

DR. CAMPO ELIAS AGUIRRE

Prof. de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la U. de A.

HOMICIDIO PREMEDITADO

La relación de causa a efecto entre el acto o la omisión homicida y el fenómeno muerte, y el **animus necandi** (propósito de matar), son elementos básicos y fundamentales y modalidades típicas que necesariamente entran en la constitución o esencia del homicidio común, y que al faltar en casos determinados (una cualquiera de esas estructuras y no ambas a la vez), generan los homicidios especiales por concausa, por ultraintención y por simple culpa.

Pero es que hay modalidades que en el homicidio dejan persistir aquellos dos requisitos, variándolos **aditivamente** por intensificación de uno u otro de los dos elementos al mismo tiempo. Por ejemplo la premeditación, de lo que voy a tratar en seguida.

PREMEDITACION

Quien premedita para matar, y mata o se le frustra el homicidio o lo intenta, obra con dolo especialísimo, intensificando por lo menos el **animus necandi** y agravando la penalidad. Es una de las formas accesorias o de agravación, en general.

En el Código Penal de 1890 el homicidio cometido sólo con premeditación, es una de las muchas clases de homicidio, que se llama **premeditado** (artículo 584) y que se castiga con presidio por doce a diez y ocho años (artículo 595).

Y en el Código Penal de 1936 la premeditación es un fenómeno que cambia el nombre de homicidio por el de asesinato.

Con el C. P. de 1890 el asesinato es el homicidio premeditado que se comete mediando en él una o más de las nueve circunstancias que enumera el artículo 586: en virtud de dones o de promesas, con previa asechanza, con alevosía o a traición o sobreseguro, con veneno, con explosión o ruina de materiales preparados **ad-hoc** o con fuego; con tormentos o ferocidad o crueldad; para cometer otro delito o para que no se estorbe su comisión o para impedir que se descubra o detenga al delincuente, después de cometido; en el caso de siniestro de algún medio de transporte, siniestro de antemano preparado, y en el caso de riña que provoque el occiso pero que la empuñe el homicida con concurrencia de una o varias de las circunstancias anteriores.

Y con el C. P. de 1936 basta la premeditación para que por sí caracterice un asesinato, pero se requiere que esa premeditación esté "acompañada de motivos innobles o bajos".

En nuestro **jus poenale** nuevo existen circunstancias denominadas de mayor peligrosidad que agravan la pena de un delito dentro del mínimo y máximo correspondientes, "en cuanto no se hayan previsto como modificadoras o como elementos constitutivos del delito". Así los deberes especiales de parentesco (4a. del artículo 37 del C. P. de 1936) no son meras circunstancias sino constitutivas de asesinato, si los vínculos son los del número 1o. del artículo 363.

Y es de observar que en las circunstancias de asesinato del artículo 586 del C. P. de 1890, la 4a. y la 5a. y 8a. propiamente no son circunstancias que concurren en el homicidio, sino los medios directos y únicos de la supresión de una vida.

La circunstancia 4a.: "Con substancias o bebidas venenosas o nocivas, que, a sabiendas, se hayan aplicado a la persona asesinada, o se le hayan hecho tomar, de cualquier modo que sea".

La circunstancia 5a.: "con la explosión o ruina de materiales preparados para el asesinato o con fuego que se ponga en casa o sitio en que se halle la persona a quien se quiera asesinar".

Y la circunstancia 8a.: "En el caso de un siniestro ocurrido en un ferrocarril, tranvía, embarcación u otra vía o me-

dio de transporte, siempre que el siniestro haya sido preparado de antemano, a sabiendas, aunque sea con un fin diverso del de causar el homicidio que ha resultado".

Como se ve, esas circunstancias copiadas no concurren con el modo de matar y de por sí constituyen los medios físicos de suprimir la vida del hombre, positivos y directos en la 4a. y 5a., e indirectos y positivos en la octava.

El incendio, el veneno y el siniestro no son circunstancias que, como los dones o promesas, la previa asechancia, la alevosía, etc., sean sólo concurrentes con el modo o medio de haber matado; el siniestro, el veneno o el incendio, son la esencia misma del asesinato, con su caracterización, la substancia propia del delito, el instrumento de destrucción, *sine qua non*.

Armado de escopeta A. asecha a B. para darle muerte premeditadamente, y le dispara y lo mata. Mató A a B por medio de las heridas que los proyectiles abrieron, y concurrió, como fenómeno aparte aunque estrechamente ligado a la acción principal, la asechancia previa. Son cosas distintas esa acción y ese atisbo cauteloso.

Pero A, con premeditación quiere matar a B y lo mata incendiando la casa en donde está la víctima. Qué hay, entonces? Que el incendio no es apenas concurrente: es una circunstancia de asesinato que se confunde con el hecho de matar, pues la llamas que prendió A fueron las que le quitaron la vida a B.

Iguales observaciones cábenle al asesinato del artículo 363 del C. P. de 1936, con el envenenamiento del número 5o. y los medios del 8o.

La premeditación ha sido, es y será, el más grave de los elementos que intensifican el dolo, y las dificultades para apreciar aquello ocasionan en la práctica frecuentes disparidades con los principios teóricos.

Qué es premeditar para dar muerte una persona a otra u otras? El C. P. de 1890, en el artículo 584, ofrece una regla o definición de suma sencillez peligrosa: "el homicidio es **premeditado**, cuando se comete voluntariamente, y ha sido precedido de una deliberación o resolución previa de cometerlo". Y el mismo código "presume premeditado el homicidio, siempre que no se pruebe o resulte que pertenece a otra de las clases que reconoce la ley".

La noción doctrinaria y común de la premeditación, en cual-

quiera escuela de derecho penal, es ejecutar la acción concebida, pensada y resuelta antes en el ánimo del agresor.

De dicha noción, al parecer tan simple, se desprenden estas condiciones:

1a. Meditar con anticipación o deliberar y resolver de antemano;

2a. Que pase algún tiempo entre la resolución y la acción; y

3a. Ejecución del delito.

Y dice el maestro Irureta Goyena:

"El tiempo a que me acabo de referir—traten de recordar esta advertencia porque es esencial—debe preceder a la ejecución, no a la resolución. Premeditar es siempre suspender la ejecución. El tiempo que transcurre antes que el sujeto tome la resolución, no se cuenta, a los efectos de la premeditación. Generalmente el homicidio y sin ser el homicidio, los actos de cierta gravedad están precedidos de una especie de balanceo psicológico, de un estado generalmente angustioso que se caracteriza por la aceptación y la repulsión sucesiva de la idea. Ese estado de excitación que precede a la resolución no constituye, jurídicamente, la premeditación".

Pero ese contradictorio estado de espíritu o ese vaivén psicológico anterior a la resolución, también se presenta en el alma del criminal, a veces, hasta el preciso momento de ejecutar el delito, pues cuántas ocasiones, hecha y formada la resolución después de admitir y rechazar la idea, sigue la voluntad vacilando en llevar a cabo el propósito, en realizarlo, en consumarlo. Luego el transcurso del tiempo tanto puede anteceder a la ejecución como a la resolución. Y aquí viene el fenómeno de índole oscura y difícil: quien toma la resolución de matar y continúa conturbado y dubitativo en dar el golpe, premeditará si lo da de pronto, en el balance psicológico que lo domina y en el preciso instante en que la hora de la resolución definitiva se confunde con el minuto de la misma ejecución?

Recurriendo a la división que Impallomeni hace de la premeditación en **natural** y **accidental**, el premeditativo natural no premedita.

Es natural la premeditación cuando el sujeto suspende la ejecución en virtud de sus particularidades psico-físicas, las cuales, por el especial **modo de ser** del hombre, no lo dejan decidirse a cumplir su resolución sino en determinadas circunstan-

icias que lo precipitan a realizarla, rompiendo el sujeto de repente el lazo que formaban sus indecisiones y vaivenes.

Y es accidental si el agente suspende la ejecución por imposibilidad material de cumplirla, como, por ejemplo, el caso de quien, resuelto a cometer el homicidio, no encuentra a la víctima o la halla en condiciones de no poder atacarla, o no se provee de los medios idóneos o adecuados para consumar el intento. Ese sí premedita o puede ser calificado de homicida que premeditó, una vez que ejecuta el hecho, desaparecidos los accidentes que se lo habían estorbado.

Es indispensable no incurrir en el yerro jurídico de establecer confusiones entre la causa o motivo que origina la resolución y la misma resolución, pues no siempre coinciden cronológicamente. La causa puede ser lejana o antigua, y reciente o inmediata, la resolución. Si alguien es víctima de una ofensa y queda durante algún tiempo en un estado contradictorio en que acoge y rechaza la venganza, y en tal situación se encuentra con el ofensor, y al verlo decide matarlo y lo mata, ese alguien no sólo no premeditó sino que puede ser amparado por uno cualquiera de los beneficios, según el caso, de los artículos 28 y 382 del C. P. de 1936.

De donde se deduce que en nada el artículo 28 y el inciso segundo del 382 se relacionan con el asesinato por premeditación: hecha la provocación, dilatada o tardía la reacción sería de la pena de un homicidio común o de uno concausal, mas nunca del asesinato por premeditación que consagra nuestro C. P. nuevo en el artículo 363. Por qué? Porque falta el **ánimo pacato** de que voy a hablar y porque a la premeditación del provocado no la acompañan "motivos innobles o bajos".

La premeditación circunstanciada no es elemento que influya para desvirtuar la premeditación. Para intensificarla sí influye. Es premeditación circunstanciada la resolución que una persona adopta para matar a otra, previniendo medios o pensando en detalles de día, hora y lugar. Claro es que quien prepare circunstancialmente el homicidio demuestra un mayor dolo en el propósito previo, lo que no quiere significar que no premedite quien no prepara el homicidio con premeditación circunstanciada.

Qué es el **ánimo pacato**? Es, para mí, la esencia, lo principal, la medula de la premeditación.

Cómo surge la premeditación en el delincuente homicida? Todo se deriva de un choque de la psiquis, con mayor o menor o ninguna razón de ser. Conmovidó el espíritu, el proceso de la sensación de donde dimanar la idea, el pensamiento, la reflexión, la resolución y la ejecución, puede ser simple o complejo, aunque siempre es fatalmente dominador e imperioso. La idea, como nebulosa al principio, se compacta luego, el pensamiento la acaricia y la solidifica por decirlo así, hasta que la modela y la termina la reflexión, que es la conciencia viva y en función de condicimiento perfecto que le da campo a la resolución, al propósito final y acogido que después se concretará en el homicidio.

El punto de partida es la sensación en todos los actos humanos, e impresionada el alma con choque grande o pequeño, intenso o insignificante, cuya trayectoria es de las cosas externas hacia un centro cerebral en donde lo que llamamos espíritu tiene sus únicos medios y modo y lugar de revelársenos a nosotros mismos y a los demás, resulta supremamente interesante y muy necesario inquirir si la tormenta del alma que inspiró la resolución, subsistió o no en el homicida hasta el instante de ejecutar el delito. Si al terminarse el proceso interno de la sensación, la idea, el pensamiento, la reflexión y la resolución, aun azota y compele al ánimo el trastorno inicial psíquico, ese trastorno, esa excitación, esa fuerza pasional que se separó del sujeto y que lo siguió hasta el momento de ejecutar el homicidio, no puede compaginarse con el concepto jurídico de la premeditación. Y en cambio, si la serenidad guió al homicida en los últimos pasos de su propósito y en el acto de matar, la premeditación ya adquiere su fisonomía de tal en el derecho.

El factor psicológico del **ánimo pacato**, el sereno proceder, la frialdad espiritual, la calma interior, es un criterio de que no podemos ni debemos prescindir para el estudio de la premeditación, la cual se compone de cuatro conceptos tan indispensablemente unidos, que si uno solo faltare en un caso concreto, aquélla deja de ser fenómeno del derecho penal para la materia del homicidio.

Los cuatro conceptos son:

- 1o. El cronológico o transcurso de tiempo entre la resolución y la acción;
- 2o. El mental o ideológico, que es reflexión o conciencia del hecho;
- 3o. El psicológico, o **ánimo pacato**; y
- 4o. El de egoísmo o bajeza de móviles.

Fue el ministro italiano Zanardelli quien concibió el concepto último de la antisocialidad de los motivos, concepto o criterio que acogió el C. P. colombiano de 1936, cuando al variar el nombre de homicidio por el de asesinato punible con quince a veinticuatro años de presidio, estampó el caso 2o. del artículo 363: "Con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos".

Grande conquista es ésta de la legislación penal de Colombia, pues si el móvil no es bajo o no es innoble, la premeditación se despoja de su carácter odioso y repugnante y de peligrosidad interna, para reducirse a mera circunstancia de mayor peligrosidad, no constitutiva de asesinato (artículo 37, inciso primero y particularidad 5a.): preparación **ponderada** del delito.

Naturalmente que hay autores enemigos acérrimos de las tesis del **ánimo pacato** y de la antisociabilidad de los móviles, y uno de ellos es el maestro Irureta Goyena, quien escribe:

A mi juicio, esta doctrina (la del **ánimo pacato**), es falsa. No existen razones que aconsejen admitirla, ni del punto de vista objetivo, ni del punto de vista subjetivo: del primer punto de vista, porque un homicidio premeditado se identifica—tan profundo es su parecido externo—como un homicidio simple o no premeditado; del segundo punto de vista, porque la falta de serenidad en el sujeto, la excitación en que se encuentra el homicida entre la resolución y la acción, no constituye indicio cierto de una mayor perversidad criminal.

"Los sujetos entran o no en calma después de formar una determinación grave, según su temperamento propio, según su idiosincrasia, pero sin que dicho temperamento o idiosincrasia tengan nada qué ver con los sentimientos de que se hallen dotados.

"Existen sujetos a quienes les es fácil, después de tomar una resolución, recobrar su calma y entrar en un período de perfecta serenidad; y existen otros, en cambio, moralmente

idénticos, que permanecen después de la resolución durante largo tiempo en una gran excitación. Esto ocurre no sólo con motivo de actos que comprometen hondamente la responsabilidad del punto de vista moral, sino con motivo de actos, bajo ese punto de vista, indiferentes.... Si esto es así, si la calma o la nerviosidad son fenómenos independientes de la moralidad, por qué se ha de considerar más grave el homicidio que cometer un sujeto que permanece aparentemente tranquilo después de haber tomado la resolución criminal, que el que se lanza a la agresión bajo el termómetro de una gran agitación?

"Si se admitiera semejante doctrina, habría que llegar a la conclusión de que a ciertos hombres debe castigárseles con más severidad que a otros, porque tienen un temperamento distinto, pero no porque estén dotados de una moralidad inferior.

"Tales son las consideraciones que me inducen a pensar que el criterio del **ánimo pacato**, como lo llaman los italianos, es del punto de vista filosófico, erróneo y mal ajustado a los principios que regulan la defensa social".

Hasta aquí Irureta Goyena en su crítica a la frialdad de ánimo para la caracterización de la premeditación. Voy a atreverme a glosar al profesor, en esa parte, antes de exponer sus ideas contrarias a la antisocialidad de los motivos.

En primer lugar, precisamente la falta de serenidad del sujeto homicida entre la resolución y la acción, "no constituye indicio cierto de una mayor perversidad". Y es más: lo que significa esa falta de serenidad es un indicio o muestra de menor perversidad.

Y en segundo lugar, si la conducta humana es el producto de la personalidad física, que es el **temperamento**, y de la **psíquica**, que es el **carácter**, el temperamento o idiosincrasia será un fenómeno aparte de los sentimientos, a los que en nada toca?

"La persona es una, entera e indivisa, y como tal debe ser estudiada y comprendida por la ciencia. Ha desaparecido la barrera entre lo físico y lo psíquico desde el punto de vista funcional: ante un estímulo **físico** no es el **cuerpo** quien reacciona, y ante un estímulo **psíquico** no es el alma quien responde, sino que en ambos casos es el organismo en su totalidad, o sea la

persona, quien crea la respuesta", ha dicho el psiquiatra español doctor Emilio Mira y López (PSICOLOGIA JURIDICA).

Debe de haber una íntima comunión de influencias recíprocas entre temperamento, carácter, inteligencia, sentimientos y emociones, factores de reacción personal que quizá no estén separados por vallas inviolables. En nuestra personalidad el todo es la interdependencia de las partes orgánicas, morales y psíquicas.

Entendiendo por temperamento "la resultante funcional de la constitución"; por constitución "el conjunto de propiedades morfológicas y bioquímicas transmitidas al individuo por herencia"; por carácter "el substrato de las ideas subconcientes"; por inteligencia la "facultad de comprender o conocer"; por sentimientos "lo que anima, colorea y vivifica nuestras sensopercepciones, representaciones e ideas", y por emociones los sentimientos exagerados, cómo afirmar que en el universo complicadísimo que por dentro llevamos, cuyos cambios no podrán captar nunca la sabiduría humana, cuyas relaciones han de sernos siempre ignoradas a fondo, cuya función es un misterio, cómo afirmar, repito, que nuestros sentimientos y nuestra moralidad no se mantengan influídos, intervenidos, dirigidos, por la función del temperamento, el carácter, el entendimiento y los estados emocionales? Y a la inversa, cómo negar que los sentimientos y la moralidad no influyan en los otros factores de reacción personal?

Sin poderlo demostrar, **yo siento** la verdad de aquellas recíprocas intervención, influencia y dirección, aun cuando me coloqué en contra de las sutilezas de los libros de psicología, semilleros de invenciones inagotables, en donde cada autor curioso descubre sus verdades nuevas para presentarnos la acción del hombre encadenada a reglas fijas, cual si se tratara de un teorema geométrico.

Habrá que convenir en que el temperamento agresivo, el **hipertiroideo**, el excitable, el exaltado, es de mayor peligrosidad que el temperamento pacífico, lento y tardo o que sabe y puede controlarse, cuando se considere la delincuencia en general. Pero en lo que concierne a la premeditación para matar sucede exactamente lo contrario: entre dos hombres que llevan a cabo sendos homicidios premeditados, es más peligroso el que premeditó y ejecutó el hecho a sangre fría, que el que ejecutó

el homicidio después de premeditar angustiosamente, después de resolver matar en turbulenta exaltación del espíritu o en estado de impresión emocional agitada que duró hasta el momento de la consumación.

Por qué? Porque en el último su razón no anduvo sola sino en lucha con la voluntad y la impresión excitadas por el motivo, excitación que su temperamento avivaba y hacía crecer o mantenía en el mismo grado de intensidad. Y porque en el primero su temperamento especial que le permitió conservarse sereno y reflexivo, pudo tener—y en efecto tuvo—más poder de auto-dominio, mejor campo propicio para no realizar el hecho, más ocasiones de detenerse en el propósito criminal. Y de allí que el primero no haya premeditado porque no lo asistió el **ánimo pacato** que sí le hizo compañía al segundo.

Continúa Irureta Goyena: "Me toca examinar ahora el criterio de Zanardelli. Se ha dicho que es equivocada la doctrina del **ánimo pacato** ideada por Carmignani y aceptada por Carrara. No basta, tratándose de la de Zanardelli, sostener que es equivocada, sino que es preciso ir más allá y proclamar su falsedad total. La premeditación es lo que es, y lo que es, es lo que ha sido. Quiero significar con esta frase que a mí mismo me resulta un poco sibilina, que se trata de un hecho histórico, de un fenómeno jurídico que se ha desarrollado en el tiempo y en el espacio, y que para determinar su alcance, así como su naturaleza, hay que tener en cuenta ese desenvolvimiento. Ahora bien, Zanardelli se ha apartado de ese punto de vista para resolver la cuestión y debido a ello, en lugar de decir lo que es la premeditación, nos ha expuesto lo que a su juicio debería ser, sustituyendo la historia por la ideología, un hecho por una concepción principista. La índole de los motivos no tiene, en efecto, nada que ver con la premeditación; se trata de un elemento absolutamente extraño a la agravante que nos ocupa; ni los tribunales, ni las leyes, ni los criminalistas en ningún país, en ningún momento de la historia, desde que se conoce la premeditación, han reputado que los móviles formaban parte integrante de ese concepto".

En el derecho penal positivista los motivos determinantes desempeñan un papel de importancia grande en la fijación de

la penalidad, porque son una base imprescindible y segura para darnos cuenta de la índole moral del sujeto y sus condiciones de conciencia. "Los móviles también constituyen una especie de ventana abierta sobre el espíritu, que permite divisar lo que se oculta en sus profundidades", dice el profesor Irureta Goyena.

Y de allí que la sanción se le aplicará al delincuente según los motivos determinantes, la mayor o menor peligrosidad, la personalidad del sujeto y la gravedad y modalidades del hecho (artículo 36 del C. P. de 1936).

Respecto de la premeditación, los móviles antisociales o, mejor, los innobles o bajos, los ruines, los despreciables, por su rastrea condición, reveladora del alma perversa del homicida, justifican aquella. No así los móviles que no sean ruines o innobles, pues entonces el sujeto a quien impulsa un motivo de índole elevada disminuye el dolo especialísimo y no intensifica el **animus necandi** en la medida en que lo intensifica y lo agrava la premeditación verdadera.

Realmente los móviles no innobles o no bajos se refieren a puntos que atañen a la honra, al decoro, a los estados dolorosos, a la propia vergüenza, a la persistencia de una pasión de naturaleza no reprochable, a algo que hay que entender de modo humano para darnos cuenta de la situación psíquica atormentada de ciertos hombres.

Premeditar un homicidio por mera venganza de una ofensa leve y llevarlo a cabo, implica un motivo bajo y es premeditación, siempre que se junten los requisitos del tiempo entre la resolución y la acción, la reflexión y la frialdad del ánimo.

Premeditar un homicidio contra la persona que deshonoró el hogar del homicida, y matar en efecto, nos presenta un móvil no bajo o no innoble, y el hecho no es premeditado en el rigor científico y legal de la palabra premeditación. Y es que entonces la naturaleza del móvil engendra tanta fuerza de obsesión y de pena, que el **ánimo pacato** no podría concurrir.

El estudio de los móviles nos sirve para conocer la personalidad del delincuente, y la premeditación no es bastante hoy por su sola concurrencia en un homicidio, para calificar el hecho de los más graves, pues, como lo piensa Holtzendorff, a veces la premeditación, en lugar de una mayor perversidad representa la lucha entre el impulso criminal y el sentido moral que resiste; y así la premeditación es una más grande señal de peli-

gro y de potencia ofensiva, según anotan Ferri, Garófalo, Ali-
mena y otros, cuando va acompañada de motivos antisociales,
que es la tesis de Zanardelli.

HISTORIA DE LA PREMEDITACION EN EL C. P. DE 1936

En las actas números 174, 175, 180, 181 y 182, de la Co-
misión que formó en 1935 el proyecto de Código Penal, que es
hoy la Ley 95 de 1936, encuéntrase el debate de lo que los
miembros de dicha Comisión entendieron por premeditación.

Comenzó la discusión por la siguiente fórmula: "El haber
calculado y preparado maduramente los medios de ejecución
del delito, procediendo por móviles innobles y con el fin de co-
locar en condiciones de inferioridad a la víctima".

Sustentada esa fórmula por el doctor Carlos Lozano y Lo-
zano, el doctor Parmenio Cárdenas, brillantísima mentalidad
dueña de una vasta cultura teórica y práctica, la combatió así:

"El doctor Cárdenas sostiene que no debe definirse la pre-
meditación sino dejar el concepto a la elaboración de la doctri-
na y de la jurisprudencia, especialmente si se tiene en cuenta que
cualquier abuso o error cometido en este punto por los jueces,
puede ser corregido por la Corte de Casación, que ha sido ins-
tituída precisamente para uniformar la jurisprudencia, fuera de
que en los códigos modernos tanto civiles como penales, se ob-
serva una tendencia marcada a suprimir las definiciones. Piensa
que en lugar de la fórmula del doctor Lozano es mejor decir...
que la pena de presidio será de veinte a treinta años si el homi-
cidio se comete:

.....
"2o. Con premeditación acompañada de móviles bajos o
innobles".

(Advierte que en el proyecto quedó el presidio de diez
y seis a treinta años, y en la Ley 95 de quince a veinticuatro).

"Agrega el doctor Cárdenas que de la fórmula del doctor
Lozano quedarían excluídos varios casos. Por ejemplo, el que
ha formado el designio de matar a otro, designio acariciado
con la persona que ha pensado suprimir, va a su casa, toma un
revólver, sale a la calle y da muerte. Según la definición del doc-
Lozano este homicidio no sería premeditado porque no se po-

dría decir que el agente ha calculado y preparado los medios de ejecución del delito. Entiende el doctor Cárdenas que lo de calcular y preparar maduramente los medios de ejecución de un delito, no puede ser requisito esencial para que exista la premeditación; tales circunstancias constituyen apenas unos accidentes respecto de la ejecución misma del delito. Hay temperamentos que pueden calcular y preparar maduramente los medios de ejecución de un delito, y otros que aun habiendo premeditado no pueden tener ese cálculo de preparación, y, entonces la definición que de premeditación da el doctor Lozano no diría relación con los sentimientos, con la parte moral del agente, que es lo que debe tenerse en cuenta para apreciar la perversidad con que proceda, sino de un hecho ajeno a estos sentimientos, como es el temperamento orgánico. Lo de colocar en condiciones de inferioridad a la víctima, tampoco lo encuentra como elemento esencial de la premeditación, como puede verse en el siguiente ejemplo: un individuo ha tenido el designio de matar a otro, ha preparado si se quiere los medios para hacerlo, y le dice a esa persona: "Prepárese y ármese porque le voy a matar", y ese tercero se prepara y se arma en realidad para defenderse, y se defiende; en tal caso no puede decirse que la víctima esté en condiciones de inferioridad, porque está preparado también para la defensa.

"Sin embargo, el homicidio que se comete por el que ha tenido el designio, es premeditado.

"En algunas legislaciones como la francesa, y esto para demostrar que los modos o formas de ejecución del delito no son elementos constitutivos de la premeditación, se clasifica como asesinato el homicidio premeditado o el homicidio que se comete con circunstancias de alevosía, a traición o sobre seguro, que dicen relación hasta cierto punto con la preparación madura 'de los medios de ejecución del delito'.

"No creo por demás anotar que los últimos Códigos Penales, como el italiano vigente, el mejicano, el español y el peruano, no definen la premeditación.

"El doctor Lozano dice a este respecto: Estoy en total desacuerdo con el doctor Cárdenas respecto del punto de vista que acaba de expresar y que no acierto a comprender exactamente. Después de muy largas meditaciones, apoyadas en la serie de lecturas que he hecho de las opiniones de grandes maestros, he tratado de buscar una fórmula, que acabo de redactar, con el

carácter de base de discusión transitoria, pues en materia tan difícil y ardua, sólo después de muy detenidas reflexiones tan de llegarse a una síntesis. El hecho de que el doctor Cárdenas encuentre algunas o muchas imperfecciones en el proyecto que acabo de insinuar, imperfecciones a las cuales ha hecho alusión, no significa en algún modo que la Comisión deba renunciar a fijar el concepto actual de premeditación, sino que debe trabajar con especial ahinco, a fin de encontrar la solución del viejo problema.

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

"

"Por el momento no trato de defender ni siquiera de explicar la fórmula sobre premeditación que acabo de presentar. Bien puede adolecer de sustanciales errores. Propongo simplemente la

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

"Manifiesta el doctor Cárdenas en relación con lo que acaba de exponer el doctor Lozano, que a él no lo alarma la omisión en el Código Penal, de lo que debe entenderse por premeditación, como no lo alarma en general el que se prescindiera de definiciones. Una legislación, así sea la penal, debe evitar el casuismo, y una de las formas de casuismo son las definiciones, por el peligro que hay de que en éstas no queden comprendidos todos los casos que puedan presentarse en la práctica. Por eso el contenido legislativo debe ser apenas una norma general; es al Juez a quien corresponde desarrollar ese contenido legislativo, adaptándolo en los distintos casos que se presenten, ampliándolo si fuere necesario y supliendo si es posible, en beneficio de la justicia y del orden social, los vacíos y deficiencias en que necesariamente incurre el legislador. Considera que el ideal del derecho penal en el futuro y su máxima perfección, consistirá en dejar a los jueces un amplio arbitrio en la aplicación de las sanciones, porque solamente así podrá realizarse la suprema aspiración de las instituciones penales, o sea la individualización de la pena; será entonces y solamente entonces, cuando tendrá aplicación el principio de que así como no hay enfermedades sino enfermos, así también no hay delito sino personas que delinquen; será entonces y solamente entonces cuando el delito dejará de considerarse como una entidad abstracta, para con-

siderarlo como un concepto real, humano y palpitante, no comprendido exactamente dentro del molde frío, rígido y delimitado de una disposición legislativa.

"Es claro que estamos muy lejos de realizar tamaño objetivo, que exigirá entre otras cosas jueces ejemplares por su ciencia y por su versación, cuya voz sea la más fiel expresión de la justicia y de las necesidades sociales; pero a esa cumbre se llegará algún día, si es que la evolución de los principios, de las ideas y de los sistemas, tiene alguna significación".

El doctor Lozano presentó esta nueva fórmula:

"Si a la decisión de cometer el delito, determinada por móviles antisociales, se agrega un cálculo maduro o preparación ponderada acerca de los medios de ejecutarlo, tendiente a colocar a la víctima en condiciones de inferioridad".

La defendió Lozano de este modo: "El doctor Lozano explica su fórmula diciendo que para la existencia del fenómeno de la premeditación, es preciso que se presuponga en el agente la decisión definitiva o fija de cometer el delito, y no la etapa de lucha moral entre la tentación y los motivos inhibitorios.

"Con la expresión 'cálculo maduro' pretende colocar al agente en el terreno puramente intelectual, es decir, que su reflexión y la adopción son inteligentes con exclusión del estado afectivo en que se encuentre, pues cree que puede premeditarse aun bajo el influjo de vehemente pasión. En su concepto, en materia de premeditación era indispensable la frialdad de ánimo de parte del agente; pero luego aceptó la posibilidad de que hubiera premeditación conjuntamente con la pasión del autor del hecho, según puede verse en el estudio de Carrara que ha leído. Luego si la frialdad o la pasión en el ánimo nada significan para la existencia de la premeditación, lo que debe tenerse en cuenta para determinarla es el cálculo maduro y la preparación ponderada de los medios para la ejecución del delito, cálculo y ponderación encaminados a poner a la víctima en condiciones de inferioridad. La estimación de los medios es indispensable, porque ellos son justamente la manifestación de los propósitos del agente, porque el solo pensamiento delictuoso, es claro que carece de significación jurídica; la mera complacencia en el propósito de delinquir se queda entonces en la espera de la simple conciencia.

"El doctor Cárdenas dice: Yo opino que los medios no son un elemento esencial de la premeditación. Mientras apenas se trate de represión sin una manifestación exterior, es claro que ya no solo respecto de la premeditación sino de todo delito en general, no puede decirse que exista algo punible. Pero cuando la resolución se convierte en designio que se alienta y se mantiene de un modo casi permanente en el ánimo del agente, y cuando además se revela en hechos exteriores la intención de dar muerte, entonces tales actividades dejan de ser indiferentes para el dominio penal. Cuáles sean los medios exteriores que sirvan para demostrar la intención, es una cuestión de prueba y no un principio sustantivo. Un individuo que ha acariciado durante mucho tiempo el deseo de matar a otro, y que por distintos motivos no puede encontrarlo durante ese tiempo, y al fin sabe que se encuentra en un sitio determinado y se dirige allí para buscarlo y que va hasta sin armas, pero una vez llegado al sitio en donde está su presunto ofendido, se arma y le da muerte, comete el delito con premeditación aun cuando no haya preparado maduramente los elementos, medios, armas y sitio para tal fin, porque tales medios de ejecutar el delito desempeñan un papel secundario. Si el delincuente sorprende dormida a su víctima y comete actos de crueldad o ferocidad, estas circunstancias no son siempre demostrativas de la premeditación sino un modo especial de cometer el delito que agravará la responsabilidad, no por la premeditación sino por el modo de ejecución del delito, lo cual es enteramente distinto.

"El doctor Lozano replica al doctor Cárdenas en los siguientes términos:

"Dos razones le dió la escuela clásica a la agravante general de la premeditación. De una parte, que el reflexionar maduramente sobre la comisión de un delito, demostraba mayor perversidad o depravación del ánimo. De otra parte, que el hacer un cálculo maduro sobre el delito y los medios de ejecutarlo, colocaban a la víctima en condiciones de inferioridad, disminuiría la defensa privada, y por lo mismo como de reflejo, producía mayor daño mediato o alarma social. Ahora bien: las críticas hechas desde la época del profesor Holtendorff van principalmente contra la primera razón. Respecto de la segunda no tiene suficiente fuerza. Aquellas críticas se formulan sin-

téticamente así: la psicología experimental ha demostrado que el reflexionar maduramente, ponderadamente, juiciosamente, no es sino un modo de ser de la personalidad, una modalidad de temperamento, que nada indica sobre la amoralidad del individuo y que se aplica a todos los actos de la vida. La misma psicología enseña que un individuo irreflexivo, impulsivo, impetuoso, puede ser más peligroso y más perverso. Los guapos o matones que a todo instante buscan molestias tienen una calidad moral inferior a la del hombre honesto y frío que todo lo medita. Así, pues, si aceptamos que esta observación es justa, como lo acepta el doctor Cárdenas, tenemos que la meditación en sí, la reflexión obstinada del ánimo sobre el propósito homicida, con independencia de toda manifestación de actividad, carece de significación jurídica. Lo que sí tiene significación jurídica es que ya en estado de frialdad o de agitación un individuo haga un plan, prepare su delito con pericia y técnica suficiente para colocar a la víctima en condiciones de inferioridad y eludir la acción de la justicia, cualesquiera que sean los motivos.

“El que soborna a los criados de una casa, hace levantar un croquis de las habitaciones, averigua todos los detalles de la vida de una familia, con el objeto de entrar sigilosamente a media noche a sorprender a un individuo dormido en su lecho y clavarle con toda tranquilidad una puñalada en el corazón, sin peligro de que éste alcance siquiera a proferir un grito, es un individuo extraordinariamente peligroso, aunque obre por motivos nobles y por un justo dolor. Lo único que hay en que ante el justo dolor y la preparación metódica e inteligente del delito, el juez debe tener en cuenta ambas circunstancias para aplicar una pena intermedia.

“En cambio el individuo que después de pensar largamente en un homicidio, sin tomar ninguna medida previa, ni ejecutar ningún acto de preparación, manteniendo el propósito en la pura conciencia, se encuentra de repente y por casualidad con su enemigo y lo mata súbitamente con la primera arma que le viene a la mano, ya sea una estaca, una botella, una piedra, la reflexión antecedente por larga que haya sido, carece de significación jurídica. De ahí que yo reduzca toda la eficacia de la premeditación como agravante, a la escogencia y preparación de los medios para colocar en condiciones de in-

ferioridad a la víctima, pues, por ejemplo, si un individuo especialmente hidalgo y generoso, pero colocado por cuestiones de amor propio en la necesidad de lavar una afrenta, como se dice en sociedad, busca detenidamente que se produzca una riña en que su enemigo lleve la peor parte, lejos de agravante debe haber atenuante por larga que haya sido la premeditación".

Luégo, en el acta 180, la comisión continuó tratando el problema de la premeditación, sobre un nuevo artículo que propuso el doctor Cárdenas, y al cual, entre otros reparos, el doctor Lozano, le hizo éste:

"Lo que sí no acepta en absoluto el doctor Lozano es que se introduzca al código la agravante de premeditación acompañada de móviles bajos, pues jamás ha entendido a los autores positivistas que plantean así el problema, pues si la premeditación con motivos nobles no agrava el homicidio, la sola explicación de ello es que la premeditación carece de significación jurídica y lo único que se está tomando en cuenta es el temperamento, como dice Impallomeni, porque el temperamento reflexivo o impulsivo por sí solo no indica ninguna calidad moral; no hay por qué agravar la pena del premeditativo que obra por motivos innobles, sino en cuanto los motivos son innobles, y no porque haya premeditado".

Aquí el doctor Lozano quizá se arrepintió de haber puesto en sus dos fórmulas ya expresadas, la locución "procediendo por móviles innobles", en la primera, y en la segunda, "determinada (la decisión, aclaro) por móviles antisociales".

En el acta 181, el doctor Lozano dijo:

"Habiendo, después de larga meditación, llegado a concluir que la agravante de premeditación no tiene fundamento en cuanto pueda implicar una perseverancia del propósito homicida en el tiempo, o sea una reiteración de la pura voluntad homicida independiente de toda manifestación práctica, y que lo que sí debe merecer la atención de la ley es la aplicación del propósito criminoso a la escogencia cautelosa de los medios eficaces para realizar el delito con el minimum de peligro para el agente y el maximum de indefensión para la víctima, conceptúa finalmente que los fines que se propuso al redactar la fórmula presentada en sesiones anteriores sobre premedita-

ción, se realizan mejor consignando otras especies de agravante. Puesto que el estado de ánimo que depende en gran parte del temperamento individual no debe tener significación jurídica especial, de acuerdo con las enseñanzas modernas de la psicología experimental, lo que Carrara llamaba 'la cantidad' en el delito dependerá en el caso del homicidio principalmente de la posición de mayor o menor inferioridad en que a virtud de sus propios actos el agente coloque al sujeto pasivo.... "

"Aclara el mismo doctor Lozano que es partidario de que se mantenga y se consigne en el código la palabra **asesinato** para indicar la agravante, o sea el homicidio **calificado** que dicen los italianos, pero no que se erija en tipo criminoso o delito, aparte.

"El doctor Cárdenas manifiesta:

"..... Sostengo que uno de los casos de asesinato debe ser aquel que se comete con premeditación acompañada de móviles bajos, porque esa es una situación que no puede ser modificada por el legislador, ni mucho menos por el legislador colombiano, pues en Colombia son muy frecuentes los homicidios que se cometen de esta clase. Como tuve ocasión de manifestarlo en una sesión pasada, la sola concurrencia de la premeditación no puede ser suficiente para darle el valor de una circunstancia específica de agravación tal como hoy sucede en nuestro código penal vigente..... "

Siguió la Comisión estudiando si se debía o no mantener en el código penal la figura de asesinato con estructuración semejante a la del Código de 1890, es decir, con premeditación y ciertas circunstancias aparte, tesis que defendió el doctor Rafael Escallón y que le criticaron los doctores Cárdenas y Lozano.

"El doctor Cárdenas observa que no es posible hablar de circunstancias de asesinato sin que exista el delito de asesinato, y que hay Códigos que contemplan el asesinato sin premeditación, tal como lo hace el español en su artículo 412. De igual modo hay legislaciones en que se impone la pena máxima, o bien al que comete el homicidio con premeditación, o bien al que lo consuma con alevosía u otra circunstancia de asesinato, lo que significa que éste no implica la premeditación.

"El doctor Lozano dice que desea hacer una aclaración

completa a las ideas del doctor Escallón, que en este caso tiene y no tiene la razón a la vez, pues todo depende de un fenómeno cronológico. Dentro de las antiguas ideas sobre premeditación existentes hasta 1870, el asesinato subentendió la premeditación en la mayoría de la doctrina de los expositores. Posteriormente, cuando cambiaron después de Holtzendorff las ideas sobre premeditación y tanto él como Impallomeni optaron por acabar con esa agravante, quitándole toda significación jurídica, se ha aceptado y se puede aceptar muy bien que haya asesinato sin premeditación, puesto que el asesinato en general designa el homicidio agravado o calificado como dicen los italianos. No ve, pues, falta alguna de técnica en que en nuestro código se suprima la palabra premeditación y se mantenga el concepto tradicional de que los tipos peores del homicidio se llaman asesinato."

Al fin la Comisión resolvió prescindir del término **asesinato**, para no prolongar las discusiones, y se adoptó la fórmula del homicidio agravado que traía el proyecto bajo el artículo 383, fórmula que el congreso varió en la Ley 95 de 1936, dándole al homicidio el nombre de asesinato en los casos del artículo 363. No huelga decir que el proyecto también suprimió lo de la premeditación en aquel artículo 383.

Por último, el doctor Cárdenas dejó en el acta 182 una constancia que sin duda influyó en el ánimo del legislador de 1936 para acoger la "premeditación acompañada de motivos innobles o bajos".

La constancia reza:

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

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

"En el primer caso, y de acuerdo con los principios rigurosos de la escuela clásica, tal homicidio es de los más graves, se comete con el más alto grado de dolo pues el acto premeditado era y es para esa escuela el acto libre por excelencia y de ahí que hiciera de la premeditación el agravante más calificado.

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

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

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

varlo para imponerle la pena más alta que establece el proyecto que se discute, o sea la de diez y seis a treinta años de presidio.

"Pero ya que en mi concepto los móviles no pueden ser suficientes por sí solos para imponer la más alta penalidad, la que corresponde en todas las legislaciones al delito de asesinato, y ya que por otra parte la premeditación en determinados casos sí puede ser índice de una mayor peligrosidad, como se verá en el ejemplo que adelante pongo, estimo que la combinación de esos dos elementos da lugar a una configuración jurídica especial de homicidio (asesinato) que debe ser prevista. Existe un gran número de homicidios premeditados que se cometen en todas partes y principalmente en Colombia, que no pueden ser indiferentes para el legislador; me refiero a aquellos que se les ha pretendido dar carácter político, pero que en el fondo constituyen una delincuencia vulgar y ordinaria. Me refiero a los que se cometen en algunas regiones de Santander. El exterminio de familias enteras, la persecución recíproca, la tragedia sangrienta que se disimula muchas veces con la apariencia de una riña, pero en que el homicidio ha sido preparado y calculado con anticipación.

"El homicidio premeditado podría justificar la imposición de la más alta penalidad, como sucede en modernos códigos que no han excluído la premeditación, como el mexicano, el brasileiro, el argentino, el italiano y el español. Pero como ya dije el criterio de la premeditación no puede ser suficiente hoy para calificar por su sola concurrencia a un homicidio de los más graves, pues como lo hace notar Holtzendorff, a veces la premeditación, más bien que prueba de una mayor perversidad, representa la lucha entre el impulso criminal y el sentido moral que resiste, por lo que, como lo ha sostenido Ferri, hay delincuentes pasionales que premeditan. De suerte que la premeditación es una mayor perversidad y potencia ofensiva, como lo hacen notar Ferri, Garófalo y Alimena, entre otros, cuando va acompañada de motivos antisociales. Entre dos individuos que premeditan, no hay duda que será más peligroso y más terrible el que procede inspirado en los motivos más bajos e innobles; luego aparte de la premeditación es necesario tener en cuenta estos últimos y de ahí la fórmula que he presentado.

"En el ordinal 5o. de la fórmula aprobada con los votos de

mis colegas Lozano y Escallón se habla de "cualquier circunstancia preordenada al delito que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento".

"Según nuestro Código Penal vigente, como según el Código Penal francés, para que exista el delito de asesinato se requiere que el homicidio sea voluntario, que sea premeditado y que además concurren ciertas circunstancias que se han llamado de asesinato, tales como la alevosía. En el ejemplo que puse anteriormente, del que sorprendido dentro de una casa con el fin de robar da muerte a la persona que lo sorprende, no puede decirse que haya premeditación en el homicidio, y sin embargo, tal homicidio tiene que ser y es de los más graves. Una persona que viaja en un tren observa que en el asiento delantero se encuentra otra contra la que tiene gran aversión, y en ese preciso momento toma la resolución de matarle y en efecto la acomete por la espalda y le da muerte. Tampoco puede decirse que haya premeditación en el homicidio, y sin ni siquiera haber mediado preordenación alguna en cuanto a los medios de realizar el delito, y sin embargo tal homicidio es de los más graves y debe reprimirse con el máximum de pena. Pues bien, estos homicidios quedan excluidos en la disposición que vengo analizando, porque ella exige una especie de premeditación en cuanto a los medios de ejecución del delito. Se confunde de un lado en ese ordinal la premeditación de la cual han querido prescindir mis distinguidos colegas, con los medios o formas de ejecución del delito de homicidio, siendo así que son cosas distintas, pues lo último, v. g., la alevosía, puede existir y existe sin necesidad de lo primero; de ahí que los códigos penales modernos apliquen la misma y más severa penalidad al homicidio (que califican de asesinato) que se comete con premeditación o al que se comete con alevosía, asechanza, etc.

"Y aun cuando se diga—que no se ha dicho—que al hablarse de 'premeditación' no han querido referirse a la premeditación, la exigencia de ese requisito para los medios de ejecución, se presta a dejar por fuera del artículo, y por consiguiente eximidos de la más alta penalidad que se establece en el proyecto, muchos casos y muy graves, reveladores de una gran peligrosidad del delincuente, en los cuales se ataca a trai-

ción, a mansalva y sobre seguro, en que se sorprende descuidada e indefensa a la víctima, sin que hubiera habido tiempo ni oportunidad de la menor ordenación previa de los medios o forma de ejecución del delito. Quizá la fórmula que critico ha dependido de la doctrina que profesa el doctor Escallón, y que yo respeto pero no comparto, de que para que pueda hablarse de asesinato se requiere indispensablemente la concurrencia de la premeditación. Dentro de las normas colombianas y francesas vigentes, ello es así; pero no lo es de acuerdo con las últimas reformas penales, como ya he tenido ocasión de explicarlo".

Evidentemente hubo en las argumentaciones del doctor Lozano y Lozano una verdad grande, que responde a una necesidad de urgencia y que debió triunfar, no en la manera como el ilustrado penalista la planteó sino en una forma diversa. Aludo a la definición de premeditación. Ya era tiempo, con el caudal luminoso y enorme de doctrinas y estudios sobre la materia, materia que puede decirse agotada y que pasó del período evolutivo al de culminación y madurez completas, que en el Código Penal de Colombia existiese **nuestra tesis** de premeditación, en límites claros y precisos y en concepto legal bien definido, a fin de que cesara esta poco recomendable subjetividad del criterio para entender y aplicar la premeditación, la cual para unos falladores es una cosa distinta de como la conciben otros. Habría sido tarea provechosa trazar un derrotero, señalar una pauta, hacer un molde científico de lo que aquel fenómeno jurídico significa en la legislación colombiana, en nuestro medio, sin llegar, por supuesto, a la empírica noción del artículo 584 del C. P. de 1890. Vamos a seguir en una chocante disparidad de opiniones, en la teoría y en la práctica, defendiendo y combatiendo el **ánimo pacato** y admitiendo y rechazando el solo transcurso de tiempo entre la resolución y la acción.

Y evidentemente, también, al doctor Cárdenas le sobró razón en sostener como principio colombiano, el **asesinato** con premeditación o sin ella, en contingencias determinadas, indicativas de máxima peligrosidad, abandonando el viejo sis-

tema de que el asesinato requiere premeditación y ciertas circunstancias además. Por qué no puede llamarse asesinato el homicidio con premeditación sola? Por qué no puede denominarse asesinato el homicidio no premeditado en un pariente o en el cónyuge, o el que se perpetra no premeditadamente con alevosía, o con sevicia, o con incendio, etc.? De ningún modo. La tradición no es siempre la luz que guía y es, en cambio, muchas veces, el camino equivocado que entorpece el avance de la ciencia.

PREMEDITACION CONDICIONAL

Fue Carrara el primero que habló de esta modalidad de la premeditación, y el maestro la concibió y la estudió como aquella en que la **resolución** se hace depender de un hecho futuro e incierto, considerando él que la premeditación desaparece cuando la víctima realiza contra el victimario ese hecho incierto y futuro, que debe ser injusto y que debe provenir de una actividad del sujeto pasivo.

Si la condición la relaciona el agente activo con algo que puede acaecer independientemente del querer o voluntad de la presunta víctima, o con un proceder de ésta, no injusto, entonces la premeditación perderá el carácter de condicionada y **podrá ser** premeditación común o simple, según sea el criterio de quien aprecie el fenómeno. Ejemplos: piensa A que matará a B siempre que determinado día encuentre en su camino un animal de B; encuéntrase con el animal y a B lo mata A. O bien dice A que si B no lo saluda le dará muerte, y en efecto lo mata porque B no lo saludó. En ninguno de los casos es posible mencionar siquiera lo de la premeditación condicional, puesto que en uno no dependió el suceso de la actividad de la víctima, y en el otro la misma actividad de ésta no se tradujo en acto u omisión injusta.

Mas cuando A dice: si B vuelve a cortejar o enamorar a mi mujer lo mato, y lo mata porque B volvió a enamorar a la mujer de A, la premeditación no existe. Y no existe para Carrara porque la resolución criminal se hizo depender de un hecho futuro, incierto e injusto de la víctima contra el matador.

Para mí no es esa la manera de enfocar el asunto jurídicamente.

En primer lugar, porque la injusticia de la víctima, que es una ofensa grave, destruye la serenidad o la frialdad del ánimo, y sin **ánimo pacato** la premeditación carece de razón de ser.

En segundo lugar, el artículo 28 del C. P. de 1936 ampara a la persona que mata en las circunstancias allí indicadas y en las del artículo 382 **ibidem**, porque la premeditación condicional no estaría acompañada de motivos innobles o bajos (número 2o., artículo 363 del C. P. nuevo).

Y en tercer lugar, porque es requisito indispensable el transcurso del tiempo entre la **resolución** y la **ejecución**. Y si Carrara plantea el problema de la premeditación condicionada, subordinándola a que la **resolución** se haga depender de un hecho futuro, incierto e injusto, lo que en verdad pasa es que ningún tiempo transcurre entre la resolución y la ejecución, porque ambas son coetáneas.

Pessina e Impallomeni argumentan contra la teoría de Carrara, es decir, no aceptan la premeditación condicionada; pero Irureta Goyena escribe que Impallomeni "con todo cree que la resolución criminal puede en realidad subordinarse al cumplimiento de una condición o sea de un suceso futuro e incierto; y cuando eso se realiza no debe naturalmente admitirse la premeditación, porque la premeditación consiste en suspender la ejecución, en un intervalo de tiempo que se deja transcurrir entre la resolución y la acción, y si la resolución misma se subordina a una eventualidad, no puede existir premeditación". Lo copiado es nada menos que la última argumentación que expuse.

Y no vale replicar con Irureta Goyena: "En mi concepto la teoría de Carrara es falsa. Siempre que se diga que la premeditación condicionada consiste en una resolución dependiente de un hecho futuro e incierto, sea el hecho a realizarse por la víctima justo o injusto, la resolución está tomada y aplazada lo mismo en una hipótesis que en la otra". No es así. O está tomada o nó la resolución de matar. Si lo está, la condición apenas podrá ser la **oportunidad** de cumplir el propósito homicida. Y si no lo está, la condición aplaza la resolución, y ocurrido el hecho futuro, incierto e injusto de la víctima, no ha transcurrido tiempo alguno entre la resolución y la ejecución, aparte de que la injuria o la injusticia se opone al **ánimo pacato**.

Absolutamente no varía la cuestión con el ejemplo de Impallomeni que encuentra innegable la premeditación en el caso de "una mujer seducida que le ha pedido muchas veces a su amante que le cumpla su promesa de matrimonio, sin conseguirlo, y fatigada de tal afrenta resuelve exigirle el cumplimiento de su promesa una vez más, con el propósito de matarlo si la contestación fuese negativa".

La premeditación no se imputaría a esa mujer, conforme a lo ya dicho.

PREMEDITACION EN EL HOMICIDIO POR ABERRATIO DELICTI

Están divididas las opiniones en torno a si la premeditación débese o no tener en cuenta cuando A, por error respecto de la identidad de la víctima, mata a C creyendo que es B (**erroris personae**), o cuando el golpe dirigido a B recae en C (**aberratio ictus**).

Dos ejemplos nos aclararán el punto:

1o. A premedita dar muerte a B, y para ejecutar el hecho se arma de una escopeta y en determinado lugar espera a que B llegue; pero en vez de B llega C y A confunde a éste con el otro y le dispara y lo hiere mortalmente; y

2o. Premedita A quitarle la vida a B, se provee de un revólver y lo dispara contra su enemigo, más el proyectil, por mala puntería de A, hace blanco en C, el cual fallece.

El homicidio en cualquiera de esos casos es o no premeditado?

Pessina, entre otros, acoge la tesis de un viejo criminalista, Julius Clarus, quien sostenía que cuando la premeditación no coincide con el delito cometido, ella no existe y el homicidio es común o simple u ordinario.

"Todos los partidarios de esta tesis razonan, expresa Irureta Goyena, más o menos de la siguiente manera. Para que exista un homicidio premeditado son necesarios dos factores, uno de orden físico y otro subjetivo, vale decir, una muerte y cierta especie de dolo intensificado. Ahora bien: cuando se haya premeditado la muerte de una persona y por circunstancia llamada **erroris personae** o **aberratio ictus** no se mata a esa persona sino a otra, no se produce la concurrencia o conjunción del hecho físico y del hecho moral. Como la premeditación por

sí sola no se puede castigar, hay que dejarla de lado, y entonces el Juez no encuentra como materia punible otra cosa que el hecho escueto de la supresión voluntaria de una vida humana. Ese homicidio es simple y debe ser castigado como tal."

Nada hay más desacertado ni más indefensible que la dicha doctrina, la cual se apoya en su cimiento falso en absoluto.

Formada la premeditación en el ánimo del delincuente, con el proceso y características que necesita ese fenómeno, según las diversas ideas que en el particular profese cada cual, aquel elemento intensificador del dolo, o aquel dolo especialísimo que eleva la potencia del **ánimus necandi**, no tiene por qué desaparecer en la **aberratio delicti**, pues siempre ocurre en la supresión injusta de una vida humana, por más que haya sido víctima de esa supresión, equivocadamente, la persona C en lugar de la persona B, lo que es indiferente para la sociedad o el Estado y para el legislador, a quienes les basta o les debe bastar que el designio preconcebido de matar se cumpla, con **ánimo pacato** o sin él, con móviles antisociales o con cualquier motivo, en determinada persona o en una que el agresor confundió con la que era objeto del propósito, o que vino a recibir la muerte por **aberratio ictus**.

Entiendo que es puerilmente unilateral el razonamiento de los partidarios de la teoría que critico, pues se fijan, tan sólo, en la relación única del premeditador que mata con el que resultó muerto por error en la persona o en el **golpe**. Y así nadie niega, en verdad, que **A no premeditó dar muerte a C**. No quiso A matar premeditamente, ni **impremeditamente siquiera**, a quien mató. Mas la relación es incompleta, absurda, contra la naturaleza de las cosas, y agravia al criterio científico, desconectando los componentes que integran el acto humano en las contingencias que analizo.

Por qué? Porque la relación no es, no puede y debe no ser de A con C, apenas, sino, también, de A con B, para apreciar de modo pleno la actividad delictuosa de A que premeditó matar a B y mató a C por un error, sin que en el acto equivocado dejara de existir la premeditación que, aun cuando dirigida y encaminada a la muerte de B, acompañó a A en la muerte de C, perseverando el designio en el agente sin variar en lo más mínimo, persuadido el matador de que iba a satisfacer y de que satisfacía en efecto su previa resolución. Y es que sea

cual fuere la escuela penal desde donde se contempla el fenómeno, la **intención** es algo tan ineludible para juzgar el delito de A, que, pasarla por alto o prescindir de lo que significa, equivale a desintegrar arbitraria y tontamente el acto humano, y pecar contra elementalísimas nociones que el mismo sentido común nos está proporcionando con el poder que tienen las verdades elementales y evidentes, que por evidentes y elementales llenan la inteligencia con una luz que ni requiere prueba ni es muy fácil probar por qué nos alumbra y nos convence tanto.

Tuviera algún fundamento admisible la doctrina de Clarus y Pessina, de que la premeditación se descarta cuando el agente premeditador mata por **erroris personae** o por **aberratio ictus**, y entonces habría que llevar el problema, para ser lógicos, hasta sus extremas consecuencias: aceptando que en la **aberratio delicti** no se produce la conjunción del hecho físico y del moral o subjetivo, factores dizque necesarios en un homicidio premeditado, y estableciendo la relación unilateral e incompleta del victimario y la víctima efectiva, el homicidio resultante no sería ni un homicidio común o simple u ordinario, sino un homicidio culposo, puesto que el agente no pretendió inferir ningún daño a quien dio muerte por error en la persona o en el golpe, habiendo provenido la muerte de una falta de previsión.

Todavía caben acerca de la premeditación cinco preguntas que los autores formulan y resuelven de modos distintos:

1a. La premeditación subsistirá en el caso de que la muerte se derive de causas y designios que el mismo sujeto ponga en práctica, diferentes de los designios y causas con que empezó la ejecución del homicidio premeditado?;

2a. Es compaginable la premeditación con la enfermedad mental incompleta?;

3a. Coexistirá la premeditación con el impulso de la pasión?;

4a. En el homicidio ultraintencional puede concurrir la premeditación?; y

5a. La premeditación es circunstancia personal o real?

Un ejemplo de la primera pregunta: A le da puñaladas, premeditadamente, a B, y creyéndolo muerto lo arroja al agua, v. g., con el fin de ocultar el delito, muriendo B no por las heridas sino ahogado.

Carrara conceptúa que la premeditación no subsiste en el último acto porque no coincide ella con éste, y el insigne clásico sostiene que hay un concurso de delitos en lo que A ejecutó: un homicidio frustrado y otro culposo.

Solo se ha quedado Carrara con su teoría, puesto que lo que interesa averiguar es si hubo premeditación y muerte, que sí las hubo, y así el propósito de matar se cumplió amplia y efectivamente, no importando las causas inmediatas de la muerte para nada que tienda a menoscabar el fenómeno premeditador.

Ese concurso de delitos es incomprensible. En primer lugar, la frustración, si se admitiera, sería de un homicidio premeditado; y en segundo lugar, de dónde sale el culposo? Si A creyó que B estaba muerto por obra de las cuchilladas, el hecho de arrojar el **presunto** cadáver al agua será, apenas, un acto de imprevisión?

Y por qué ha de terminar la premeditación con el episodio de las puñaladas y no seguir con el episodio de echar el cuerpo al agua?

Un ejemplo de la segunda pregunta: A, débil mental, o epiléptico, o sordomudo de cierta clase, etc., se forma el propósito de matar a B y lo mata.

En Italia los tribunales han aceptado la agravante como compatible con el vicio parcial de la inteligencia, decisión que rechazan los criminalistas, y ni psicológica ni jurídicamente puede compaginarse la premeditación con la locura parcial, porque la premeditación es el proceso del entendimiento sano que delibera y madura su plan e intencionalmente resuelve perpetrarlo y lo lleva a efecto en determinado instante; y ese proceso de reflexión, ese dolo especialísimo, esa intencionalidad, no son propios ni pueden serlo del sujeto cuya mentalidad es enferma o afectada por algo que la mantiene perturbada de manera temporal, transitoria, o perpetua y definitiva.

Un ejemplo de la tercera pregunta: A premedita matar a B, se encuentra con éste y sin que A provoque recibe de B

una ofensa grave de palabra o de obra, y entonces A mata a B, cumpliendo su resolución tomada de antemano.

Para los autores de derecho penal que circunscriben la premeditación a los límites del transcurso del tiempo entre la resolución y la acción, es claro que A dio muerte a B premeditadamente.

Y para los sostenedores del **ánimo pacato** y de la antisocialidad de los móviles, es evidente que en A la premeditación no juega ningún papel como agravante o constitutiva de un homicidio agravado.

Los artículos 604, 605 y 606 del C. P. de 1890, y el artículo 28 del C. P. de 1936, resuelven el punto y no permitirían, bien entendidos, que al sujeto A se le imputara o atribuyera premeditación, porque el homicidio resultó no propiamente de haber resuelto cometerlo, sino de una provocación grave e injusta de B que dio ocasión a que se realizara el delito.

Y por otra parte, como no estaría la premeditación acompañada de "motivos innobles o bajos", no sería premeditación jurídica (número 2o. del artículo 363, C. P. de 1936).

Un ejemplo de la pregunta cuarta: A premedita causar a B un daño en su cuerpo o en su salud física o mental, y al cumplir esa resolución A le ocasiona la muerte a B.

Si no se olvida que en el homicidio ultraintencional falta el **ánimus necandi**, la premeditación de que hablo, para causar lesiones personales y no la muerte, puede concurrir con la preterintención, pero no para abrir campo a un homicidio premeditado.

Ya vimos al tratar del homicidio ultraintencional que el artículo 365 del C. P. de 1936 establece la sanción respecto del artículo 362, disminuía de una tercera parte a la mitad, y que no la relaciona con la forma agravada del homicidio—asesinato que reprime el artículo 363.

De suerte que la premeditación en el homicidio ultraintencional no estorbará nunca que el homicidio caiga bajo el precepto del artículo 362 (homicidio simple, común, meramente voluntario), y manifesté que no veía la razón para no referir el homicidio ultraintencional también a los casos del artículo 363, puesto que no podía ser lo mismo matar ultraintencionalmente a un extraño que al padre, madre, cónyuge, etc., o matar con

ultraintención por medio de un balazo o una puñalada, que matar con ultraintención por medio de veneno.

En lo de la premeditación que acompaña a un homicidio ultraintencional, el Código Penal italiano es de los más sabios y equitativos, pues dispone que el que con un acto dirigido a cometer una lesión personal ocasiona la muerte de alguno, será castigado con reclusión de 12 a 18 años en el caso de un homicidio común o simple; con 16 a 20 años en el caso de un homicidio en pariente, o con veneno y otros medios o circunstancias, y con no menos de veinte años cuando en el ultraintencional ha habido premeditación.

Naturalmente, en el homicidio ultraintencional en que concurra la premeditación de lesionar, no más, a una persona, aunque la represión aplicable en Colombia es la del homicidio ordinario del artículo 362, disminuída de una tercera parte a la mitad, esa premeditación sí se toma en cuenta pero como agravante general de la penalidad de dicho artículo, conforme a la norma del artículo 37, circunstancia 5a.

Al estudiar Carrara esta cuestión alega que hay concurrencia o reiteración formal de delitos: frustración de homicidio premeditado y homicidio culposo.

Pero cómo va a haber frustración de homicidio premeditado cuando no medió **intención de matar**? Y cómo va a haber homicidio culposo cuando hubo intención, o dolo, de hacer un daño diverso de la muerte?

Pregunta quinta: la premeditación es circunstancia personal o real? Frente a la legislación colombiana no tiene ese interrogante ninguna trascendencia, pues sea la premeditación circunstancia personal o real, sólo agrava la condición de aquellos en quienes concurre y no se extiende a los partícipes, a no ser que éstos las hubieran conocido de antemano (artículos 21 y 22 del C. P. de 1936).

Mas para la doctrina y la jurisprudencia la pregunta no carece de interés, pues existen autores y tribunales que a la premeditación le dan el carácter de real y la comunican a los partícipes (coautores, cómplices necesarios y cómplices de segundo grado o secundarios). Impallomeni sostiene que la premeditación es circunstancia real, y casi todos los criminalistas defienden la tesis de que es personal. Los tribunales ita-

lianos comulgan con esta última tesis, y los franceses, en cambio, la miran como real.

Impallomeni sostiene la **realidad** de la premeditación, porque dicho autor la hace consistir en la manera de ejecutar el homicidio, y así lógicamente se comunicará a todos los cooperadores en la muerte de un hombre.

No debería caber duda de que la premeditación es circunstancia personal o algo que se halla en la interioridad de quien la forma. Un fenómeno en absoluto subjetivo que no perjudica sino al sujeto que abriga el propósito, y que puede agravar la suerte del partícipe cuando el que coopera en un homicidio conoció la premeditación del otro.

Ha premeditado A matar a B, en el instante de ejecutar el hecho, C, por cualquiera causa, contribuye con A a la muerte de B, ignorando que A había premeditado el homicidio. Por qué, contra una elemental verdad el proceso puramente subjetivo de A debe agravar la situación de C? Eso no es posible.

CRITICAS A LA PREMEDITACION

Parece que hasta 1875 las discusiones sobre la premeditación fueron accidentales, puede decirse, sin que ningún autor negara el fenómeno, supeditándolo no más que a ciertos y determinados caracteres para que tuviese vida jurídica. Todos aceptaban que era una agravante esencial del delito de homicidio, y convenían en que, filosóficamente, merecía un aumento de la penalidad, por distintas razones.

Pero en 1875 el criminalista alemán Holtzendorff rechazó el criterio de la premeditación desconociendo que fuera una de las agravantes más cualificadas del homicidio, y ese autor, seguido después por la escuela de Antropología criminal, sostuvo que la antigua idea de la premeditación debía ser abolida y sustituida por el principio de la índole moral de los motivos de la acción delictuosa. Hacía ver Holtzendorff que es más temible el delincuente que mata sin premeditación, pero por un motivo antisocial, que el que mata con premeditación, pero por un motivo no antisocial por completo, y que, frecuentemente, la premeditación no indica sino la resistencia a la idea criminoso, la cual, para dominar el ánimo, ha necesitado cierto tiempo, mientras que en los homicidios imprevistos la idea

criminosa invade instantáneamente el ánimo que no le opone resistencia alguna.

Holtzendorff, en suma, se situó en el punto de que los móviles del homicidio son la única medida de la idoneidad criminal del que mata, y de que la motivación del acto es el criterio sustitutivo de la premeditación, la que no suministra dato alguno preciso para juzgar del temperamento moral del agresor y de su aptitud para delinquir.

Con sus ideas singulares Garófalo dice en LA CRIMINOLOGIA:

"No será inútil advertir que nosotros no hemos distinguido de los demás los homicidios más graves con arreglo al criterio de la **premeditación**, que es el dominante en la teoría de la escuela jurídica. El carácter del homicida instintivo no depende de la reflexión más o menos prolongada. La rapidez del acto no tiene relación alguna con la naturaleza corregible o incorregible del agente, y no es incompatible con la ausencia más completa del sentimiento de piedad. Por el contrario, un homicidio cometido con premeditación puede no ser la señal de la existencia de un gran criminal. Un eminente jurista (Holtzendorff) ha demostrado que la premeditación no implica la exclusión de la pasión, la cual se manifiesta por medio de una acción más o menos inmediata, según el temperamento del individuo.

"Puede ocurrir que un homicidio no premeditado sea indicio seguro de una crueldad instintiva, como cuando no ha mediado provocación por parte de la víctima. 'Los grandes criminales violentos, dice el doctor Despina, están tan desprovistos de sentimientos morales como los criminales de sangre fría'. Un hombre conocido ya por su carácter violento que, en una taberna, y en un momento de mal humor, busca pendencia con el primero que se le pone por delante, acaso con el mismo camarada con quien ha estado comiendo, lo insulta, lo golpea, lo exaspera, y cuando el infeliz reacciona tirándole un vaso a la cara, se apresura a clavarle un puñal en el vientre, puede muy bien presentar los caracteres psicológicos del asesino, aunque el hecho sea instantáneo e irreflexivo. Viceversa: una injuria gravísima, una injusticia notoria, que hayan amargado la vida de

un hombre, pueden impulsarle a realizar una venganza trágica; ha habido premeditación, y, sin embargo, puede ocurrir que el culpable no sea un gran criminal. Así es como ha acontecido que, conforme a nuestras leyes actuales, un anciano que había dado muerte al asesino de su nieto predilecto haya sido condenado a presidio (**bagne**), y que un marido que había disparado un pistoletazo a su mujer, cuyo amante había abandonado pocas horas antes el lecho conyugal, haya sido condenado a trabajos forzados de por vida; y mientras esto sucede, basta con que el homicidio más cruel no haya sido premeditado para que se imponga una simple pena temporal.

Lo que a pesar de todo es innegable es que la circunstancia de existir una ofensa grave y no merecida, hace que se asemejen la manera de sentir del homicida y la del común de los hombres, quitándole, en la mayor parte de los casos, su carácter de anomalía **excesiva**. El hecho de la premeditación no es, pues, siempre una señal de la extremada anomalía psicológica que caracteriza a los grandes criminales; dicha premeditación puede no existir en muchos homicidios cuyos autores son verdaderos asesinos, mientras que puede encontrarse en un caso en que el homicida no merezca en realidad este nombre.

Nuestra conclusión es, por tanto, que la crueldad con que se ha ejecutado el homicidio y la no existencia de una grave injuria por parte de la víctima son los dos criterios que deben reemplazar al de la premeditación para poder distinguir a los **asesinos**, es decir, a los grandes criminales instintivos de los demás homicidas, los cuales criminales instintivos pueden ser considerados como seres moralmente degenerados hasta el último extremo y perpetuamente insociables".

Garófalo llama **asesino** al criminal **típico**, al que carece de altruísmo y de todo instinto de benevolencia y de piedad. "Matará, dice, por dinero, a fin de apoderarse de las cosas de otro, por heredarle, con el propósito de librarse de su mujer y de casarse con otra, o para desembarazarse de un testigo, o para vengarse de un agravio imaginario o insignificante, o también para dar pruebas de su destreza, de la seguridad de su vista, de la fuerza de sus puños, de su desprecio a la guardia civil y de su aversión hacia una clase entera de personas".

Posteriormente a Holtzendorff, Impallomeni adujo nuevas

razones para desconocerle a la premeditación su categoría de agravante de la responsabilidad penal.

Expone Irureta Goyena:

"Dice Impallomeni: la premeditación es **accidental** o **natural**. Accidental, según lo manifesté en la conferencia anterior es la premeditación del sujeto que no realiza su intento por absoluta imposibilidad material, porque le falta los medios para ello, porque no encuentra a la víctima o por una circunstancia semejante. Natural es la premeditación cuando depende de la organización psico-física del sujeto.

"Ahora bien, en el primer caso, dice Impallomeni, la premeditación no nos sugiere nada respecto del temperamento, de la índole moral del sujeto. Por qué ha de ser más perverso, más inclinado al delito el individuo que no comete el homicidio en el mismo momento que lo resuelve, porque le fue imposible dar con la víctima, por ejemplo, que aquel que obedeciendo a los mismos móviles lo ejecuta a raíz misma de la resolución porque no encuentra impedimentos para ello? El mismo sujeto que por circunstancias superiores a su voluntad se vio obligado a aplazar el homicidio, lo hubiera cometido en el mismo instante en que lo resolvió, de no levantarse las barreras que paralizaron su brazo. Por consiguiente, cuando la premeditación es accidental, esta circunstancia no nos permite fundar ningún pronóstico de perversidad respecto del carácter del agente criminal.

"Falta examinar los casos en que la premeditación es natural, es decir, en que ella depende de la organización psico-física o psico-fisiológica del sujeto.

Hay sujetos que premeditan porque la premeditación es una condición **sine qua non** de su organización psíquica. Respecto de ellos la premeditación no permite tampoco sacar conclusiones desfavorables acerca de sus sentimientos. Los hombres premeditan o no premeditan según la constitución psico-física de que estén dotados. Se premeditan no sólo los actos contrarios a la ley penal, sino los que no tienen nada que ver con ella, y aún los que son indiferentes desde el punto de vista de la moral. No sólo hay criminales—permítaseme el neologismo—premeditativos, sino que hay también hombres de ciencia premeditativos, artistas premeditativos, hombres de Estado premeditativos, industriales y comerciantes premeditativos; es decir, que frente a la categoría de aquellos sujetos que por

una exigencia de su propio espíritu realizan el acto tan pronto como lo resuelven, existe otra de individuos que independientemente de la índole moral del acto, ponen siempre cierto espacio de tiempo entre éste y la resolución correspondiente.

"Ahora bien: si esto es verdad, como lo demuestra la más elemental observación, por qué ha de castigarse con mayor rigor al que premedita un homicidio, que al que lo verifica en el instante mismo de haberlo resuelto? Es que debemos castigar más severamente a unos hombres que a otros porque tienen una organización psico-fisiológica diferente, cuando esa organización no los hace ni peores, ni más temibles, ni más inaptos para la vida social?

"La premeditación figura en todos los códigos como agravante del homicidio, pero esa circunstancia debe hacernos vacilar en mantener su condenación. Las causas por las cuales la premeditación se ha filtrado, como agravante, en la legislación universal, son de carácter histórico y no filosófico. La premeditación se ha hecho lugar, como agravante, en el derecho positivo, debido principalmente al **faida** o sea la facultad que tenía la víctima o el pariente de la víctima, en los pueblos de origen germánico, de hacerse justicia por su propia mano, reprimiendo el agravio recibido. En las sociedades donde existía el faida este se hallaba subordinado a una especie de declaración previa de guerra; para que la venganza se interpretara como justicia, era preciso que el sujeto que se determinaba a tomar venganza de una persona, se lo avisara previamente. Ahora bien, dice el maestro, cuando se pasó de este régimen al régimen actual, cuando los hombres dejaron de hacerse justicia por su propia mano, estableciendo tribunales encargados de esa función, siguió considerándose que el homicidio premeditado era una especie de venganza sin aviso, de guerra sin declaración.

"Se razonaba más o menos así: cuando se premedita un crimen se oculta la intención. Si se oculta la intención, la víctima está desprevenida. Luego los tribunales se encuentran frente a un caso semejante al que se producía bajo el régimen de la venganza privada, cuando el sujeto tomaba represalias sin previa declaración de guerra. Tal es el verdadero origen de la agravante examinada.

"Además de este antecedente cita Impallomeni otro que también ha contribuído, en su concepto, a naturalizar la premeditación como agravante en el derecho positivo.

"En las antiguas sociedades las pasiones tenían una violencia excepcional, destacándose entre ellas la pasión de la venganza. El cristianismo trató de reaccionar enérgicamente contra esas explosiones del odio que hacían imposible la vida social. En los discursos de los primeros apologistas cristianos se pinta frecuentemente la venganza como una manifestación del espíritu pagano....

"Este sentimiento de origen cristiano, cultivado como una reacción contra las inclinaciones a la venganza que era natural bajo la influencia del paganismo, influyó también en el espíritu del legislador para que la premeditación, que suponía la permanencia de la cólera, agravara los homicidios verificados con su concurrencia o intervención. Hasta aquí el maestro".

Que los móviles nos dan, principalmente, la idea precisa y clara de la peligrosidad o aptitud delictiva, y la base para una mayor o menor penalidad, sin atender al concepto de la premeditación, son asertos indiscutibles y racionales si nos colocamos en frente del duelo, materia de que trataré a su tiempo con la amplitud necesaria.

Si de un duelo resulta la muerte de uno de los combatientes, o si se concierta un duelo a muerte, en donde podría haber una más innegable premeditación? Y, sin embargo, las legislaciones penales, en su gran mayoría, reprimen el homicidio en duelo no como homicidio sino como figura jurídica especial, de un modo atenuadísimo, y todo por la naturaleza de los móviles que no son antisociales, indignos o bajos, sino porque el duelo es la defensa de la propia honra, la reparación del honor, la sangre vertida que lava las injurias, motivos que tienen su nobleza y su altura de miras.

La doctrina de Holtzendorff y de Impallomeni triunfó en el ánimo de los miembros de la comisión que elaboró el proyecto de Código penal en los años de 1934 y 1935, proyecto que el Congreso colombiano hizo Ley de la República en 1936.

Había quedado en el proyecto que presentó la comisión al ministro de gobierno, reprimido el homicidio con diez y seis a treinta años de presidio, si el hecho se cometiere:

- "1o.
- "2o. Sin motivo alguno o por motivos fútiles.
- "3o. Para preparar, facilitar o consumir otro delito.
- "4o. Después de haber cometido otro delito, para ocultarlo, asegurar su producto, suprimir las pruebas o procurar la impunidad de los responsables.
- "5o. Con cualquier circunstancia preordenada al delito que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento.
- "6o. Valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, o abusando de las condiciones de inferioridad personal del ofendido.
- "7o.
- "8o. Por medio de incendio, inundación, siniestro ferroviario u otro de los delitos previstos en el Título VIII de este Libro.
- "9o. Por precio o promesa remuneratoria".

Y qué es, en suma, lo copiado, sino la antisocialidad de los móviles, la fijación de éstos, con prescindencia de la premeditación, para establecer la más alta penalidad, la circunstancia de los modos de ejecución en algunos casos, circunstancia que no es otra cosa que la motivación determinante indigna, cobarde y ruin?

Ese artículo, el 382, del proyecto, corresponde al 363 del Código Penal (Ley 95 de 1936) que reza:

El homicidio toma la denominación de asesinato y la pena será de quince a veinticuatro años de presidio, si el hecho previsto en el artículo anterior (aclaro: el que con el propósito de matar ocasiona la muerte a otro) se cometiere:

- "1o. Contra la persona del ascendiente o descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del hermano o la hermana, padre, madre o hijo adoptivo, o afín en línea recta en primer grado;
- "2o. Con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos;
- "3o. Para preparar, facilitar o consumir otro delito;

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

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

"6o. Valiéndose de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, o abusando de las condiciones de inferioridad personal;

"7o. Con sevicia;

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

"9o. Por precio o promesa remuneratoria."

Acerca de la motivación nos dice Florián:

"Cuando por el contrario se considera el dolo, no sólo como uno de los elementos del delito, sino, además y sobre todo, con el criterio de obtener algo que revele verdaderamente el ánimo y la personalidad del delincuente y nos ponga de manifiesto su peligrosidad criminal, entonces resulta evidente que la indagación del tercer elemento indicado (362), del **motivo** psicológico, debe hacerse siempre y de manera metódica.

"Generalmente considerado, el motivo se presenta como la razón psicológica, el motor—por decirlo así—del obrar humano. En nuestra materia el motivo es la razón psicológica del delito. El motivo psicológico del delito consiste en la representación que en el ánimo del agente se realiza del bien que debe alcanzarse y del mal que debe evitarse mediante la ejecución del delito, y en fuerza y vista de la cual él se determina a realizarlo. Ahora bien, es indiscutiblemente el motivo psicológico que impulsa al delito el que confiere al mismo el verdadero carácter moral, social y jurídico; es el motivo el que resume y expresa el significado del delito cometido, desde el punto de vista del daño y del peligro social".

CAMPO ELIAS AGUIRRE