

*Derecho Penal
Colombiano*

Por el doctor
Gustavo Rendón G.

(PARTE ESPECIAL)

DERECHO PENAL COLOMBIANO

(Parte especial)

INDUCCION AL SUICIDIO

Art. 367.—“El que eficazmente induzca a otro al suicidio, estará sujeto a la pena de tres meses a dos años de arresto. Cuando el agente haya procedido por motivos innobles o antisociales, se duplicará la pena”.

Aunque muy pocas legislaciones consideran el suicidio como delito, la participación en el suicidio de otra persona es considerada como hecho ilícito dándose una modalidad sui generis de homicidio. Esa participación puede comprender la prestación de auxilio para el suicidio, o la inducción a éste.

Nuestro código únicamente estableció penalidad para la inducción, sin contemplar el caso de que el agente participe en el hecho prestando auxilio al suicida, bien con el suministro de los medios o instrucciones acerca de la manera de suprimirse la vida.

La inducción al suicidio exige el Código que sea eficaz, lo que equivale a decir que élla debe operar suficientemente en el ánimo de la víctima para determinarla al suicidio. Se entiende por **inducción** el hecho de excitar o instigar y entraña, por lo tanto, una acción psicológica de sugestión directa sobre la víctima.

Dice el profesor Cuello Calón en su Tratado de Derecho Penal, que puede considerarse “como una forma de inducción al suicidio el llamado duelo a la americana. Esto no es un duelo, no supone lucha, consiste en el compromiso contraído por dos o más personas mediante la palabra dada de quitarse la vida aquél a

quien la suerte le sea desfavorable". Este hecho entraña ciertamente una coacción moral y puede estimarse como inducción al suicidio.

En este delito, siguiendo nuestro Código la legislación penal italiana, se toman en cuenta, para los efectos de la sanción, los motivos determinantes que impulsan al inductor, pues no es lo mismo obrar por motivos altruistas, nobles o generosos que por motivos innobles o antisociales. Es cierto que la concurrencia de los primeros no quita al hecho su carácter delictuoso, porque en ningún caso podría la ley autorizar esta forma de homicidio.

No siendo el suicidio considerado como delito en el Código Penal colombiano, hay que entender que para el caso que estudiamos se requiere que el evento tenga cumplimiento.

El art. 367 aprobado por la Comisión de Reformas Penales vino a sustituir una disposición original del proyecto que contemplaba la inducción al suicidio y el auxilio cuando procedía el agente por motivos egoístas o antisociales, redactada en los siguientes términos: "El que por motivos egoístas o antisociales induzca a otro al suicidio o le ayude a cometerlo, siempre que esto se realice, incurre en la prisión de uno a seis años".

Es de observarse que la disposición no estableció como caso especial de agravación del hecho la inducción que se realiza sobre sujetos que por sus condiciones mentales son más influenciables, tales como los menores, los anómalos psíquicos o los enajenados, lo que hace pensar que el hecho podría considerarse en tales condiciones como homicidio común o calificado, según el caso.

HOMICIDIO CONSENTIDO

Art. 368.—"El que ocasione la muerte a otro con su consentimiento, estará sujeto a la pena de tres a diez años de presidio".

Esta forma de homicidio guarda estrecha relación con la que acabamos de estudiar, pues la intervención del agente viene a cumplirse como una más directa cooperación en el suicidio.

Las legislaciones no están muy de acuerdo en la apreciación de este homicidio. Para unas, se trata de un homicidio común, en cambio que para otras, es un homicidio atenuado. Nuestro Código le da fisonomía especial y le impone una penalidad menor a la del homicidio simplemente intencional, por aceptar que la petición o so-

licitud de la víctima para que se le suprima la vida, atenúa el homicidio y le resta gravedad.

Para que el consentimiento de la víctima pueda tenerse en cuenta es preciso que se trate de un consentimiento libremente expresado por ella y que no sea la resultante de engaños o procedimientos artificiosos del homicida porque entonces el hecho se convierte en un homicidio común.

El artículo no estableció para los efectos de la pena los motivos determinantes del hecho, los que debieron consignarse en la misma forma que para el caso del artículo anterior, ya que no es lo mismo proceder el agente movido por motivos altruistas o nobles que por motivos egoístas. Es cierto que para el caso de concurrir los motivos determinantes que estatuye el art. 364 (homicidio piedadoso), es esta la disposición que puede y debe aplicarse, pero como hay aparte de los móviles específicamente determinados en esta disposición otros que justificarían una mayor atenuación del delito, debió establecer el artículo 368 lo relativo a este problema.

Refiriéndose a esta materia trae el profesor Cuello Calón los siguientes conceptos:

"En ciertos casos, la atenuación podría fundamentarse en otros móviles diversos de la piedad y la compasión. Me refiero a angustiosas situaciones como la del que, para no sucumbir en muerte vil y desastrosa, implora de otro el golpe mortal, que solicita por vacilar su mano; así mismo en los trágicos dramas de miseria, cuando dos esposos ancianos, enfermos y sin recursos, intentan poner fin a su triste vida. En tales casos si el que hizo el disparo, si el que encendió el braceró, sobrevive, deberá gozar de una considerable atenuación.

"Ciertas semejanzas con estas trágicas situaciones presentan aquellos dramas de amor en los que una pareja de amantes de común acuerdo, intentan darse la muerte, sobreviviendo uno de ellos; también en estos casos, aunque no en grado tan intenso, como los anteriores, y por otros motivos, podría en determinadas circunstancias, otorgarse al homicidio cierta atenuación en la pena, pero la solución es aquí menos clara".

Algunos autores han afirmado, con base en que el suicidio no es delito, que el homicidio consentido tampoco debe sancionarse por cuanto que el sujeto que desea su muerte se limita a transmitir a su matador el derecho que tiene para disponer de su vida. Esta tesis es inaceptable puesto que a más de concurrir en el hecho los

elementos constitutivos del delito, prima un concepto social de la vida que priva a las personas de la facultad de disponer arbitrariamente de su existencia y por lo mismo de autorizar a un tercero para su muerte. Nada significa el hecho de no considerar la ley punible el suicidio porque ello no entraña la afirmación del derecho a quitarse la vida.

INFANTICIDIO

Art. 369.—“La madre que para ocultar su deshonra, en el momento del parto o dentro de los ocho días subsiguientes, causare la muerte de su hijo, no inscrito todavía en los registros del estado civil, incurrirá en prisión de dos a seis años.

En igual sanción incurrirá el que cometa el hecho previsto en el inciso anterior, para ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana”.

El infanticidio es una de las modalidades más interesantes del delito de homicidio y tiene especial configuración, tanto por las condiciones del agente y de la víctima, como por la naturaleza de los motivos determinantes, que son los que propiamente operan como causal de atenuación.

En relación con este delito precisa estudiar las siguientes cuestiones: **Sujeto Activo, Sujeto Pasivo y Motivo Determinante.**

Sujeto Activo

El agente típico de este delito es la madre, pero de acuerdo con la disposición transcrita, puede ser cometido el infanticidio por el hijo, ascendiente, hermano o padre adoptivo, cuando proceden con el fin de ocultar la deshonra de su madre, descendiente, hija adoptiva o hermana, respectivamente. Ninguna otra persona puede invocar la atenuación si no está dentro de las precisas relaciones familiares contempladas en el artículo que estudiamos.

Es extraño que en el inciso segundo del art. 369 no se haya contemplado el caso del infanticidio cuando se comete por el marido para ocultar la deshonra de su mujer, tal como quedó consig-

nado en el artículo aprobado por la Comisión Redactora del Código. No se ve razón alguna, para excluir al marido de esta situación favorable, pues puede presentarse el caso de que constituya deshonra para una mujer casada el advenimiento de un hijo, como cuando es notorio el hecho de la imposibilidad de relaciones o de acceso entre los cónyuges. Además se observa que para el delito de aborto el art. 389 establece la atenuación cuando tal delito se comete por el marido para salvar el honor de la mujer, y entre el aborto y el infanticidio honoris causa hay notoria identidad.

Sujeto Pasivo

El sujeto pasivo de este delito es el niño recién nacido, pero en este caso, a diferencia de los delitos de abandono y exposición, para los cuales se dejó a la jurisprudencia la fijación del término correspondiente a recién nacido, se entiende únicamente al menor de ocho días, pues sobrepasado este término, aunque medien los demás elementos integrantes del delito, no hay infanticidio, sino homicidio, comunmente el homicidio calificado como asesinato.

Es lo común del infanticidio el que se cometa en el momento del parto, dada la finalidad que se persigue con la supresión de la criatura.

Aparte de la edad que se requiere del sujeto pasivo, es indispensable para la integración del delito que se trate de un niño vivo, haya o no nacido a término, pero en todo caso que haya tenido vida extra-uterina, pues como en todo delito de homicidio el sujeto pasivo tiene que ser una persona, en la acepción que la ley dá a este término.

Otro requisito indispensable, por la naturaleza misma del infanticidio, especialmente por lo que toca a la aceptación de los motivos determinantes, es el de que el niño no haya sido inscrito en los registros del estado civil. Se quiere con esto poner en claro que el hecho del registro de por sí da publicidad al nacimiento y que es imposible, por lo tanto, invocar una razón de honor cuando el hecho ha sido público por la inscripción. Esta presunción de la ley es restrictiva del infanticidio y prima sobre las mismas condiciones de edad de la víctima, puesto que, siendo menor de ocho días pero inscrita ya en los registros del estado civil, no hay lugar a hablar de infanticidio.

Motivo determinante

El infanticidio no puede tener motivo determinante distinto al de ocultar la deshonra de la madre de la criatura, sea que se cometa por ella misma o por los parientes a que alude el texto legal. Fuera del motivo "honoris causa" la ley no admite ninguno capaz de atenuar el homicidio que se cometa en el recién nacido. Sobre este aspecto, sin embargo, hay que tener presente que pueden presentarse motivos como los previstos para el homicidio pialoso y que en este caso el hecho podría sancionarse no como homicidio parricidio sino como homicidio pialoso.

Generalmente los factores que determinan el infanticidio son distintos a los considerados por el art. que se examina. Así, la miseria y los factores económicos en general son muy frecuentes, pero no podría atenuarse el delito en tales circunstancias.

La apreciación del motivo "honoris causa" hay que hacerla teniendo en cuenta una correcta valoración del concepto del honor. Debe establecerse que por el hecho del nacimiento la madre va a quedar afectada en su reputación, como cuando se trata de una madre soltera o viuda, conocida como mujer honesta, o de una madre casada, honesta también, en el caso de que se haga ostensible que el hijo no fue concebido en legítimas relaciones. Presupone también el concepto del honor o de la honra el hecho de no haber sido público y conocido el período de gestación, pues si todo mundo está enterado del embarazo y no se ha ocultado no resulta lógico invocar el motivo honoris causa. Igualmente si la mujer goza de una mala reputación y es conocida su vida licenciosa o deshonesto, aunque sea primipara, tampoco cabe invocar la atenuación del delito.

En el delito de infanticidio es el motivo determinante el factor que propiamente le da fisonomía especial al hecho y lo sustrae de la categoría de homicidio asesinato. La aceptación de que el motivo honoris causa atenúa el delito es una tesis impuesta por los tratadistas de Derecho Penal y que surgió como reacción contra las penas severas que acarrea el infanticidio en los siglos anteriores. En este aspecto se destacan las opiniones expuestas por Beccaria, Romagnosi y los penalistas alemanes, quienes sostuvieron la especial situación de la madre que mataba a su hijo para evitar su deshonra. Hoy en día casi todos los códigos establecen la causal de atenuación cuando se procede para ocultar la deshon-

ra, aunque no todas las legislaciones hacen extensiva la causal a los parientes de que trata el art. que comentamos, limitándola algunas únicamente a la madre y a los abuelos maternos. Así estaba establecido el infanticidio en el Código Penal de 1.890 y en igual forma aparece en el Código Penal español.

Propósito homicida

Para que se configure el delito de infanticidio debe existir por parte del agente el propósito determinado de causar la muerte de la criatura. Este elemento es indispensable porque, caso de resultar la muerte como consecuencia de otros actos tendientes a desembarazarse del niño y en los que sólo hay un dolo eventual, el delito podría ser de abandono o exposición, pero no de infanticidio. Ya veremos que en aquellos delitos (abandono y exposición) el sujeto pasivo queda expuesto, por la privación de la asistencia que se le es debida, a la eventualidad de la muerte pero sin que exista por el autor del abandono o exposición la intención directa de matarlo. Por ello aunque se presente la muerte no hay en estos casos infanticidio, precisamente por la calidad eventual del dolo.

No es indispensable, con relación al elemento que estudiamos, que la muerte se provoque por medios positivos, como la estrangulación, por ejemplo; puede ser por omisiones destinadas a producir el mismo evento, como cuando se deja de alimentar a la criatura.

No puede haber infanticidio por culpa porque no cabe compaginar la intención positiva de ocultar la deshonra con actos culposos que determinen la muerte.

De no concurrir los elementos propios al infanticidio, el hecho de dar muerte a un recién nacido se localiza en el art. 363 y podría ser parricidio, según el nexo del matador con la víctima, u otra forma de asesinato por concurrencia de las circunstancias previstas en tal disposición.

HOMICIDIO CULPOSO

Art. 370.—"El que por culpa cause la muerte de otro incurrirá en prisión de uno a seis años, multa de quinientos a cinco mil pesos y privación del ejercicio del arte, profesión u oficio en que se ocasionó la muerte, hasta por cinco años".

En esta forma había consagrado el Código Penal la responsabilidad para el homicidio culposo, pero tan eficaz como preventiva disposición tuvo brevisima vigencia, como que la ley 164 de 1.938 vino a variar radicalmente el criterio de severidad y protección que informaba el Código en esta materia. El nuevo estatuto dispuso:

Art. 10.—“El art. 370 del Código Penal quedará así:

Art. 370.—El que por culpa cause la muerte de otro incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años, y privación del ejercicio del arte, profesión u oficio por medio de los cuales ocasionó la muerte, hasta por cuatro años.

Parágrafo: En este caso, podrá el juez prescindir de la aplicación de la sanción accesoria señalada en el inciso anterior, cuando del estudio de la personalidad del responsable resulte, de acuerdo con las reglas generales fijadas en los artículos 36 a 40 de este Código, que es poco peligroso para la sociedad, pero sin que sus condiciones personales sean suficientemente satisfactorias para justificar la condena condicional o el perdón judicial. Artículos 80 y 91)”.

Fue criterio de la Comisión de Reformas Penales atender con cierto rigor a la represión de los delitos culposos, especialmente aquellos que son resultante del quebrantamiento de normas y reglamentos en materia de tránsito, dada la frecuente presentación de casos de homicidios y lesiones atribuibles a culpa de los conductores de vehículos. Este criterio de la Comisión quedó manifestado en el primitivo art. 370 y en las disposiciones procedimentales relativas a excarcelación y decomiso de licencias o pases, pero sin otra razón que la protesta de los gremios de conductores, el Legislador volvió prácticamente a consagrar la impunidad para estos delitos y a mantener la situación de peligro para los asociados.

La responsabilidad por culpa fue establecida en el C. P. en la parte general por el art. 12, según el cual “Hay culpa cuando el

agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previsto confió imprudentemente en poder evitarlos”.

Aunque en la parte general estudiamos lo relativo a la culpa, conviene insistir en esta materia para el análisis del homicidio culposo.

El concepto primordial de la culpa, de acuerdo con el art. 12 es el de la **previsibilidad**, pero es claro que comprende también otros conceptos además de la negligencia y la imprudencia, de los cuales puede derivarse la culpa del agente, como la impericia.

Entre los tratadistas de Derecho Penal ha habido una marcada discrepancia y hasta confusión cuando se trata de establecer las características de ciertos hechos culposos, especialmente aquellos que tienen como hecho inicial un acto que de por sí es violatorio de la ley o reglamento y cuando se trata de diferenciar el dolo eventual de la culpa. Se ha dicho que en ciertos actos culposos existe el dolo eventual cuando el agente ha tenido la representación del daño posible y afronta con sus actos las consecuencias.

Se ha dicho que siendo la previsibilidad el factor apreciable en los delitos culposos, los hechos que se derivan de la impericia o de la inobservancia de órdenes o reglamentos no se acomodan dentro de la teoría de la culpa. Florián dice, por ejemplo, lo siguiente:

“Reafirmando, por tanto, el criterio de la posibilidad de prever como requisito subjetivo de la culpa, se debe notar, sin embargo, en obsequio a la realidad, que tal criterio solo es aplicable cuando se trata de culpa por imprudencia o negligencia; en los otros casos casos de culpa resulta superfluo, inservible o incompatible. Esto tiene lugar en la hipótesis de imperancia en el propio arte o profesión, y aun más en la inobservancia de órdenes, reglamentos o disciplinas”.

No obstante el anterior concepto, parece lógico que la impericia o violación de reglamentos puede caer en la órbita de los delitos culposos, tal como aparece formulada la culpa en nuestro Código Penal. Tiene importancia este problema porque ciertos hechos derivados de actuaciones profesionales asumen condiciones delictivas de carácter culposo, cuya sanción se impone en defensa de los asociados. Tal ocurre, por ejemplo, con el ejercicio de la profesión médica y en general con todas las profesiones técnicas. Refiriéndose a la responsabilidad de los profesionales en los casos de culpa

ha dicho el Tribunal Superior de Manizales: "La responsabilidad de los profesionales puede sobrevenir no sólo por impericia o ignorancia sino por negligencia. Dentro de la doctrina del C. P. colombiano, que acepta la **posibilidad de prever** como base de la culpa, es decir, que establece las dos categorías de culpa: la **imprevisión de lo previsible** y la **previsión con creencia temeraria de evitar**, no parece que jurídicamente pueda dar lugar a vacilaciones sobre la inclusión de la impericia o de la violación de reglamentos dentro de la zona de los hechos culposos. En los comentarios que Cuello Calón hace a la obra de Pessina, dice que son responsables por culpa el cirujano imperito que emprende una delicada operación y el maquinista que atacado de daltonismo continúa ejerciendo su profesión ferroviaria, porque los efectos dañosos de sus actos pudieron ser previstos. Esta doctrina es incuestionable, con tanta mayor razón cuanto que la obligación de **prever aumenta con el grado de cultura del individuo**".

Teniendo en cuenta los términos del art. 12 del C. P., resulta evidente que en los delitos de culpa únicamente pueden concurrir como elementos estructurales del homicidio común la supresión de una vida humana, bien sea por hechos positivos u omisiones y la relación de causa a efecto entre dichos actos u omisiones y la muerte. Está ausente del todo el elemento intencional, en cualquiera de sus grados, por lo que no es jurídico tratar de incorporar el llamado dolo eventual a los delitos de culpa.

El dolo eventual se caracteriza, según Prins porque el autor del hecho "ha querido el resultado, no ya como cierto (que es el caso del dolo determinado o indeterminado), sino como probable o posible. Ha aceptado de antemano la eventualidad para el caso de que pudiera realizarse y de ahí que esta realización a la cual ha consentido se vincule a su voluntad y sea reprimida como voluntaria".

Por su parte Ferri examina así el dolo eventual:

"La última distinción del dolo, prácticamente útil, es entre dolo positivo y dolo eventual. El primero es la intención firme y decidida, acompañada de la voluntad, de cumplir un acto delictuoso y realizar sus efectos. El otro es la simple representación ideal o previsión de que del propio acto pueden derivar efectos delictuosos, pero no acompañada de la voluntad de producir tales efectos. La previsión de éstos no basta a detener o modificar la actitud del individuo, pero él no los quiere y espera que no se verifiquen. El dolo eventual no es igual a la culpa por imprudencia, cuando en

ella el efecto dañoso no haya sido previsto ni pensado. Y el dolo eventual no es igual a la preterintencionalidad porque en ella el acto inicial es doloso, pero los efectos más graves no han sido previstos".

Debido a que en ciertos delitos, especialmente los cometidos por conductores de vehículos, ofrecen un aparente dolo eventual, se trató en la Comisión Redactora del Código de crear una categoría especial de homicidio y al efecto se presentó por el doctor Lozano la siguiente fórmula adicional al artículo sobre culpa: "Si el agente ha ocasionado la muerte con dolo eventual, la pena será de tres a diez años. Se presume el dolo eventual cuando el agente violaba notoriamente los reglamentos sobre tráfico en el momento del hecho". Esta fórmula no fue aprobada por la Comisión, no obstante la defensa que de ella hizo el proponente, y se acordó el art. 370 de que tratamos.

Para mejor información sobre el estudio de la disposición consagrada en nuestro Código sobre culpa en los homicidios, transcribimos algunos apartes de las actas correspondientes de la Comisión:

"El doctor Lozano manifiesta que es necesario contemplar de manera especial los homicidios cometidos por los conductores de automóviles, en los cuales, en la mayoría de los casos, la culpa de los agentes está impregnada de dolo, y que por su extraordinaria frecuencia merecen una represión particular. Lo único que justifica la penalidad de la culpa es la alarma pública producida por el hecho que envuelve esa configuración, y por tanto en los distintos casos que se presentan es preciso discriminar la mayor o menor zozobra social y alarma pública que causan. Quiere que se tenga en cuenta, al redactar estas disposiciones, los datos suministrados por las estadísticas, que muestran que en Inglaterra, en los años de 1934, el número de muertes naturales fue inferior al de las causadas por accidentes automovilísticos. Considera además, que desde el punto de vista psicológico es casi imposible que el que viaja a una velocidad desmesurada por una carretera no haya tenido en su conciencia de manera más o menos confusa la percepción de que puede ocasionar una desgracia, afrontando, sin embargo, para satisfacer un interés egoísta, todas las consecuencias. De ahí que en ese caso particular considere necesario equiparar la violación de los

reglamentos, al dolo, eventual, no por confusión de ideas ni por arbitraria tendencia a aumentar la pena, sino porque es un hecho atestado irrefragablemente por la experiencia que el dolo eventual acompaña, casi sin excepción, las tragedias automovilarias; y la única manera de aferrarlo en la práctica es estableciendo una presunción fundada en la violación de los reglamentos.

“El doctor Cárdenas dice que la experiencia nos enseña que tal como se sancionan los delitos de culpa provenientes de los accidentes de tráfico, resultan ineficaces las sanciones, ya porque los funcionarios de instrucción no le dan importancia a las respectivas investigaciones, ya porque el asunto que alcanza a convertirse en un juicio y en que interviene el jurado, éste termina por absolver por falta de dolo o de intención criminosa. Además, las legislaciones están de acuerdo en que las solas penas privativas de la libertad no son suficientes para reprimir esa clase de hechos que exigen remedios más apropiados, como el de la privación o suspensión del respectivo oficio o profesión y también sanciones de carácter pecuniario.

“Dice el doctor Escallón que él considera que la configuración del delito culposo está bien dentro del sistema que se ha adoptado ya por la Comisión, aunque le parecería mejor establecer los extremos de la culpa en la forma que él insinuó cuando se trató el asunto en la parte general. Como se recordará, cuando se discutió lo relativo al dolo y a la culpa, insistió en que no se diera una noción general de la culpa y en que solamente se dijera en dicha parte que no había culpa sino en los casos expresamente previstos en la ley. La definición que se dió de culpa, haciéndola consistir en la falta de previsión de lo que podría prevenirse (que fue ese el criterio adoptado), es sin duda el principio fundamental en esta materia, incluye los casos en que hay imprudencia, negligencia o descuido, en que es típica la falta de previsión, y aunque en concepto del mismo doctor Escallón, cuando hay impericia en el ejercicio de un arte o profesión, o violación de los reglamentos, que son los otros casos de culpa, existe también la falta de previsión de lo que podría prevenirse, no son pocos los autores que consideran que en estas figuras de la culpa no existe precisamente ese elemento de previsión; de ahí que la mayor parte de las legislaciones en vez de dar una definición general de la culpa, establecen en cada caso los

extremos que la constituyen, y por eso dicen, en materia de homicidio:

“El que por imprudencia, negligencia, descuido, impericia en el ejercicio de un arte o profesión, violación de los reglamentos, causa la muerte de otro, ect.”

En este caso quedan contempladas las posibles figuras de la culpa y no se dá lugar a la discusión de que se ha hecho mención.

“Habiendo adoptado la Comisión el sistema de definir la culpa en la parte general y habiendo dicho en la parte especial: “el que cometa tal hecho por culpa, tiene tal pena”, es natural que en tal definición de la culpa, aunque pueda dar lugar a controversias, quedan incluidos los casos de siniestros o accidentes automovilarios, y, por lo tanto, cree el doctor Escallón que no es el caso de establecer un inciso, o un artículo aparte, que los contemple. Indudablemente, es alarmante el número de muertes producidas por siniestros automovilarios, y la impunidad que los acompaña, pero esto no depende de deficiencia alguna en la ley sustantiva ni de lenidad en las penas; la impunidad en que quedan los autores de los hechos culposos depende de que las autoridades en realidad no proceden contra ellos. Nada sacamos con establecer en el Código Penal una pena mayor para esos casos si esa pena no se va a imponer y la situación sigue como en la actualidad. La prisión de uno a seis años unida a la sanción pecuniaria de \$ 5.000, y la suspensión o privación del ejercicio del arte o profesión del que ocasionó la muerte, y que yo propongo, me parecen más que suficientes para reprimir esta clase de hechos. Naturalmente es necesario que en el Código de Procedimiento tomemos las medidas del caso para que no continúe la impunidad reinante.

Por lo que toca a la confusión que hace el doctor Lozano entre dolo eventual y culpa, me parece que es completamente inadmisibile, como quiera que la ocurrencia típica en los accidentes automovilarios es la de la culpa, sin que pretenda excluir el dolo que ofrece entonces una configuración completamente diversa. Desde que interviene en el individuo la representación de los efectos de su acto y no detienen su acción, es necesario hablar de dolo y no de culpa, porque la culpa consiste, como se ha repetido, en no haber previsto lo que se podía prever; desde que hubo previsión ya no hay culpa, y, por tanto, el caso que contempla el doctor Lozano, que él llama eventual, entraría en las disposiciones relativas al dolo y no en las de la culpa. Por todas estas consideraciones, no creo ne-

cesario tratar esta materia en las disposiciones relativas a la culpa".

Evaluación de la culpa

De acuerdo con los conceptos que dejamos vistos sobre la culpa puede decirse que para una correcta apreciación de la responsabilidad del agente del delito y para una acertada medida de su peligrosidad, es necesario no sólo el examen objetivo del hecho delictuoso sobre un supuesto más o menos fijo de la previsibilidad, sino que debe investigarse en cada caso y con relación al medio en que opera el agente el aspecto subjetivo del problema. A este respecto dice, entre otras cosas, el Tribunal de Manizales:

"Para el hombre ordinario, para el ciudadano medio, dentro del nivel cultural de Colombia en esta época, hay consecuencias, hay resultados, hay aspectos en cierta clase de fenómenos, que en términos generales puede aceptarse que son previsibles en él". Y agrega la misma providencia, citando al doctor Gutiérrez Gómez: "Dentro del ambiente nacional puede estimarse como fenómeno aceptable de previsibilidad el hecho de que, apretando un gatillo de una ametralladora, se disparará no solamente un tiro sino toda la cinta de proyectiles, esto es, se verificará una ráfaga. Pero puede suceder que este fenómeno, comúnmente previsible, no pueda ser previsto por un campesino ignorante que ha vivido recluido siempre en su montaña o en su valle y que jamás haya visto un arma de esa especie, y entonces la capacidad de prever en ese individuo es mínima y su acto, en circunstancias especiales, podría llegar a traspasar los lindes del caso fortuito".

En síntesis, para la estimación de la responsabilidad por culpa es preciso no sólo el examen en abstracto del hecho sino también el examen particular de la conducta del sujeto, según sus condiciones personales y sociales que permitan deducir su grado de capacidad de previsión.

HOMICIDIO POR PROVOCACION

El Código Penal colombiano, aparte de las causales o circunstancias de atenuación de la responsabilidad que contempla en la Parte General, trae en el título De los Delitos Contra la Vida y la Integridad Personal un capítulo de disposiciones comunes al homicidio y las lesiones en el que se estatuyen formas específicas de

provocación que aminoran o excusan la conducta del agente en la comisión de dichos delitos.

Bajo la denominación común de **homicidios por provocación** precisa comprender tanto los casos de atenuación consignados en a Parte General como los especialmente previstos en el Capítulo a que hemos hecho referencia. Haremos su estudio previa advertencia de que la provocación influye en igual grado para los delitos de lesiones personales y que, por lo tanto, lo que se diga acerca del homicidio se entiende dicho para aquellos.

La Provocación

Cuando el delito de homicidio se comete por provocación de la víctima, el hecho puede quedar comprendido en primer término dentro de una causal de justificación por legítima defensa, situación esta prevista en el ordinal segundo del art. 25 del C. P. La provocación en este caso constituye causal suficiente para que el agente quede eximido de responsabilidad. Los bienes tutelados en el ejercicio de la defensa legítima comprenden la vida, el honor y los bienes materiales. Pero es propio hablar de provocación únicamente cuando se reacciona contra las agresiones que afectan la integridad personal o el honor.

Ya en la Parte General estudiamos la legítima defensa como causal de justificación. Nos resta examinar otras formas de provocación, que sin justificar el delito, son reconocidas para atenuar la responsabilidad del agente. No sobra anotar que es difícil en algunas formas de agresión lesivas del honor separar o distinguir la provocación como fundamento de la legítima defensa de la que simplemente atenúa la responsabilidad. En el art. 28 del C. P. se estableció con un alcance genérico, operante para todos los delitos una forma de provocación que determina el que obre el agente en un estado de ira o de intenso dolor. Según los términos del acotado artículo debe tratarse de **grave e injusta provocación**. No es posible fijar el alcance ni medir en forma general la provocación, cuya gravedad debe determinarse en cada caso teniendo en cuenta las distintas circunstancias que permitan apreciar o evaluar la provocación.

Se funda esta atenuación en que el agente se ve impelido al delito bajo una influencia de orden pasional que lógicamente altera su armonía psíquica y en que por la naturaleza del motivo deter-

minante, que obra como causa del delito, puede apreciarse la menor peligrosidad del delincuente, cuya reacción la ha provocado un hecho injusto de la víctima. Hay en los delitos que se cometen en estado de ira o de intenso dolor causados por injusta provocación, en principio, los mismos elementos de la defensa legítima, con la diferencia de que en aquellos el factor **provocación** no se relleva en condiciones tales de gravedad como para justificar la comisión del homicidio. El hecho lesivo que entraña la provocación es de menor entidad y no representa para el agente, fuera del alcance ofensivo, ninguna amenaza o peligro de carácter violento.

El homicidio cometido en las condiciones del artículo 28 es de una difícil evaluación, dado que si en parte depende de la naturaleza de la ofensa o provocación que se hace al homicida, objetiva o subjetivamente considerable, en mucho depende de las condiciones temperamentales, de su personalidad, que determinen en él un estado de emoción violenta y consecuentemente el acto impulsivo.

El estado emocional puede determinar el hecho homicida como reacción inmediata, puesto que el ciclo psíquico que termina en el acto impulsivo normalmente no permite que el sujeto medite su resolución y mida su alcance. Esto es lo propio cuando se procede en estado de ira. El estado de intenso dolor que comunmente se entiende como modalidad especial de la emoción por causa de la calidad misma de la provocación, conviene distinguirlo para los efectos penales en su verdadero contenido psicológico. Mientras es lógico suponer que la pasión de la ira provoca de inmediato la reacción (acto impulsivo), el intenso dolor no admite igual suposición porque aunque iguales los ciclos psíquicos en sus elementos fundamentales, no coinciden en el tiempo ni en su iniciación. Quien mata en estado de intenso dolor no procede necesariamente por una ofensa inmediata, y aún es impropio que proceda porque los reflejos de que es víctima lo inhiben para la reacción impulsiva del homicidio; su reacción procede en lo común de la actualización o reviviscencia de la provocación u ofensa, sin que sea dable fijar tiempo a ese estado emocional.

Refiriéndose a la provocación como atenuante, en la forma consagrada por el art. 28, la Corte Suprema de Justicia —en sala de casación penal— dijo lo siguiente, en sentencia de 26 de octubre de 1.943:

“.....la gravedad y la injusticia son las condiciones que exi-

ge la ley para que la provocación constituya la atenuante de la responsabilidad. El problema está, pues, en considerar cuándo la provocación es injusta y grave, y cuál es el criterio para medir y apreciar su gravedad e injusticia, cuestiones éstas que son facetas de un mismo problema: El motivo psicológico del delito.

“La provocación —en su acepción general— consiste en “irritar o estimular a alguien con palabras u obras para que se enoje”; y en su acepción jurídico-penal, en que tales palabras u obras sean graves e injustas, y tanto, que puedan producir estados emocionales o pasionales generadores de reacción. Desde este punto de vista, son típicas —por lo graves e injustas— aquéllas frases que en sí envuelven la intención injuriosa o calumniosa, esto es, que vulneran o lesionan la integridad o el patrimonio moral de las personas.

“.....se ha planteado —respecto a la reacción delictuosa— un problema cuyos términos, más o menos, son los siguientes: Si dicha reacción, para que justifique la atenuación de la responsabilidad debe seguir inmediatamente a la provocación o puede producirse posteriormente a ésta; es decir, si el intervalo entre la ofensa provocadora y la reacción convierte el dolo indeterminado en dolo premeditado y excluye el carácter atenuante de la provocación.

“La ofensa o la provocación que de ésta nace puede crear un estado de ira que impulsa instantáneamente al delito, es decir, inmediatamente después de la provocación;o puede crear un estado de intenso dolor que la posterior representación —momentánea o sorpresiva— de la provocación puede convertir en ira y producir la reacción delictuosa.....”

Es característico en el homicidio por provocación su no ceñimiento en su aspecto cronológico, como sí se exige para el caso de la legítima defensa. Esto porque no puede perderse de vista la diferencia que hay entre la reacción por ira únicamente y la reacción por intenso dolor que actualiza la primera.

La aplicación del art. 28, atenuante consagrada en la parte general para todos los delitos, juega su más importante papel en relación con el homicidio y las lesiones, pero no puede descartarse la posibilidad de que dicha atenuante ocurra en otras especies delictuosas, por ejemplo, los delitos contra la integridad moral (calumnia e injuria) incendio y otros más.

Para la correcta calificación de la atenuante debe considerarse la ofensa, no desde un punto de vista absolutamente objetivo, ni ex-

clusivamente con relación al sujeto que la recibe, porque esta apreciación, con todo y ser subjetiva es incompleta. Hay que atender en esta evaluación a la víctima de la ofensa, a las condiciones del provocador (su posición, su prestigio, sus relaciones con el ofendido, etc.) y las circunstancias en que la ofensa se produzca, a efecto de establecer hasta dónde la reacción del agredido se hace excusable.

Una modalidad especial de la provocación es la contenida en el art. 382 del C. P., cuyo estudio vamos a hacer, destinada a reconocer el carácter delictuoso del homicidio y las lesiones, cuando ellos se cometen por motivo de agravio al honor conyugal o al familiar, en las condiciones específicas que la disposición consagra.

Art. 382.—“Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, hermano o hermana, contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vida honesta, a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, se impondrán las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuídas de la mitad a las tres cuartas partes.

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

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

Esta disposición, sin desconocer los motivos que determinan el homicidio y las lesiones cuando la provocación afecta honda y directamente el honor familiar y conyugal, mantiene la ilicitud de los hechos atemperando la responsabilidad por encontrar excusable la reacción del agente. Parece que se quisiera con el artículo darle al estado de ira o de intenso dolor una categoría superior a

la del artículo 28, estableciéndose, por tanto, una situación intermedia entre la legítima defensa y el simple estado de ira o de intenso dolor. La razón para ello es que no se podría justificar, en forma general, el delito de homicidio por esta clase de ofensas, sin desconocer el derecho a la vida, la tutela de este derecho y sin crear una diferencia absurda, desde el punto de vista sexual entre el hombre y la mujer. Se pretende con la disposición transcrita poner término a un arraigado prejuicio social en materia del honor, lo que si es explicable desde un punto de vista jurídico, resultará imposible en la práctica porque es tradicional el hacer justos los homicidios y las lesiones en estos casos.

En la legislación penal anterior el homicidio cometido en las circunstancias señaladas en el artículo que comentamos, era absolutamente inculpable, y lo es, todavía en varios códigos penales. Incluso el propio art. 382 prevé una absoluta exención de responsabilidad, lo que equivale, tácitamente, a un reconocimiento de defensa legítima.

El art. 382 reconoce la atenuante de la provocación para el cónyuge (marido o mujer), padre, madre, hermano o hermana, cuando recae el homicidio (o las lesiones) en el cónyuge, la hija o la hermana. Exige sí que estas personas sean reputadas como de vida honesta, bien sea que el homicidio se cometa contra ellas o contra el copartícipe del ilegítimo acceso carnal.

Previó también el artículo la comisión del delito cuando éste no se presenta en el momento de sorprenderlas en el acto carnal sino movido el agente o determinado por esa ofensa. Aquí debe comprenderse no sólo el delito cometido con posterioridad al hecho del acceso, sino también al sorprender las personas de que trata la disposición en actos aproximativos o indicativos del acceso carnal.

No rige la atenuante de la provocación “cuando se trate de cónyuges separados o divorciados o cuando el padre, el marido, o el hermano hubieren abandonado el hogar”, según reza el art. 383. Esta disposición es lógica porque mal puede llamarse a tutelar el honor familiar quien ha abandonado los deberes que le corresponden como marido, padre o hermano. La expresión “hubieren abandonado el hogar” hay que entenderla en el sentido de abandono moral e incumplimiento de los deberes conyugales o familiares, y no en el sentido de simple separación del lado de sus allegados. Lo mismo ocurre cuando los cónyuges están separados o divorciados.

dos, puesto que se rompe francamente el vínculo matrimonial y con él los deberes recíprocos de los esposos

Ya dijimos que el art. 382 cambió fundamentalmente, al menos en principio, la situación del homicidio y las lesiones cometidos por honor, y dijimos también que tal disposición pugna con la estimación ambiental de estos hechos, tradicionalmente considerados justos y legítimo ejercicio de la defensa del honor. Para variar este estado de cosas, la Comisión Redactora del Código expresó claramente los fundamentos del artículo, por lo que conviene dar a conocer el pensamiento de los redactores del estatuto penal.

La causal de excusa contenida en el artículo que comentamos cae bajo una denominación general de provocación, pero en realidad de verdad es impropio estimarla siempre así ya que el hecho que determina la reacción no asume en todos los casos, jurídicamente hablando, las condiciones de injusticia propias a la provocación, ni entraña, desde el punto de vista de quien determina la reacción del victimario, una acción encaminada a producir la ofensa o el daño a la integridad conyugal o familiar del provocado.

Por ello, más que una verdadera provocación, lo que hay es un estado de emoción violenta frente a un hecho que lesiona la dignidad del autor del delito.

Puede observarse que la excusa no comprende a los hijos en relación con sus ascendientes, la madre especialmente, porque la ley no podría dar una especie de derecho a los hijos en este particular, ni autorizar con la atenuación la conducta criminal en esta forma de parricidio. Razones de orden moral, familiar y social impedirían la atenuación en semejante supuesto.

La fórmula del art. 382, que rompió con un concepto tradicional de la defensa del honor, fue ampliamente discutida por la Comisión de Reformas Penales, destacándose las razones tenidas en cuenta para no justificar el homicidio ni las lesiones en los casos que comentamos. Lo que si no quedó suficientemente establecido fue lo relativo a esa excusa cuando la autora del delito es la mujer, ofendida por el adulterio de su marido, pues evidentemente el agravio al honor no reviste los mismos caracteres, ni la resonancia social es la misma tratándose del adulterio del marido que del adulterio de la mujer. Por otra parte, la disposición habla de una condición de honestidad en ningún caso atribuible al hombre, por razón de la cual parece inoperante el art. 382 para la mujer, salvo

que se aplicara la norma propia al estado de ira o de intenso dolor, que parece de toda justicia.

Los siguientes conceptos están incorporados en las Actas de la Comisión:

"El doctor Lozano dice que en su concepto debe quedar constancia en el acta, del pensamiento adoptado desde la primera lectura general que se hizo del proyecto elaborado por las subcomisiones, y consistente en matener la pena del marido o padre que encuentran a la esposa o la hijo en flagrante concubito ilícito y le dan muerte, o dan muerte al cómplice o a ambos. El sistema contrario responde a una concepción anacrónica y brutal de la potestad marital y de la patria potestad, y no se justifica a los ojos de la ciencia, pues la disminución de la pena que para estos casos consagran muchas legislaciones procede del estado de ánimo de vehemente pasión y extravío intelectual en que se encuentra el ofendido, y de las causas socialmente honorables y útiles que suscitan ese estado pasional, pero no de un derecho que el marido o el padre tenga, a proceder en esa forma, derivado de razones jurídicas, como el caso de la legítima defensa, por ejemplo. Suprimir en la ley la pena de muerte y restablecerla indirectamente para este caso, atribuyendo su ejecución a los particulares, sería verdaderamente monstruoso. De otra parte, el principio fundamental en esta materia es el del respeto a la vida humana, que debe prevalecer sobre cualquiera otra consideración sin que la sociedad apruebe en ningún caso una muerte violenta, limitándose a excusar o a perdonar a los que la ejecutan en ciertas condiciones especiales.

"El Dr. Cárdenas dice que en esta materia la fórmula italiana del Código Fascista es la más aceptable, y por eso la acoge, en el sentido de que es causa de excusa para el homicidio el acceso carnal, a que se refiere el artículo, aunque el autor no encuentre a las personas allí nombradas en el momento de ejecutar la cópula; pero el mencionado código no tiene el perdón judicial, que contempla la disposición que se discute. La escuela clásica excusa el hecho por que parte de la base de que hay una perturbación psíquica en el marido ofendido; por consiguiente la voluntad no es libre en el obrar. La escuela positiva, por el contrario, acepta la excusa tomando como base la defensa del honor, prescindiendo de la perturbación mental y atendiendo de preferencia a los motivos determinantes. Esta distinción fue hecha por el doctor Gaitán en un célebre proceso. Dice que no tiene inconveniente en declarar que puede hasta cierto pun-

to equipararse el caso que se estudia con el de la legítima defensa; tanto o más vale la defensa del honor como la de la propia vida. En la parte Parte General, el art. 25, se consagró como causa justificativa la de dar muerte en defensa de la propiedad. Al aceptar la fórmula que propone no se hace otra cosa que consagrar un hecho que acoge la conciencia pública y lo excusa y a veces hasta lo aplaude.

"El doctor Lozano insiste sobre sus puntos de vista, expresados al principio de la sesión. Dice que la distinción entre causas de justificación y causas de excusa procede del Derecho francés, donde en el primer caso se exime de pena al agente y en el segundo se le atenúa la sanción dentro de ciertos límites fijados de antemano. Ahora bien: el caso del marido que mata a los adúlteros es en el Derecho francés y en la doctrina de todos los expositores de este país, causa de excusa, no de justificación; y no hay causa de excusa que conduzca a la abolición de la pena.

"Como lo expresó ya antes, no hay Código alguno, ni tratadista alguno que acepte el derecho de matar en estos casos. Y sólo cuando hay derecho a matar se presenta un motivo racional para no imponer pena alguna. El artículo pertinente de nuestra ley penal actual, que el doctor Escallón ha vuelto a introducir al proyecto, es único en el mundo. Y representa una de las consecuencias de prejuicios arraigados en el ambiente colombiano, en donde existen multitud de nociones feudales, incompatibles con el estado de las ideas y de la cultura en el siglo XX. Dar derecho al marido de matar a la mujer, al padre de matar a la hija, al hermano de matar a la hermana, y no aceptar para las mujeres que procedan en iguales circunstancias y movidas por el mismo impulso excusante, es rendir un homenaje brutal al predominio abusivo que el varón ejerce sobre todas las actividades sociales, como dueño de hacer las leyes. Este sistema existió en el Derecho romano primitivo, donde la familia, fundada no sobre los lazos del afecto y de la sangre, sino del simple poder, sobre la potestad, autorizaba al paterfamilias para dar muerte a los esclavos, a los hijos y a la esposa. En el caso concreto del adulterio, habiendo la ley conminado la pena de muerte para este delito, se entendía que la aplicación de esa pena correspondía al marido. El sistema es, por lo menos, lógico y coherente, dentro de su rigidez brutal.

"Pero entre las sociedades modernas, que apenas reprimen el adulterio con penas leves, que han establecido el divorcio, que han emancipado a la mujer, que tienden a admitirla en todas las más

altas funciones de la vida social, que le aseguran su autonomía e independencia, el sistema resulta verdaderamente injustificable. Cuando se ve el caso de maridos que no cumplen deber alguno en el hogar, que se entregan a todos los vicios y a las concupiscencias cuyo estado ordinario de vida es el adulterio, y aún el concubinato fuera del hogar, y que pretenden después ejercer y ejercen esta especie de magistratura doméstica que la ley les otorga, la mente se asombra al contemplar a qué extremos conduce el sentimentalismo y el prejuicio, aplicados al debate de materia que requiere la serenidad objetiva y la calma del sociólogo. Todavía más: cuando se otorga esta aberrante reahabilitación de la pena de muerte a maridos rufianes que trafican con el honor de su familia, el asombro se convierte en indignada protesta.

"Sostienen los doctores Cárdenas y Escallón dos cosas: que si se aplica la lógica de la escuela positiva, la nobleza de motivo, la elevación del motivo, debe autorizar la supresión de la pena en este caso; y que, de otra parte, debiendo ser la ley un reflejo del estado social, hay que consignar un sistema que la generalidad de la opinión pública acepta, como lo manifiestan las frecuentes absoluciones.

"Ambas razones carecen de base. Si lo que excusa es la nobleza del motivo, precisa distinguir entre caso y caso, entre marido y marido, de acuerdo con su propio grado de peligrosidad, y no establecer una justificación uniforme y rígida, que niega precisamente todas las doctrinas de la escuela italiana. Y de otra parte, en ningún positivista se hallará la tesis de que la nobleza del motivo determinante exima de pena. Los motivos determinantes son uno de los factores que se han escogido para graduar las penas, y, por lo tanto, suponen que se trata de imponer una sanción. El proyecto de Ferri, de Código Penal, lo establece así de manera perentoria; y atendiendo a esa enseñanza, el proyecto actual de la Comisión ordena que cuando todos los motivos sean sociales y el individuo no se revele peligroso, se reduzca la pena al minimum; no dice de ningún modo que no se aplique pena alguna.

"Por lo que hace al estado de la opinión pública, hay una exageración inaceptable en la tesis de los doctores Escallón y Cárdenas. Cuando el estado social es bárbaro, primitivo y selvático, habría de acuerdo con ese criterio qué respetarlo y conservarlo. El maravilloso monumento de evolución jurídica que representa el Derecho Romano, que desde su tosquedad primitiva se elevó a las más

exquisitas, profundas y equitativas concepciones del derecho, quedaría condenado de un tajo. Y trasladando el sistema de Colombia, aquí en donde el estado social es de atraso, de ignorancia, de falta de higiene, de corrupción moral, habría que conservarlo y mantenerlo; es decir habría que prolongar la Edad Media sin esperanza de un Renacimiento.

"La misión del sociólogo, del moralista, del conductor, es precisamente la contraria. Impulsar el avance de las ideas, condenar el prejuicio y la aberración, forzar el progreso por todos los medios que estén a su alcance. De ahí que en este proyecto de Código se haya establecido la responsabilidad legal de todos los que infrinjan las leyes penales, sin distinguir entre normales y anormales, sistema que la mayoría de la opinión pública no comprende todavía, pero que es preciso presentarle, demostrarle y defenderle, para que lleguen hasta su criterio las nociones científicas que no deben ser privilegio de minorías.

"El doctor Lozano considera, apoyado en las enseñanzas de los maestros de la ciencia penal, que la razón que excusa o atenúa la responsabilidad del homicida en el caso que se contempla, es la turbación del ánimo, el ímpetu de la pasión, el estado afectivo, no porque ese estado disminuya o altere la libertad, supuesto que se ha prescindido de discutir la existencia de ese fenómeno sino porque el que delinque bajo el influjo del estado pasional, representa un estado de menor peligrosidad, desde que en su personalidad el delito es un episodio esporádico, fruto de factores extraños a su organización psicoética. En tanto que el delincuente profesional que va al delito con la tranquila regularidad que el profesional aplica a su trabajo, es un caso de máximo de peligro, porque el delito es en su personalidad el fruto de su temperamento y de su constitución, o sea de factores propios individuales.

"Claro está que si a la turbación del ánimo se agrega la nobleza de los motivos, la gravedad del delito se atenúa todavía más. Esta idea es antiquísima en el Derecho. Ya Farinaccio decía que en la hipótesis de la provocación lo que excusa no es la cólera sino la causa justa de la cólera, y que no toda cólera excusa. Pero si el estado pasional y los motivos determinantes altruistas atenúan la pena, no pueden llegar hasta suprimirla. Y de otra parte es preciso dejar al Juez en libertad de apreciar esos motivos, y no ligarlo rigidamente con la tesis de que todo marido que mata a la mujer adúltera procede por elevados motivos. Casos múltiples se conocen

en la literatura penal de maridos que matan a la mujer, de cuyo cuerpo viven, precisamente porque no les entregan todo el fruto de su infame comercio. Estas ideas son tan lógicas y claras que llevaron al gran maestro de la escuela positiva a consignar en vehementes y elegantes frases su protesta y su repudiación contra este prejuicio social, y a preconizar la constante aplicación de penas para estas hipótesis. El doctor Lozano lee en seguida la pertinente de la Criminología, de Garófalo, que dice:

"He dicho que el sentimiento del honor hace que en todas partes se disculpe al marido que mata a la mujer sorprendida en flagrante adulterio; pero no quisiera que se diera a esta palabra su significación distinta de mis propósitos, puesto que al usar la palabra disculpar, lo he hecho en el sentido jurídico habiendo querido decir que esa circunstancia constituye una atenuante, por virtud de la cual debe ser diferente y menos grave.

"Por la lectura de todo el párrafo se ve que aspiro a que sea siempre penando el homicidio de la mujer, como cualquier otro homicidio provocado por una injuria grave. Y no es sustancialmente distinta la legislación vigente: el nuevo Código italiano prevé el caso del uxoricidio cometido en flagrante adulterio, y reduce la pena a menos de una sexta parte, imponiendo la detención en lugar de la reclusión; en el caso de que la pena sea de presidio (por haber premeditación), la detención debe durar de uno a cinco años. En el sistema que propongo este delito se castigará con el destierro perpetuo del lugar en que fuere cometido, salvo el consentimiento de la familia de la víctima. Como se ve, y dejando aparte la modalidad, tanto la criminología positiva como la legislación vigente reconocen la culpabilidad del marido que mata.

"Este es uno de los casos en que la aplicación de la pena sería un freno eficaz y podría corregir el extravío de la opinión pública, porque el pueblo cree generalmente que el hombre engañado tiene el derecho de matar a la mujer adúltera, y que la ley no lo castiga, opinión que nace del hecho constante de la absolución pronunciada en esos casos. En vano fija la ley una pena; ni los Magistrados ni los Jurados la obedecen, y, lo que es peor, la impunidad llega al caso (que es el más frecuente), de que el marido tienda una asechanza después de haberlo preparado para que la venganza sea completa y sangrienta. De ahí nace la extraña anomalía de que un país que ha abolido la pena de muerte para el ase-

sinato, la conserve para el adulterio, dándose al marido ofendido la facultad de ser a la vez juez y verdugo.

"Esto que, sin duda, es fruto de las tradiciones medioevales, tiempos en que la autoridad del marido no tenía límites y la mujer se consideraba como una propiedad suya, representa un grado menor de evolución, porque la idea de la condición inferior de la mujer tiene más raíces allí donde la sociedad está menos civilizada: y dentro de una época, se nota más viva en el campo que en las ciudades, y en las clases superiores que en las inferiores.

"Y esto no obstante, el adulterio se comete con profusión en todos los medios y en todas las clases sociales, y se cuentan por millares los maridos engañados que conocen su desgracia. Y aquí se nos presenta de nuevo este problema: ¿por qué, entre tantos millares, solamente uno, dos o tres al año, tienden la red para envolver en ella a la pareja ilegal, dando a su dishonor una publicidad trágica?. ¿Por qué estos dos o tres se hacen homicidas, mientras que los demás se apartan de la mujer infiel, y algunos, vencidos por el dolor, se dan la muerte?.

"Dígase lo que se quiera, no existe la costumbre de matar a las mujeres infieles porque el homicidio repugna a la mayoría de los hombres: existe, sin embargo, la práctica de justificar a los que los cometen, por virtud de la preocupación que acabo de indicar, a la cual, se añaden en las clases superiores las reminiscencias literarias que ennoblecen el asesinato, dándole el nombre de tragedia.

"El gobierno de un país civilizado no debería tolerar la repetición de estas escenas salvajes; los ciudadanos creen que la ley autoriza la muerte de los adúlteros lo cual no es cierto, pero para que se sepa es necesario que vean que realmente no existe la impunidad; hasta el presente han visto lo contrario.

"Deducimos de lo dicho que si la magistratura se mostrase más severa, se desterraría ante todo la falsa idea de la legitimidad del homicidio por adulterio, y una vez destruida esta falsa idea, en la cual se funda generalmente el error popular, éste iría disminuyendo. Siempre habría un marido homicida, pero no lo sería por cálculo y por estar seguro de la impunidad".

"Por último, afirma el doctor Lozano, que mantener esta institución anacrónica y excepcional de las leyes colombianas, lejos de responder a una necesidad social o de tender a sanear el ambiente lo corrompe y lo perjudica porque nunca podrá demostrarse que sea útil la supresión de una vida humana, ni que atenúe deshonra algu-

na, ni que liberte o salve a los hijos de la afrenta que el adulterio de la madre les acarrea ante la opinión general.

"Y si se pretende que hay aquí un caso semejante al de la legítima defensa, el rechazo de la tesis tiene que ser también rotundo, pues, como su nombre lo indica, y la enseñanza unánime de la ciencia lo atestigua, defensa legítima supone repulsión o rechazo de un ataque, de un peligro, no remedio para una situación ya consumada. Se defiende la vida o la propiedad, cuando hay temor de perderlas injustamente. Pero no es lícito, ni podría serlo, que alguien imponga la muerte al que mató un miembro de su familia o al que lo despojó de sus bienes. Aceptarlo sería consagrar la venganza como fenómeno jurídico.

"En el caso del adulterio las leyes imponen el castigo correspondiente a los responsables. No puede alegarse que haya insuficiencia de la protección de las autoridades. El que mata arrastrado por la provocación que el adulterio significa, debe estar sujeto a las reglas generales de la provocación, porque si bien el adulterio es una ofensa terrible, hay ofensas igualmente tremendas, y susceptibles de exacerbar el ánimo en la misma medida, como las injurias al honor de la madre, los salivazos en la cara, las caricaturas infamantes, casos en los cuales nadie ha propuesto una exención de pena.

"El doctor Cárdenas manifiesta que el discurso del doctor Lozano, aunque es muy interesante, viene a ser innecesario porque las fórmulas que él ha redactado con el doctor Escallón vienen a colocar al marido y a la mujer en condiciones iguales. Agrega que la sola nobleza del móvil o motivo no es la que lo ha llevado a sostener en determinados casos la falta de responsabilidad penal en la fórmula que se estudia, sino principalmente la consideración de que se trata de la defensa del honor, que vale más que la defensa de la vida misma, y mucho más que la defensa de la propiedad. La vida sin honor nada significa.

"Como ya tuvo ocasión de decirlo, no comparte la tesis del doctor Lozano, de que lo que excusa o atenúa la responsabilidad en el caso que se contempla sea la perturbación del ánimo, el ímpetu de la pasión, el estado afectivo; esta era y es la tesis de la escuela clásica que consideraba que en ese caso por perturbarse la razón, se perturbaba también la voluntad, y, por consiguiente, no había libertad en el obrar, es decir no había imputabilidad moral. El doctor Cárdenas cree, de acuerdo con los principios de la

escuela positiva, que tratándose de reaccionar contra una ofensa hecha contra el honor, se trata del ejercicio de un derecho legítimo para el cual es indiferente o nó que haya perturbación psíquica y que el estado afectivo sea de tal o cual naturaleza e intensidad. Lo único importante es llegar a precisar que se trata de un individuo que ha procedido por nobles motivos y que no ofrece peligrosidad.

"Es evidente que hay maridos que dan muerte a la mujer de cuyo cuerpo viven, especialmente cuando se trata de un rufián. Pero para tales sujetos no podría venir la excusa total de responsabilidad y el perdón judicial, porque no habrá Juez ni Jurados que carezcan del sentido moral suficiente para considerar que si un individuo de esa naturaleza mata a su mujer, lo haga en defensa de un honor que no tiene.

"Agrega el doctor Cárdenas que cuando él ha dicho que las leyes deben ser el reflejo fiel del estado social en un determinado momento histórico, no quiere significar que sea el reflejo de la ignorancia, del atraso, de la falta de higiene, de la corrupción moral, sino de un estado social que reclama, como sucede en Colombia, porque esta situación deplorable se modifique y transforme. El mismo ignorante, aún dentro de su estado de obscuridad, no puede menos de reclamar porque se le proporcione una vida mejor.

"Pero en cuanto al instinto de la vida, en cuanto a los sentimientos del amor y del afecto que surgen de la persona como un hecho natural, ya se trate de una sociedad de avanzada o de escasa cultura, hay necesidad de respetarlos, y precisamente una de las formas de ese acatamiento consiste en incorporarlos en los preceptos legislativos. Y prescindiendo de las a veces exageradas opiniones de los tratadistas que pertenecen a la escuela positiva, en la humanidad entera se reconoce como un hecho de carácter social y moral, que el que mata en defensa legítima del honor, no puede ser sujeto materia de pena, de castigo o de sanción, en determinados casos, y al proceder así el legislador colombiano, no hace sino acatar la conciencia social".

Como se ve el art. 382 prevé en los homicidios y lesiones cometidos por honor dos situaciones diferentes con relación a la provocación: estado de ira como atenuante de la responsabilidad, y en ciertos casos, que quedan al arbitrio del Juez o de los Jurados, le-

gítima defensa. Pero en todo caso se canceló la hipótesis de que hay siempre legítima defensa cuando se procede por el motivo indicado.

El artículo ciertamente colocó en igualdad de condiciones al hombre y a la mujer por lo que se refiere el agravio de adulterio, pero como es obvio, la repulsión moral del hecho tiene importancia socialmente cuando se trata de la mujer y es lo común que sea el marido ofendido quien dé muerte a la adúltera o a su cómplice. El adulterio del marido, aunque en efecto ofende a la mujer, no alcanza la repercusión social ni envuelve el descrédito del adulterio de la mujer, por lo que la igualdad de condiciones ante la ley resulta de poca importancia.

Desde el punto de vista científico la tesis penal que propugna por la sanción de los homicidios y lesiones en las condiciones del art. 382, es del todo aceptable. Lo anterior no obsta para que a dicha tesis puedan formularse, de acuerdo con la realidad colombiana, objeciones de fondo y de carácter social. En primer término, hay que tener presente que entre nosotros el adulterio no es considerado como delito, lo que deja sin ningún recurso legal al cónyuge agraviado para que el hecho se sancione, y sin ninguna protección para prevenir el engaño. En segundo lugar, la institución del matrimonio en nuestro país está conformada substancialmente a principios religiosos y privada, por ende, del recurso de divorcio vincular, el que sería el único medio eficaz para poner a salvo su reputación y su tranquilidad el cónyuge ofendido con el adulterio. Además, la organización familiar adquiere en nuestro medio una importancia capital y es base de la familia la conducta moral de la mujer. El adulterio de ésta quiebra totalmente la organización del hogar, su falta trasciende con perniciosos efectos a la sociedad entera, y la sociedad misma parece que opera con su coacción para determinar al marido a cobrar el agravio a su honor. Por ello no es de extrañar que los Jurados en representación de la sociedad impartan siempre la absolución al homicida en estos casos.

HOMICIDIO EN RIÑA

Art. 384.—"Cuando el homicidio o las lesiones se cometieren en riña que se suscite de un modo imprevisto, las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad".

La atenuación del homicidio por riña la estatuye el Código únicamente para la **riña imprevista**, entendiéndose por tal la que se suscita de una manera repentina entre el matador y la víctima. El carácter de imprevista no significa que la riña sea casual porque realmente cuando se presenta un combate o un encuentro entre dos personas, necesariamente una de ellas ha debido provocarlo. Lo importante para que se pueda hablar de riña imprevista, en relación con el homicida, es que su participación en el encuentro no sea el resultado de provocation suya y que el evento no haya sido esperado por él, preparado o previsto.

Tres situaciones pueden presentarse en la riña:

1a.—**La riña es provocada por el matador.** En este caso sería impropio disminuir la sanción del homicidio pues si se ha comprometido a la víctima en un encuentro para producirle la muerte, la riña en vez de atenuante podría ser circunstancia de agravación para el homicida:

2a.—**La riña es provocada por la víctima.** En este caso se plantean dos hipótesis: la provocación propiamente dicha que es apreciable como circunstancia de atenuación independientemente de la riña, en cuanto que tal provocación pueda situarse en un estado de ira o de intenso dolor. En segundo lugar la riña imprevista en cuanto que el homicida, comprometido en el combate e iniciado éste por la víctima, no sólo no provocó sino que le fue absolutamente inesperado y repentino el combate.

3a.—**La riña se presenta para ambos contrincantes sin provocación directa.** Esto puede ocurrir cuando la riña se realiza por la intervención de un tercero o cuando en ciertas condiciones especiales, el allicoramiento por ejemplo, los contrincantes resultan comprometidos en una riña cuyas causas no son determinables.

La riña no es delito, como si lo era en el anterior Código Penal. Sobre este particular la Comisión estimó que debía consignarse simplemente como **contravención**, expresando el doctor Cárdenas que "el considerar la riña como delito y atribuir su conocimiento a los jueces da lugar a procesos dispendiosos que no tienen resultados prácticos".

HOMICIDIO EN RIÑA TUMULTUARIA

(Complicidad Correspectiva)

Art. 385.—"En el caso en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuída de una sexta parte a la mitad".

Algunos códigos establecen el homicidio en riña tumultuaria a efecto de sancionar este hecho cuando la muerte sucede en una riña entre varias personas y es imposible determinar el autor, pero constando si los que han causado lesiones o violencias sobre la persona del ofendido.

La disposición del Código Penal colombiano contempla este homicidio en riña tumultuaria (o el delito de lesiones), aunque es de mayor amplitud y comprende también el homicidio que se comete con la participación de varias personas, sin riña, siendo imposible determinar su autor.

Esta forma de complicidad es especial y se requiere por lo tanto que sean más de dos los participantes en el delito, que no se conozca el autor y que no pueda formularse una teoría normal de concurso de delinquentes. Se ha establecido con el laudable propósito de no dejar impunes los delitos de homicidio y lesiones en aquellos casos en que los propios participantes guardan interés en encubrir al responsable. Es cierto que la complicidad correspectiva quiebra la tesis jurídica de la complicidad porque se hace responsables en igual grado a sujetos que bien pudieron no tomar parte necesaria en la comisión de los delitos con los que realmente lo realizaron.

Sobre este artículo los doctores Lozano y Cárdenas opinaron así, según consta en las actas de la Comisión:

"El doctor Lozano opina que esta disposición es muy peligrosa y llega hasta destruir la teoría de la complicidad porque en los casos en que la participación de las varias personas sea en grados diferentes quedan todas sometidas a igual sanción, lo cual es una injusticia. La imposibilidad de determinar en muchas ocasiones el autor del delito cuando han tomado participación varias personas puede obedecer no a la malicia de los participantes de burlar

la justicia u ocultar la verdad, sino al ejercicio del hecho legítimo de todo acusado de defenderse a sí mismo, callando cuando lo crea oportuno lo que le perjudica. Teniendo en cuenta esta circunstancia no es justo que a quien procede en esa forma se le aplique la pena del autor. Pero el artículo podría tener la ventaja de que con él se pone coto a la complicidad en el ocultamiento de los delitos, como ocurre con tanta frecuencia en el Departamento de Santander. Considera necesario, además, precisar el alcance del artículo para que se entienda claramente que el caso es distinto del de riña ya previsto en otro artículo.

“El doctor Cárdenas dice que el artículo rompe con la teoría de la complicidad por tratarse de un caso especialísimo, en que no se puede precisar cual ha sido el autor del delito, y esto no entraña una injusticia, porque el artículo mismo exige para su aplicación que las personas sindicadas “hayan tomado parte en la comisión del delito”. No debe olvidarse que hay regiones en el país, especialmente en los Santanderes, en que es imposible conseguir que nadie declare sobre los numerosos delitos que se cometen allí. El único caso de injusticia que podría entrañar el artículo es aquel en que los sindicados declaren de buena fe contra el verdadero responsable del delito. Y éste no se alcanza a demostrar plenamente en los autos; pero igual tacha podría hacerse al artículo ya aprobado para el caso de riña. La disposición que se discute excluye el caso de riña porque en el respectivo artículo ya aprobado antes se presume conocido el autor del delito en riña, en tanto que para que este artículo 17 pueda ser aplicado es necesario que no pueda establecerse quién fue el autor. Es decir, si en caso de riña no llega a descubrirse el autor de los delitos que resulten, tiene aplicación el art. 17, lo mismo que en cualquier otro caso en que los delitos no hayan tenido origen en una riña y tampoco se descubra quien fuera el autor”.

LESIONES PERSONALES

(Título XV. Capítulo Segundo)

Art. 371.—“El que sin intención de matar cause a otro un daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación psíquica, incurrirá en las sanciones de que tratan los artículos siguientes”.

El término lesión no está definido propiamente por el Cód-

go Penal, pero el texto del artículo 371 se acomoda perfectamente al concepto médico-legal, de acuerdo con el cual debe entenderse por lesión todo daño causado a la integridad corporal o a la salud, cualquiera sea el medio empleado para producir el daño.

Integran el delito de lesiones los siguientes elementos:

- a).—Intención de lesionar;
- b).—Daño material en la integridad corporal o en la salud de la persona, y
- c).—Relación de causa a efecto.

Intención de lesionar

Del propio modo que el homicidio requiere el propósito específico de matar, el delito de lesiones requiere una intención específica de lesionar. Pero este dolo, al contrario del de homicidio, no se afirma por una evaluación propia sino que resulta, precisamente, de la ausencia del propósito de matar, de suerte que todo acto atentatorio contra la integridad personal en que no puede afirmarse o presumirse el propósito homicida se integra como delito de lesiones.

Es de marcada importancia definir en los delitos de esta clase el propósito, pues de la intención depende el que el hecho se configure en homicidio o lesiones, cuando de resultas de la agresión la muerte no se ha consumado. Si existe el propósito de matar y la persona ofendida no muere, no puede haber delito de lesiones, sino homicidio imperfecto en una de sus formas de tentativa o frustración. Y en estos casos, aunque de hecho la víctima recibe lesiones, la materialidad u objetividad de éstas se incorpora al delito imperfecto de homicidio, sin que haya lugar a hablar de dos delitos: homicidio imperfecto y lesiones personales, dado que para la existencia jurídica del último se precisa la ausencia del propósito homicida, elemento integrante del homicidio imperfecto.

Aunque el dolo en el delito de lesiones es específico la materialidad del delito, única base cierta para medir la responsabilidad, hace imposible el delito ultraintencional de lesiones. En ningún caso sería dable presumir las consecuencias probables de un atentado de lesiones con base en la intención del agente, lo que quiere decir que el único criterio en esta materia es el de apreciar el delito en su realización material, puesto que la mayor o menor grave-

dad del delito depende de las consecuencias sufridas por el lesionado.

La necesidad que hay en materia de delitos de lesiones personales de atender, para la exigencia de responsabilidad y fijación de la pena, a las consecuencias mismas del daño, a su naturaleza objetiva, obliga al Código Penal a fijar una tarifa de sanciones fundada principalmente en la estimación material del delito. El elemento propósito, de tanta importancia en las demás infracciones y principalmente en el delito de homicidio, hay que apreciarlo por igual en todos los casos de lesiones, corresponda o no el daño a la verdadera intención criminal. Esto desde un punto de vista general, pues hay circunstancias de agravación para los delitos de lesiones, a las que nos referiremos oportunamente, lo mismo que circunstancias de atenuación.

Daño material en la integridad personal o en la salud

Es preciso para que exista el delito de lesiones que la agresión del agente se traduzca en un daño en la integridad corporal o en la salud del agredido. Ya dijimos que este delito no admite tentativa, debido a que para su integración y evaluación jurídica hay que partir de un daño a la víctima, materialmente apreciable.

De acuerdo con la naturaleza del daño fija la ley la calidad y cantidad de pena imponible, pues no hay otro criterio adoptable en esta materia, según lo han reconocido los más destacados tratadistas y según quedó consignado en las propias Actas de la Comisión de Reformas Penales.

Sobre este particular y a efecto de fijar las sanciones por los delitos de lesiones se han hecho diversas clasificaciones por los autores y los Códigos. Para algunos las lesiones deben apenas dividirse en **leves y graves**; otros sostienen que pueden ser **leves, graves y gravísimas**; quienes creen que deben dividirse en **levísimas, leves y graves**, diferencias éstas fundadas todas en los conceptos de incapacidad y mayor o menor daño producidos por la lesión.

El C. P. colombiano adoptó un criterio técnico y científico en la diferenciación de las lesiones, formulando la siguiente clasificación, para los efectos de la pena:

- a).—Lesiones con simple incapacidad o enfermedad;
- b).—Lesiones con deformidad física reparable o desfiguración facial transitoria;

c).—Lesiones con deformidad física irreparable o desfiguración facial permanente;

d).—Lesiones con perturbación funcional transitoria;

e).—Lesiones con perturbación funcional permanente;

f).—Lesiones con pérdida de órgano o miembro;

g).—Lesiones con perturbación psíquica transitoria o permanente. La primera clase quedó incluida en las del ordinal b) y la segunda en las del ordinal e).

Por último contempló como caso especial las lesiones que provocan el parto prematuro o el aborto, como consecuencias no queridas por el agente, hecho que corresponde al aborto ultraintencional.

Separadamente y siguiendo la clasificación de nuestro C. P. en el capítulo que estudiamos, examinaremos las distintas clases de lesiones.

Incapacidad o enfermedad

En el art. 372 se refiere el Código a las lesiones que sólo producen enfermedad o incapacidad para trabajar, dividiéndolas en tres grupos, según la duración de la enfermedad o incapacidad: menor de quince días; mayor de quince y menor de treinta, y mayor de treinta. Tal clasificación sólo tiene por objeto señalar una penalidad acomodada a la duración de la enfermedad o incapacidad.

Estos dos términos parece que se tomaran como sinónimos en la disposición, pero corresponden a conceptos completamente distintos desde el punto de vista jurídico. En efecto, la incapacidad para trabajar significa que el sujeto lesionado se ve privado del ejercicio ordinario de su actividad, como cuando a un mecanógrafo se le lesiona una mano. Pero esta forma de incapacidad, que se aprecia especialmente para los efectos civiles y sociales, no es la aplicable en materia penal porque en ésta lo único que se consulta es el término de duración del proceso curativo de la lesión, que no siempre corresponde a una incapacidad para el sujeto, desde el punto de vista de sus labores.

A este respecto el Dr. Uribe Cualla expresó en el seno de la Comisión de Reformas Penales:

"...Por otra parte, el proyecto Escallón plantea el problema del estudio de la incapacidad profesional, que en concepto de la O-

ficina Central de Medicina Legal sólo debe admitirse en las cuestiones netamente civiles en que se busca la indemnización por daños y perjuicios, pero que en ningún caso debe tenerse en cuenta para graduar la pena. Esta misma teoría está expuesta por el doctor Concha en la exposición de motivos de su proyecto de Código Penal, y armoniza con el pensamiento de tratadistas como Vibert, Tardieu, Briand, Chaud, Legrad du Saulle, Filippi, Severi, Montalti".

"La práctica nos ha demostrado que fijando la incapacidad así se procede con mayor uniformidad y justicia, ya que de otro modo individuos que no tuvieran una profesión determinada, como puede ser un intelectual, un rentista, un vago o behemio, al recibir heridas por graves que fueran, no tendrían incapacidad para trabajar; y otras veces por lesiones insignificantes o mínimas, podrían resultarles a los agresores sanciones violentas, si impiden el desempeño de una profesión determinada, como el caso de un pianista o de una costurera, que sufre cortadas en los dedos, que por sí mismas no producen más de ocho días de incapacidad para trabajar en general, pero que en el caso concreto a que nos referimos podría prolongarse hasta veinte días, y en esto resulta una palmaria injusticia para el agresor".

"Teniendo en cuenta los anteriores conceptos y los términos empleados por el art. 372 puede afirmarse que la fijación de incapacidad, para los efectos penales, se hace por la duración del proceso curativo o de restauración, término que puede, en algunos casos, corresponder al tiempo de incapacidad para trabajar, pero que no tiene por qué corresponder siempre.

Es de observarse, también, que aunque para el señalamiento de la pena se tiene en cuenta la incapacidad en la forma dicha, la incapacidad para trabajar puede ser apreciada por el fallador para elevar la sanción, dentro de la escala penal de la disposición, o para regular debidamente el pago de perjuicios dentro del mismo juicio.

Desfiguración facial y deformidad física

Estas dos consecuencias que pueden producir las lesiones están previstas por el art. 373, al igual que la **perturbación psíquica transitoria**, de la cual nos ocuparemos más adelante. La disposición distingue la desfiguración facial o la deformidad física reparables de las de carácter permanente, para la sanción, aunque en ambos casos considera de gravedad estas lesiones, fijándoles penas de uno

a cinco años de prisión y de uno a seis, respectivamente, a parte de la sanción pecuniaria.

Tanto la desfiguración facial como la deformidad física entrañan alteraciones estéticas en el sujeto, pero se las ha distinguido, aunque es siempre factible incluir dentro del concepto de deformidad, la desfiguración facial.

De acuerdo con el doctor Uribe Cualla "la deformidad física se entiende que existe cuando hay falta de proporción o de regularidad en la forma, y se refiere de modo muy especial a las deformaciones estéticas". La desfiguración facial, hace relación concretamente a las lesiones que afectan la estética del rostro, la armonía facial, tales como las cicatrices de las mejillas, en la frente, la mutilación de la nariz, etc.

Puede ocurrir que la lesión que produce al ofendido una deformidad física determine al mismo tiempo una perturbación funcional. En estos casos, como lo veremos más adelante, por ordenación expresa del Código, se tiene en cuenta, para la aplicación de la pena, la consecuencia estimada de mayor gravedad. Así, por ejemplo, la pérdida de una mano, entraña deformidad física y perturbación funcional de un miembro, pero no hay lugar a apreciar las dos consecuencias para fijar la sanción.

Las deformidades físicas y desfiguraciones faciales se entienden reparables cuando con tratamiento médico o por el transcurso del tiempo pueden desaparecer. Se entienden permanentes cuando tales secuelas de las lesiones son de por vida.

Perturbación funcional

Las lesiones que producen la perturbación funcional de un órgano o miembro, están previstas en el artículo 374, disposición que también hace referencia a la perturbación psíquica de carácter permanente.

Se dice que hay perturbación funcional cuando una función orgánica queda limitada o suprimida por causa de la lesión. De acuerdo con este concepto precisa tener presente que en muchos casos la perturbación funcional que entraña la supresión de la función corresponde a la pérdida de órgano o miembro, consecuencia ésta tratada con más rigor por el Código Penal.

Para la estimación de estas consecuencias deben tenerse en cuenta la interpretación médico-legal de ellas y el concepto que se tiene sobre los términos **órgano y miembro**, no muy uniforme en las

legislaciones penales y en la jurisprudencia. Desde un punto de vista general puede decirse que el órgano y el miembro deben entenderse, para los efectos penales, con acatamiento a las definiciones e interpretaciones de la medicina legal. Sobre este particular encontramos muy acertados los conceptos expuestos por el Dr. Uribe Cualla en su obra de Medicina Legal. Ellos son:

“Órgano.— Se entiende por órgano el conjunto de tejidos que actúan simultáneamente en el ejercicio de una función determinada. Así desde el punto de vista anatómico, un riñón es un órgano, pero en el lenguaje jurídico del Código Penal debe entenderse como órgano el conjunto de ambos riñones, de ambos ojos, o de ambos oídos, o sea la función renal, la función visual, la función auditiva, y esta es una interpretación que cabe de acuerdo con los principios de la fisiología. De tal modo que al perderse un ojo, o un riñón, o un oído, sólo se disminuye la función que ellos desempeñan, pero no se pierde, y por lo tanto tampoco el órgano correspondiente, que es bilateral. De tal suerte que para que haya verdadera pérdida de dichos órganos se necesita que quede abolida totalmente la función, como cuando un individuo queda ciego, sordo, etc. Por eso mejor sería que se hablara de función y no de órgano”.

“Miembro.— Se entiende por miembro a cualquiera de las cuatro extremidades del cuerpo que se articulan con el tronco, o el miembro viril”.

“Para que exista su pérdida se necesita referirse a toda su extensión anatómica y capacidad funcional”.

Se entiende, según los anteriores conceptos, que la perturbación funcional de órgano o miembro se refiere a los casos en que la función propia queda disminuida, desde el punto de vista fisiológico, y aunque pueda anatómicamente decirse que ha habido pérdida de órgano o miembro. Conviene dejar claramente establecido esto porque en la Jurisprudencia hay una absoluta falta de uniformidad en la apreciación de lo que debe entenderse por perturbación funcional y pérdida de órgano o miembro. Así, por ejemplo, se habla de pérdida de órgano, cuando la víctima ha perdido un ojo, y de pérdida de miembro cuando ha perdido una mano, cuando realmente tales lesiones acarrear únicamente una disminución de la capacidad funcional, quedando por lo tanto, comprendidas en el art. 374.

Las perturbaciones funcionales no están sometidas en el Código a ninguna clasificación y por lo tanto parece que se deja al fa-

llador la misión de apreciar su mayor o menor gravedad. Este criterio, en la práctica, es peligroso porque difícilmente los abogados pueden formarse un concepto técnico y científico sobre las consecuencias de una determinada lesión. Es por ello prudente que las pericias médico-legales, después de definir con acatamiento de la terminología del código penal, las consecuencias de la lesión, expresen si se trata de una lesión grave o leve. Con esto tiene el juez mejor base para fijar la sanción correspondiente al delito.

Perturbación psíquica

Distingue el Código perturbaciones psíquicas transitorias y permanentes. Las primeras las coloca penalmente en igualdad de condiciones con las desfiguraciones faciales y deformidades físicas reparables, contempladas en el inciso 1o. del art. 373; las segundas en igualdad de condiciones con las perturbaciones funcionales permanentes, de que trata el art. 374.

Esta clase de lesiones deben ser claramente definidas por el perito médico y comprenden todas las que afectan, transitoria o permanentemente, la integridad psíquica del sujeto. Son comunes, como consecuencia de las lesiones, las perturbaciones mentales, pero el Código no hace referencia exclusivamente a éstas, sino a todos los trastornos que puedan presentarse en el psiquismo del ofendido (ataques epilépticos, amnesia, etc.)

Pérdida de órgano o miembro

Este es el caso de mayor gravedad en materia de lesiones personales y está previsto en el art. 375 del C. P., disposición que fija una pena de tres a nueve años de presidio y sanción pecuniaria de quinientos a cinco mil pesos.

De acuerdo con las definiciones que ya transcribimos de órgano y miembro, para que ocurra el caso del artículo que comentamos debe haber una abolición total de la función (pérdida de órgano) o eliminación del miembro en toda su extensión anatómica con la pérdida de su capacidad funcional. No obstante la estimación médico-legal de que tratamos, la jurisprudencia se ha apartado de ese concepto y ha considerado, cuando se trata de pérdida de miembro, que es tal la mano, el brazo, la pierna, aunque no ocurra la pérdida en toda la extensión anatómica. Para esta tesis se fundan algunos tribunales en el hecho de que la función del miembro, particularmente suprimido, desaparece.

Parece más propio atenerse al concepto médico-legal en casos como los propuestos, dada la misma gravedad que el Código señala en el art. 375 y no considerar que hay pérdida del órgano o miembro sino cuando la función queda abolida o la parte del cuerpo que constituye el miembro, suprimida en su integridad.

Aborto ultraintencional

El art. 376 establece lo siguiente:

Art. 376.—“Si a causa de las lesiones inferidas a una mujer encinta sobreviniere un parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o del feto, la pena será de dos a cuatro años de presidio.

Si se produjere el aborto, la pena será de dos a siete años de presidio.

En los casos previstos en los dos incisos anteriores se impondrá también multa de ciento a dos mil pesos”.

Dos casos contempla la disposición: primero, lesiones que determinan un parto prematuro, con consecuencias nocivas para la salud de la madre o de la criatura. En este caso se trata de un nacimiento prematuro pero en condiciones de viabilidad y es necesario para que la consecuencia de la lesión se aprecie específicamente, que sobrevengan consecuencias nocivas para la salud de la agredida o del feto. De no haberlas la lesión debe apreciarse de acuerdo con las consecuencias efectivamente producidas: incapacidad, perturbación, etc.

El segundo caso, es cuando sobreviene el aborto, la expulsión del producto de la concepción, cuando dicho producto no está en condiciones de viabilidad.

Ambas consecuencias y especialmente la del aborto deben ser ajenas a la intención del agente, pues si hay la intención de hacer abortar a una mujer ocasionándole lesiones, el delito toma fisonomía distinta y se denomina con el nombre propio de aborto.

No es indispensable para exigir la responsabilidad por las consecuencias anteriores que el agente conozca el estado de embarazo, pues el hecho lo reprime la ley con la sola presencia del dolo común de lesionar.

Pluralidad de lesiones o de consecuencias

Art. 377.—“Cuando además de la enfermedad o incapacidad las lesiones produzcan alguno o algunos de los resultados a que se refieren los artículos anteriores, solamente se impondrá la pena más grave”.

Para la estimación penal del delito de lesiones personales, la pluralidad de éstas o de consecuencias no pueden acumularse. El criterio adoptable es el de imponer una sanción que corresponda al daño de mayor gravedad de acuerdo con la escala que el mismo Código establece. Así, si por consecuencia de una lesión hay incapacidad, perturbación funcional y pérdida de órgano, la pena es la correspondiente a esta última consecuencia, considerada más grave.

En el caso de varias lesiones producidas por el mismo agente al ofendido, sólo en lo que dice relación al término incapacidad o enfermedad se aprecian en conjunto. Así, dura la incapacidad mientras el ofendido está impedido o enfermo por cualquiera de las lesiones recibidas. Cuando en el mismo caso una de tales lesiones deja como consecuencia alguna que se pueda considerar más grave que la incapacidad o enfermedad, se atiende a tal consecuencia para la fijación de la pena.

En consecuencia, en el delito de lesiones personales no puede hacerse acumulación de los diversos daños que puedan producirse porque el hecho delictuoso se considera único y la acumulación vendría a ser la imposición de penas distintas por un solo hecho.

Desistimiento en los delitos de lesiones personales

Art. 378.—“Cuando la enfermedad o incapacidad de que trata el artículo 372 no pase de quince días, se suspenderá el procedimiento y no se impondrá pena alguna si así lo pidiere el ofendido”.

Es este artículo de excepción, no muy acorde con la orientación de nuestro C. P., al principio establecido por el art. 102 sobre que únicamente en los delitos que requieren querrela de parte se extingue la acción penal por desistimiento de la parte agraviada,

como que las lesiones personales, incluso en las condiciones de que da cuenta el artículo 378, se investigan de oficio y hay, por lo tanto, una acción pública completa.

En la anterior legislación penal, los casos de lesiones o heridas con incapacidad menor de dos días autorizaba el desistimiento, pero, como puede verse del término de incapacidad se trataba de infracciones levisimas. El art. 378 habla de lesiones con incapacidad menor de quince días, comprendiendo así el mayor número de éstos delitos y abriendo campo a la impunidad para hechos graves. El desistimiento es una fórmula cuya aplicación no debiera hacerse general porque lo más importante en la lucha contra la delincuencia es prevenir la defensa de la sociedad sancionando la peligrosidad de los individuos manifestada en la comisión de hechos ilícitos.

Es cierto que ha habido una marcada tendencia a la supresión de penas privativas de la libertad para los delitos menos graves y a sustituirlas por penas pecuniarias o indemnización al ofendido. Pero este criterio no resulta adecuado cuando se trata de delinquentes manifiestamente peligrosos. Por ello el desistimiento de la parte ofendida dictado en la mayoría de los casos por la satisfacción económica que da el procesado, es una fórmula bastante criticable en nuestro C. P.

En el artículo original de la Comisión el desistimiento quedaba supeditado, para extinguir la acción penal, al pago de la indemnización al ofendido, pero dicha condición fue suprimida en vista de que se creaba una situación anormal e inmoral determinada por la influencia que con dinero podía ejercerse sobre el ofendido, a la vez que se habría campo a notorias injusticias para con aquellos procesados que no estuvieran en condiciones de pagar una indemnización. En las Actas de la Comisión aparecen los siguientes conceptos de los doctores Cárdenas y Lozano, ninguno de los cuales representa el criterio del art. 378, como puede verse:

"En cuanto a las heridas leves se discutió el tema del desistimiento de la acción por parte del ofendido, y el doctor Cárdenas sostiene que debe formularse el desistimiento para las lesiones que produzcan una enfermedad, o incapacidad que no pase de quince días, especialmente si se tiene en cuenta las estadísticas suministradas por la oficina médico-legal, según las cuales estas lesiones tienen por causa el alcohol, y son cometidas por gente de las más bajas capas sociales, que están ordinariamente desprovis-

tas de recursos económicos. Tampoco puede perderse de vista que este delito ocurre casi siempre entre personas del bajo pueblo para quienes es más provechosa la indemnización que les pague el ofensor que la privación de la libertad de éste. Refiriéndose a los artículos elaborados por el Dr. Escallón, manifiesta el doctor Cárdenas que no es partidario de la sanción pecuniaria, porque la gente pobre que comete delito queda entonces sujeta a tres clases de sanciones: la privación de la libertad, la sanción pecuniaria y la indemnización de perjuicios que, como se ha acordado ya, debe decretarse de oficio por el juez en todo caso.

"Por lo que hace relación con el desistimiento, el Dr. Escallón está de acuerdo con el Dr. Cárdenas.

"El Dr. Lozano se manifiesta adversario de las ideas expuestas por los Drs. Cárdenas y Escallón y dice que en su concepto no puede justificarse la facultad de suspender el procedimiento penal y detener la aplicación de la pena, sino cuando las heridas y maltratamientos sean levisimos, de tal modo que no causen alarma social. En su opinión no es posible derogar en ningún momento el principio general de que los delitos se persiguen por un interés público, y de que corresponde sólo a los Poderes del Estado resolver sobre el mérito de los sumarios y la imposición de las sanciones. Heridas que hayan causado una incapacidad hasta quince días, son heridas de importancia que no pueden quedar impunes, y mucho menos a cambio de pago de sumas de dinero, pues ello desmoralizaría la vida social, facultando a las personas pudientes para abusar arbitrariamente de la debilidad ajena y para satisfacer sus instintos de violencia y de brutalidad. En su concepto, el sistema propuesto no es otra cosa que la resurrección velada de la composición pecuniaria de los tiempos primitivos, cosa completamente inaceptable. El procedimiento que se piensa establecer pone en peligro, de otra parte, los derechos que también corresponden a los procesados de heridas, pues puede prestarse a chantaje de parte de las víctimas, que abusarán de su facultad de desistir, exigiendo sumas inadecuadas y convirtiendo la administración de justicia en un negocio que se hace a espaldas de las autoridades. De este modo los jueces se verán menospreciados y convertidos en testigos pasivos de la actividad de las partes. El Dr. Cárdenas ha dicho que la extrema pobreza, infelicidad e ignorancia de la baja clase social, que es la más dada a esta clase de delitos, justifica el proyecto. Pero esa observación carece de fuerza suficiente, pues si

se acepta que las sanciones penales tienen al fin y al cabo una función educadora, no es posible prescindir de ellas cuando el pueblo es ignorante, sino más bien mantener la autoridad de las leyes y de la ética por medio del ejemplo. El Dr. Lozano concluye afirmando que el sistema del Código actual en que el desistimiento se refiere a las heridas que causen incapacidad hasta de dos días, le parece mucho mejor".

"El doctor Escallón propone el siguiente artículo:

"Artículo.—Si fuera de los casos previstos en los artículos anteriores, la lesión no produce enfermedad o incapacidad para atender a las ocupaciones ordinarias, mayor de quince días, a petición del ofendido no se impondrá la pena restrictiva de la libertad, siempre que se pague la sanción pecuniaria".

El Dr. Cárdenas modifica por medio de la siguiente fórmula:

"Artículo.—Cuando la enfermedad o incapacidad de que trata el artículo... no pase de quince días, se pondrá término al juicio penal, si así lo solicita el ofendido".

"El Dr. Lozano dice que no es partidario de la fórmula del Dr. Escallón, porque impide al agraviado moverse con libertad. Si se adopta este sistema que considera inconveniente, que al menos sea el Juez quien fije la sanción pecuniaria, y que, en consecuencia, pueda la víctima desistir si lo quiere así, únicamente respecto de la pena corporal, conservando su derecho a pedir que se imponga la otra sanción.

"Tampoco acepta la fórmula del Dr. Cárdenas, porque en su concepto, adolece del defecto contrario, es decir, que impide al que desista poder reclamar el pago de la misma sanción. En el fondo no es partidario de que se permita que a espaldas de la justicia se hagan pactos simoníacos entre las personas, porque esto peca contra la técnica e implica el patrocinio del chantaje. Quizás para que la disposición quedara menos inaceptable podría decirse que la víctima tiene la facultad de renunciar a que se imponga la pena corporal o tanto ésta como las demás sanciones.

"El Dr. Escallón dice que no sería conveniente adoptar una fórmula en que se permitiera a la víctima el desistimiento de la pena corporal, para continuar el proceso a fin de señalar el monto de la sanción pecuniaria porque una vez pasado el tiempo, serenados los ánimos, y eximido el culpable de la pena corporal, después tampoco pagará la sanción pecuniaria. Es preferible que desista la víctima pero mediante el pago de la sanción.

"Como síntesis de las fórmulas presentadas por los doctores Escallón y Cárdenas se redactó y aprobó la siguiente disposición con el voto negativo del doctor Lozano: (Art. 378 del C. P.)".

De acuerdo con el texto del art. 378 se requiere para que se suspenda el procedimiento contra el procesado, las siguientes condiciones:

a).—Petición del ofendido en que solicita la suspensión;

b).—Que se trate de lesiones que únicamente hayan producido incapacidad o enfermedad. En consecuencia, caso de presentarse desfiguración facial, deformidad física, perturbación funcional, etc., es inválido el desistimiento aunque la incapacidad haya sido menor de quince días, y

c).—Que el delito no haya sido cometido en un funcionario público por razón del ejercicio de sus funciones. Esto no lo dice el artículo que comentamos pero lo establece el art. 23 del C. P. P.

Circunstancias de calificación

El delito de lesiones se califica, según el art. 379, cuando en su comisión concurre alguna de las circunstancias constitutivas del delito de asesinato, consignadas en el art. 363. Lo dicho al tratar de ellas en el homicidio es aplicable para el caso de lesiones.

LESIONES CULPOSAS

El delito de lesiones, como el de homicidio, admite la culpa y su represión quedó señalada por el art. 380, de acuerdo con el cual las sanciones quedaban disminuidas de las tres cuartas partes a la mitad. Pero este artículo fue reemplazado por el 7o. de la ley 164 de 1938, el cual dispuso:

Artículo 7o.—El art. 380 del C. P. quedará así:

"El que por culpa cause alguna de las lesiones previstas en este Capítulo, quedará sometido a las sanciones respectivas, disminuidas de las tres cuartas partes a la mitad; en lugar de la prisión, se aplicará el arresto, y del presidio, la prisión".

Lo ya dicho en cuanto al homicidio culposo es aplicable al delito de lesiones de la misma categoría.

CONTAGIO VENEREO

Art. 381.—“La persona que hallándose atacada de una enfermedad venérea, tuviere acceso carnal con otra, incurrirá en arresto de un mes a un año. En este caso solo podrá procederse a petición de la parte ofendida”.

El contagio venéreo ha merecido de los Códigos Penales modernos una individualización especial como delito contra la integridad corporal y se le sanciona no sólo como hecho consumado de daño en la salud, sino como delito de peligro, que es la forma específica que da el art. 381.

El caso del artículo que comentamos hay que distinguirlo del delito común de lesiones en que el individuo procede con el ánimo de causar un daño en el cuerpo o en la salud de la víctima. Tal delito de lesiones puede ocurrir por medio del contagio si es que el agente recurre a dicho procedimiento para la comisión del delito. No se trataría entonces del hecho previsto en el art. 381 sino de una lesión de las previstas en otra de las disposiciones del capítulo con la responsabilidad correspondiente a la naturaleza del daño.

El contagio venéreo se refiere, pues, expresamente a una forma de delito en que no es necesario el dolo directo sino el dolo eventual común a los delitos de peligro y se sanciona el riesgo que se crea para la persona.

Para que exista el delito no es indispensable que se provoque el contagio; es suficiente que el agente enfermo tenga acceso carnal con otra persona a sabiendas de su dolencia, pues si ignora la enfermedad no hay delito.

El Código sólo admite esta figura penal cuando se trata del acceso carnal, no de otros actos sexuales.

Por enfermedades venéreas se entienden la sífilis, la blenorragia y las demás dolencias o afecciones de índole sexual.

En el seno de la Comisión de Reformas Penales se trató en un principio de sancionar únicamente el contagio o el peligro de contagio intencionales, considerando que no era justo castigar la culpa en estos casos. No obstante el artículo consignado en el Código propició la tesis del dolo eventual que es el corriente en el delito de que tratamos. Quedó acogida la opinión del Dr. Lozano, según el cual, “el único sistema sería imponer una sanción al que cohabi-

te con otra persona padeciendo una enfermedad venérea, cualquiera que sean las consecuencias de ese acto. Es decir, reprimir el solo hecho de la cohabitación del que sabe que padece una enfermedad de esa índole, pues es lo único que en esa materia puede comprobarse en la práctica. Dada la facilidad y frecuencia de las relaciones sexuales, y pudiendo, por lo tanto, un hombre o una mujer verificar varias cópulas en un mismo día, es imposible saber en los casos concretos de dónde procede la contaminación y el sistema propuesto ocasionaría muchos abusos e injusticias”.

El delito de contagio no se puede investigar de oficio y requiere querrela de parte. Esta circunstancia y el prejuicio dominante entre nosotros sobre el carácter vergonzoso de las enfermedades venéreas hacen inoperante para la defensa de la salud de los asociados el art. 381. Prueba de ello es que hasta ahora no ha habido aplicación práctica de la disposición.