de un tercero, o de la víctima misma, entonces debe tenerse indudablemente en cuenta ese hecho. En esta apreciación estoy de acuerdo con el doctor Cárdenas. Con todo, la apreciación de ese hecho, no implica que necesariamente debe disminuirse la penalidad en todos los casos de concausas producidas por tercera persona, sino que simplemente debe darse la autorización al Juez para que verifique tal disminución hasta una tercera parte de la pena. Estima, también, y en esto se aparta de la opinión del doctor Cárdenas, que puede existir acumulación de las figuras del delito ultraintencional y concausal y tal acumulación puede apreciarse en el ejemplo que puso en la sesión anterior, o sea el caso de que con la sólo intención de quitar una oreja a otra persona, v. gr., verifica tal acto, pero el herido muere a consecuencia de una aneurisma preexistente. Para este caso basta la disminución de pena procedente de la ultraintención y por esto estima que es innecesario consignar en el Código esta hipótesis aunque en la práctica puede tener lugar.

“El doctor Cárdenas dice que acepta en términos generales la fórmula del doctor Lozano, aunque la considera un poco vaga por la redacción. Considera también que no debe tenerse como único criterio el de la peligrosidad sino también el daño que se cause y la perturbación social, como se considera al contemplar el evento del delito frustrado en que se disminuye la penalidad. Estrictamente, dentro del criterio de la peligrosidad, no se habría podido hacer dicho disminución porque los casos serían idénticos desde ese punto de vista. En síntesis sostiene que el mismo criterio general que se tuvo para la apreciación del delito frustrado debe tenerse tratándose del homicidio con concausa”.

—→←—

La figura del homicidio concausal no estaba establecida en el anterior Código Penal pues el criterio clásico de esta legislación sólo admitía la existencia del homicidio cuando la muerte se producía “por consecuencia y efecto natural de las heridas, golpes o violencias”. Si la muerte se producía en otras condiciones no había delito de homicidio, sino simplemente delito de heridas, bien se tratara de concausas antecedentes, concomitantes o subsiguientes y cualquiera fuera el origen de tales concausas. Así, rezaba el art. 621: “En el caso de que dentro de los sesenta días o después de ellos, muera el herido o maltratado, constandingo que no fueron mortales los golpes o las heridas, y que la

muerte no fué efecto de ellas sino de la impericia de los cirujanos, de algún exceso del herido, o de otro accidente casual o inconexo con el delito, no será castigado el reo como homicida, sino como autor de heridas o golpes, según la incapacidad que debieran producir las que infirió, con arreglo al Capítulo 6°.

También exigía el anterior Código Penal, tratándose de heridas de naturaleza mortal, que la muerte se produjera dentro de los sesenta días siguientes, plazo éste arbitrario y sin ningún fundamento.

Dr. Juan Antonio Murillo V.

**La
abogacía
y
su
función
social**

Conferencia leída por los
micrófonos de la Radiodi-
fusora de la Universidad de
Antioquia en el ciclo orga-
nizado por la Federación
de Abogados.