

"EL HOMICIDIO ANTE EL NUEVO CODIGO"

(Continuación),

Dice así el art. 363: "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:...."

En relación con esta primera parte, debemos observar que el legislador buscó especialmente la denominación de asesinato, y no sólo para los homicidios premeditados que llevaran anexas circunstancias de las llamadas de asesinato. Es decir, que para calificar este homicidio no se necesita la premeditación. Esta puede bastar para hacer de un homicidio un asesinato, como puede bastar la sevicia.

La palabra asesinato tiene su origen en el homicidio por precio, realizado por el pasha, en Arabia.

La comisión del Senado habló de "asesinato" aún para homicidios de los llamados antes simplemente voluntarios y para el parricidio, aunque no tenga éste circunstancias de asesinato ni sea premeditado. Justifica la comisión del Senado esta cuestión: "Vuestra comisión consideró que la denominación de asesinato está muy arraigada en la tradición jurídica colombiana y que por su gran poder intimidativo que tiene, no debe prescindirse de ella. Es claro que no exigimos para que exista asesinato que el homicidio se cometa con premeditación, como lo exige el Código vigente. El asesinato se presenta aun cuando no medie premeditación, pero sí debe ir acompañado de alguna otra circunstancia como la insidia, la asechanza, la alevosía y la sevicia, que le dan al hecho delictuoso una gravedad especial".

El Dr. Escallón critica este alargamiento del sentido. Asesinar a

una persona no puede ser matar al padre sin premeditación y sin alevosía, traición, etc.—Dice que siempre que hay asechanza, hay premeditación, y que, por é ello, eso es redundante.

Nosotros creemos mucho en que la muerte causada a uno de los parientes de que habla el ordinal 1º, así como ciertos homicidios sin premeditación, contemplados en este artículo —según vamos a verlo— sí son, para el pueblo colombiano, asesinatos, y que la expresión, aunque un poco láta en el Código, tiene una fuerza expresiva e intimidativa muy importante.

El caso del ordinal primero es el que se ha conocido en las viejas legislaciones con el nombre de parricidio, pero ya hemos dicho que esta denominación genérica ha dejado de existir entre nosotros y que la palabra parricidio no puede usarse en otro sentido que el gramatical.

A diferencia de las viejas legislaciones, el estatuto penal se refiere a los afines, si bien limita la afinidad a la línea recta en primer grado.

Respecto del cónyuge creemos que debe existir la comprobación plena de la existencia del vínculo matrimonial. Es más: consideramos un error el que se formule al jurado la cuestión de hecho y en ella se incluya la parte relativa a la existencia y conocimiento del vínculo matrimonial. Bien puede ocurrir que el hecho de la muerte esté plenamente probado, pero que no esté demostrada la existencia del matrimonio o el conocimiento del vínculo. Para evitar las dificultades inherentes a una mala formulación del cuestionario, estimamos que la parte relativa al vínculo y a su conocimiento debe ser objeto de pregunta separada. Lo mismo debe decirse en relación con los demás vínculos de parentesco de que habla el numeral comentado.

Nuestro código incluyó a las ascendientes o descendientes naturales entre las personas contra las cuales sus descendientes o ascendientes pueden cometer el delito de asesinato. Sigue, con esto, la tendencia que ya se había esbozado en nuestra legislación civil. Pero se presenta el problema de si en la muerte dada a ascendientes o descendientes naturales cuando no hayan sido reconocidos por uno de los medios de que habla nuestra ley 45 de 1936, existe o no existe asesinato. En Francia la jurisprudencia declaró que no existía parricidio (que es el equivalente al asesinato en estudio) en la muerte dada por el hijo al padre o a la madre naturales cuando no los hayan reconocido. En Alemania la jurisprudencia no hace distinción. Y nosotros creemos que en Colombia si no existe el reconocimiento del vínculo por uno de los medios de que trata nuestra ley civil, no puede calificarse el hecho de

asesinato, por la sencilla razón de que mientras el vínculo no exista legalmente mal puede el legislador castigar calificadamente por la sola existencia del vínculo natural, siendo así que no es el proceso criminal el sitio para discutir la existencia legal del vínculo.

Por consiguiente, con respecto a la madre soltera o viuda, el solo hecho del nacimiento demostraría el vínculo pero con respecto al padre necesitamos recurrir al reconocimiento que puede hacerse en la forma prevista por los arts. 2°, 4°, 5° y 6° de la ley 45 de 1936.

Una de las cuestiones más debatidas ha sido la de si a quien coopera en la ejecución de un asesinato de los contemplados por el numeral primero del art. 363 del C. P. se debe considerar como responsable de homicidio o de asesinato. La tesis más aceptada, a pesar del intenso debate que existe sobre la cuestión es la de que el parentesco constituye una circunstancia de índole personal y subjetiva que sólo agrava la responsabilidad de quienes concurren. Nosotros creemos, sin embargo, que la circunstancia del parentesco no es de índole personal, según lo dejamos explicado al estudiar los arts. 21 y 22 del Código y que ésta es una circunstancia material que se comunica a quien, conociendo el parentesco, prestó su concurso al asesino de uno de los parientes de que trata la disposición. Por lo demás, como anota Cuello Calón, "la doctrina romana era favorable al castigo de los codelincuentes extraños con la pena del parricidio (L. 6, Dig. ad leg. Pompeiam de parricidiis). Antiguos penalistas (Carmignani, Giuliani, Molinier, etc.) defendieron esta opinión basándose en la indivisibilidad del título del delito, y en que si el extraño no ha violado un deber filial ha ayudado conscientemente a la violación de aquel deber, vid. Carrara, 1.148. Alimena es de igual criterio porque el extraño sabe que participa en un homicidio que viola los afectos más fundamentales, Enciclopedia del Diritto penale italiano, Pessina, 9, pág. 543. También la jurisprudencia francesa se inspira en este sentido, Garcon, págs. 137, 72, 158, 418; Garraud, 5°, pág. 179. Pero la mayoría de los autores sostienen que el extraño, coautor o cómplice, debe ser penado como responsable de un homicidio o de un asesinato (Carrara, 1.149; Pessina, Elementi, 2°, pág. 18; también Garraud, lugar código citado)". Para finalizar el estudio de este numeral recordaremos lo que antes se dijo sobre la ventaja; diremos que la insidia y la asechanza son sinónimas, que corresponden a lo que en francés se llama guet-apens o sea la emboscada para asesinar, la observación a escondidas y con cuidado o el observar o aguardar cautelosamente a alguien con el propósito de ultimarle.

HOMICIDIO POR PIEDAD

El caso de homicidio por piedad está contemplado en nuestra legislación por el art. 364 del Código Penal, que fue objeto de grandes discusiones en la Cámara de Representantes, especialmente por parte de los médicos que consideraban que no había padecimientos o lesiones que pudieran reputarse incurables.

Dos tesis extremas se han disputado el campo en esta materia: de un lado la de quienes sostienen que no puede darse muerte a una persona ni aun en las circunstancias previstas por el artículo, y de otro, quienes alegan que en esas circunstancias no solamente puede aplicarse el perdón judicial sino que debe consagrarse la tesis de la irresponsabilidad. Entre estas dos tesis ha venido a triunfar la intermedia o sea la que exige que para el homicidio por piedad se reúnan las siguientes condiciones:

Primera.—Que se trate de acelerar una muerte inminente o de poner fin a graves padecimientos o lesiones corporales.

Segunda.—Que estos padecimientos o lesiones corporales se reputen incurables.

El homicidio por piedad no exige en nuestro código el consentimiento de la víctima, de suerte que la atenuación que él consagra es debida a la motivación moral y altamente altruista del hecho realizado, pues equiparar el homicidio por piedad al homicidio común sería contrariar las mismas concepciones jurídicas populares y la doctrina jurídica moderna.

EL HOMICIDIO CON CONSENTIMIENTO DE LA VICTIMA

El art. 368 del C. P. dice que el que ocasiona la muerte a otro con su consentimiento, estará sujeto a la pena de tres a diez años de presidio.

Esta atenuación especial, como en el caso del homicidio por piedad, está basada en la doctrina jurídica moderna y en las concepciones jurídicas populares, pues es evidente que quien dá la muerte a quien implora de él un golpe mortal, obra por móviles tan especialmente nobles que en determinados casos se llega a pensar en si no se quedó corto el legislador cuando no permitió llegar hasta el perdón judicial. Hay, por ejemplo, situaciones tales como las de la miseria o las de quien espera otra muerte vil y desastrosa que hacen pensar que el consentimiento de la víctima y las circunstancias en que ella se encuentra, determinan al

autor por móviles idénticos a los del caso del homicidio por piedad. Si bien es evidente que en algunos casos (como en los dramas de amor en que la pareja, de común acuerdo, intenta darse la muerte, sobreviviendo uno de los amantes), hay que aplicar la tesis del artículo, en otros parece exagerada.

Sin embargo nosotros estimamos que cuando existan modalidades especiales en el consentimiento y en la realización del hecho, la dificultad teórica puede salvarse en parte buscando la aplicación del mínimo de pena.

En el homicidio por piedad puede presentarse el caso especial de que además de las circunstancias previstas por el art. 364, exista el consentimiento de la víctima. Y como naturalmente hay diferencia esencial entre el homicidio por piedad cometido a espaldas de la víctima y el realizado a petición suya, consideramos que ese es un caso en que el perdón judicial se impone si por otro lado las condiciones del art. 364, las modalidades del hecho delictuoso y la personalidad del agente no indican otra cosa.

Se relaciona con los dos anteriores problemas el muy debatido sobre la eutanasia. Y para ilustrar esta cuestión nos limitamos a copiar la nota que sobre esta materia escribe Don Eugenio Cuello Calón en su obra "Derecho Penal": "EUTANASIA. Actualmente se debate con insistencia la licitud del empleo de la eutanasia. Eutanasia significa literalmente buena muerte y hoy se emplea en el sentido de la muerte dulce, sin dolor, de los irremisiblemente perdidos, sin esperanza de salvación, torturados por angustiosos sufrimientos. Esta es la verdadera eutanasia. Pero háblase también de la muerte, sin dolorosa agonia, de los idiotas incurables y de otros seres desprovistos de valor vital, la cual no es eutanasia propiamente dicha, sino una despiadada función selectiva con miras al mejoramiento de la especie. Mientras la eutanasia generalmente supone el consentimiento del que ha de morir, la muerte eugénica no lo requiere, es la muerte obligatoria, sin consentimiento de la víctima y a veces contra su voluntad. A semejante función eliminativa, en opinión de algunos, deberían ser sometidos: 1° los enfermos o heridos sin salvación que con completa conciencia de su situación, soliciten la muerte; 2°, a los idiotas y a los paráliticos en el último estadio de su enfermedad; 3°, a aquéllos que, por cualquier acontecimiento y con heridas mortales, han quedado privados de conocimiento, y que en el caso de despertar de su inconsciencia quedarían condenados a una vida miserable (vid Binding y Hoche, Die Freigabe

des Vernichtung lebensunwerken Leben Leipzig, 1920), pág. 29 y sigts; Morselli, Morte venefica, Turin, 1923, pág. 46).

Las opiniones emitidas sobre la eutanasia son muy diversas. Belling la considera de acuerdo con la moral, aun cuando reconoce que jurídicamente es un homicidio (Unschuld, Schuld and Schuldsstufen, Peipzig, 1910 pág. 21) Kohler vacila, pero admite el acortamiento de la vida hasta una o dos horas por medio de narcóticos (Deutsches Strafrecht Allg. Teil, Leipzig 1917, pág. 401); Max Ernest Mayer opina que nuestra cultura autoriza semejantes procedimientos y que, puesto que no existe precepto alguno del que pueda colegirse que el orden jurídico no comporta este punto de vista, debe considerarse como una indudable medida de protección, de interés, de importancia (Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrecht pág. 290). Otros juristas, por el contrario, como Kassler (Das Recht aus Sterbehilfe, Eutanasia, en Deutche Juristen Zeitung 1915 pág. 203 y sigts), niegan la licitud de su empleo. Entre los médicos algunos miran esta medida con gran simpatía (vid Morselli, L'uccisione pietosa, Turin, 1923, pág. 22), aun cuando no pocos se pronuncian en contra. La muerte eutanásica no ha sido aun legalizada por legislación alguna; sentimientos fuertemente arraigados en el corazón humano, sin contar con otras razones de orden científico, se oponen a la legitimación del homicidio eutanásico".

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

El código contempla esta forma de homicidio en el art. 365. Los elementos necesarios para la existencia de esta forma delictual, son:

1° Propósito de perpetrar una lesión personal, y por consiguiente la falta del propósito de matar;

2° Que resulte la muerte como consecuencia directa de la lesión.

Lo anterior quiere decir que el homicidio preterintencional surge de un dolo eventual porque no existe relación entre la intención y el resultado de la acción aunque exista, y debe existir, relación entre la muerte y el acto externo del autor.

Este homicidio era el que se llamaba involuntario en el viejo código, en el cual existían las gradaciones que antes estudiamos. Si bien es cierto que hoy no es posible tenerlas en cuenta para la configuración de modalidades especialmente sancionadas, es evidente que si el daño que se pretendía causar era mediano, grave, leve, levisimo o desconocido, estas circunstancias pueden hoy considerarse como modalidades del hecho delictuoso, lo que servirá eficazmente para la gradua-

ción de la pena dentro del máximo y del mínimo señalados por el código.

El homicidio preterintencional no puede coexistir con el culposo, porque en éste hay ausencia de toda intención, ni tampoco con el concausal porque esta última forma de homicidio requiere la previa intención de realizar el hecho de la muerte.

La atenuación que hacen las legislaciones en estos casos se debe a la falta de intención de matar.

Y debe advertirse que no puede haber tentativa de homicidio ultraintencional porque no existiendo daño, no existe ultraintención. Más bien podría pensarse en que haya tentativa o frustración de lesiones personales.

Finalmente, la dificultad en estos casos estriba en la prueba de la falta de intención. Esta falta de intención se descubre por los antecedentes del hecho y de las personas, por la calidad del arma o instrumentos empleados, por la dirección de los golpes o heridas, por el resultado habitual de ciertos golpes que, a veces, producen resultados extraordinarios, etc., etc.

HOMICIDIO CONCAUSAL

El art. 366 del Código dice: "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".

En el viejo código Colombiano no existía el homicidio concausal. Si la herida no era naturalmente mortal y el hecho no se producía sino por la concurrencia de otras causas, el delito dejaba de ser homicidio para convertirse en heridas. Es más: El art. 619 consideraba que las heridas debían producir su efecto mortal dentro de los sesenta días, pues de otra suerte el homicidio pasaba a la categoría de delito de heridas al tenor de lo dispuesto por sus arts. 620 y 621.

Aunque existen concausas preexistentes y concausas subsiguientes, pues nosotros no admitimos la facilidad de las concausas concomitantes, el legislador nuestro no admite sino las subsiguientes a diferencia de otras legislaciones que admiten la concausa preexistente en cuanto no haya sido conocida por el autor del hecho. Y no las admite porque el Código defiende la persona humana así tenga deformaciones anatómicas, sufra enfermedades o se encuentre en un estado pasajero que coadyuve a su muerte, es decir que ni las concausales atípicas, pa-

tológicas o normales son admitidas por nuestro código en ninguna forma. En una palabra, como dice el profesor Francisco González de la Vega comentando el código mexicano que tampoco admite la concurrencia de causas anteriores a la lesión, ésta “se regula con estricto apego al principio lógico de que el que es causa de la causa es causa de lo causado”.

Nuestro código admite las concausas posteriores al acto lesivo como los malos tratamientos médicos, las imprudencias o excesos del lesionado etc. Pero no resuelve el problema relativo al acaecimiento de la muerte cuando ésta ocurre por no tener al alcance los recursos necesarios para tratar la herida. Nosotros consideramos que en este caso la muerte se debe a circunstancias previstas o previsibles por el agente y que tienen en cierto modo el carácter de preexistentes; y con estos argumentos y teniendo en cuenta lo que concretamente resuelven algunas legislaciones al respecto, nos inclinamos a la tesis de que en este caso se trata de un homicidio común.

En cuanto a las concausas subsiguientes es evidente que si son ellas las que producen el homicidio en concurrencia con la lesión inferida por el agente, éste sólo no es el autor del hecho; concurren a producirlo causas emanadas de diversos sujetos, y, por tanto, la penalidad del primer autor de las lesiones debe ser disminuída siempre que como dice el código sean absolutamente independientes del hecho original del sujeto activo al cual aparecen ligadas para producir la muerte.

EL SUICIDIO

Nuestro código no castiga el suicidio frustrado y limita su intervención a castigar a quien eficazmente induzca a otro al suicidio, agravándole la pena si ha procedido por motivos innobles o antisociales (art. 367 del C. P.). Es decir la legislación se aparta del viejo criterio teológico a virtud del cual, y como repercusión del concepto de pecado, el suicidio fue producido y sancionado con penas infamantes contra el cadáver y con penas patrimoniales contra los herederos. Lo que hallamos razonable, puesto caso que la causa de impunidad del suicidio es el suicidio mismo.

Siguiendo, pues, el criterio moderno, nuestro código sólo castiga la cooperación en el suicidio siempre que se induzca eficazmente a la muerte y que ésta se produzca.

En cuanto a la primera condición, será necesario valorar por los elementos de prueba de que se disponga si la inducción fue eficaz y a sabiendas; pero en cuanto a la segunda existen discusiones sobre si la

no producción de la muerte constituiría por lo menos una tentativa de inducción al suicidio. El profesor José M. Ortiz Tirado dice: "Se estará en presencia de la determinación al suicidio (participación moral) cuando el agente hace nacer en el sujeto pasivo el propósito suicida, esto es, cuando con la instigación o con el consejo obra sobre la voluntad de éste, de modo que le hace decidir quitarse la vida, o en otros términos, cuando el agente se convierte en autor intelectual, causa moral del suicidio de otro. La obra determinatriz debe ser suficientemente eficaz, o lo que es lo mismo, capaz de decidir a otro al suicidio; debe vencer los obstáculos e impeler a la acción, de modo que la muerte sea efecto del impulso ajeno. La ayuda al suicidio (participación material) se tiene, por el contrario, cuando el agente presta a alguno ya decidido al suicidio, un concurso eficaz para la ejecución de su propósito, cooperando con actos materiales a la consecución del fin. Por consiguiente, en la participación moral no basta la fugaz palabra, la simple manifestación de un pensamiento que pueda influir sobre la voluntad del suicida, sino la verdadera, la real y eficaz participación en la ejecución del propósito; en otros términos, determina al suicidio, el que hace nacer en la mente de otro el propósito triste de llevarlo a cabo. En idénticos términos, debe aceptarse la conclusión de Cuello Calón respecto de los grados inferiores del delito y por lo mismo, estimo que en aquellos casos en que la víctima, no obstante la inducción o la ayuda prestada por el inductor, no hubiera fallecido, debe tener aplicación el art. 12 de nuestro Código Penal, que se refiere a la tentativa punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa o indirectamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; sobre este punto es necesario advertir que existen opiniones que no admiten la conclusión que hemos aceptado, pues se sostiene que no siendo un delito el suicidio en sí, no puede haber tentativa o frustración punible de un hecho que no está catalogado como delito y que lo que resulta es que, comprobados los hechos de inducción o de ayuda con la intención criminal de que un hombre se prive de la vida, debe considerarse consumado, por parte del agente, el delito previsto en el art. 312, en su primera parte, atendiendo al resultado final solamente para el efecto de la imposición de la pena, que podrá ser mayor hasta el límite del término máximo, cuando la víctima realmente se hubiere privado de la vida y menor hasta el límite marcado en el mínimum, cuando el agente pasivo no hubiere recibido ningún daño o sólo lesiones de mayor o menor gravedad".

INFANTICIDIO

Nuestro código no trae esta denominación genérica, pero el art. 369 del C. P. se refiere a lo que gramaticalmente podemos llamar infanticidio "honoris causa". Este es el caso de la madre que para ocultar su deshonra, en el momento del nacimiento del hijo o dentro de los ocho días subsiguientes, le causare la muerte cuando no está inscrito en el Registro Civil. Se consagra una atenuación especial de la pena no sólo para la madre sino también para quien cometa el hecho con el fin de ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana.

En aquel sentido nuestro código sigue las líneas generales del código de 1890 así como las de otra legislación puesto que es un hecho evidente que ninguna castiga el infanticidio con la pena máxima cuando lo comete la madre para ocultar su deshonra y la criatura está recién nacida. Se tiene en cuenta el propósito de honor de la madre que suprime la vida de su hijo y la necesidad consiguiente de atenuar la pena en relación con la del homicidio común.

En los casos en que la madre dé muerte a su hijo por otros motivos diversos del de ocultar su deshonra, el hecho será un homicidio común, puesto caso que nuestro legislador al incluir el infanticidio "honoris causa" en una disposición especial no quiso otra cosa que calificar especialmente una forma de homicidio.

Lo mismo ocurre cuando la muerte del niño se cause después de los ocho días de su nacimiento o después de inscrito en los Registros del Estado Civil, pues en ambos casos la ley presume que el hecho ya es lo suficientemente público para que la madre pueda tener realmente la finalidad de ocultar su deshonra.

Motivo de discusiones encarnizadas entre los penalistas ha sido la extensión de la causa de honor a los infanticidios cometidos por personas distintas a la madre. Sin embargo, nuestro legislador hizo esa extensión al hijo que quiere evitar la deshonra de su madre, al ascendiente que quiere evitar la de su descendiente, al padre adoptivo que quiere evitar la de su hija adoptiva o al hermano que quiere evitar la de su hermana. Con lo cual nuestro código considera que esas personas tienen igual derecho social que el de la madre a defender la honra de la que está ligada a ellas por los vínculos a que expresamente se refiere el inciso segundo del art. 369. Pero nosotros admitimos que la atenuación consagrada para la madre y para ciertos familiares y que consiste en la causal de "por ocultar su deshonra", no tiene razón de ser

para los extraños, quienes deben responder de un homicidio común.

Nos resta observar que el plazo de ocho días, como casi todos los plazos fijados por la ley, es netamente empírico. El código mexicano señala un plazo de 72 horas a contar desde el nacimiento; el italiano de 5 días; el peruano de 48 horas; el portugués y el brasilero mencionan, como nuestro código, el momento del nacimiento y los 8 días siguientes; el austriaco sólo admite infanticidio en la muerte realizada dentro del alumbramiento; los códigos alemán y belga exigen que tenga lugar durante el nacimiento o inmediatamente después sin fijar plazo; y el derecho francés, como nuestro código antiguo, se refiere al recién nacido sin expresar lo que debe entenderse por éste.

(Continuará).

