

EL HOMICIDIO

(Continuación)

(Del libro "Misceláneas Penales")

Catorce. En el antiguo código, y con relación a la riña, tenemos lo siguiente:

a). El capítulo séptimo del libro tercero del código, que trata, genéricamente, de riñas o peleas. Es decir, que la riña es un delito específico, lo que no sucede en el nuevo articulado punitivo, donde es una mera forma circunstancial de los delitos de lesiones y homicidio.

Este capítulo del abolido código, definía la riña (art. 667); explicaba quién la provocaba o promovía y cómo podía aceptarse (art. 668); determinaba circunstancias de irresponsabilidad en la riña (669) y fijaba la penalidad (art. 670 y siguientes).

b). En el homicidio, el art. 585 afirma que "la intervención de riña, provocada o principiada por el homicida, no se opone, y antes justifica la premeditación". En el estudio sobre este tema demostraremos que ni en teoría ni en la realidad la riña se opone a la premeditación, pero que no la justifica en forma alguna.

En el artículo 586, dos numerales se referían a la riña: el 3o. explicando que un homicidio premeditado se convertía en el viejo asesinato cuando se empeña a la persona asesinada en una riña o pelea provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de éste, y el numeral 9o.—que también comentaremos en el estudio sobre la premeditación—decía que es asesinato el homicidio premeditado cometido "en el acto de una riña provocada por el contrario, por cualquier medio, pero empeñada por el homicida, con la concurrencia de

alguna o algunas de las circunstancias indicadas en los números precedentes".

El art. 587, en su numeral 1o. dice: "El homicidio se reputa simplemente voluntario cuando se comete mediando alguna de las circunstancias siguientes: 1o. Por una provocación, ofensa, agresión, violencia, ultraje, injuria o deshonra grave, que inmediatamente antes del homicidio se haga al propio homicida, o a su padre o madre, abuelo o abuela, hijo o hija, nieto o nieta, marido o mujer, hermano o hermana, suegro o suegra, yerno o nuera, cuñado o cuñada, entenado o entenada, padrastro o madrastra, o persona a quien se acompañe. En este caso se comprende no sólo el que mata a virtud de la provocación, sino el que por ella promueve riña o pelea, de que resulte la muerte al ofensor". Y en su numeral 7o. agrega: "Por causa de una riña provocada por el que murió, ya directamente, ya por medio de ofensas, agresiones, violencias, injurias o deshonras suficientes para excluir la premeditación causadas a su contrario, siempre que no haya traición o alevosía de parte del homicida".

El caso del numeral 1o. de este artículo era de los homicidios simplemente voluntarios más graves penados por el art. 600 con seis a doce años de presidio, mientras el caso del numeral 7o. era de los menos graves, castigado con tres a seis años de reclusión según el artículo 602.

Los artículos 596 y 603 de la obra citada traían otros dos casos de riña, así:

"El que provocado por alguna ofensa, agresión, violencia, injuria o deshonra leve, de las que no excluyen la premeditación, promueva riña o pelea contra el ofensor, y riñendo o peleando con él, lo mate, sin traición ni alevosía, sufrirá la pena de ocho a doce años de presidio". (art. 596).

"Si el homicidio tuviera lugar en una riña no provocada ni aceptada por el agresor, en la cual se vio envuelto de una manera puramente casual, la pena será de uno a cuatro años de reclusión. (art. 603).

c). En el delito de heridas, existía el art. 661 a virtud del cual "en los casos de heridas o maltratamientos causados en riña, sin traición ni alevosía, las penas señaladas en los artículos anteriores se reducirán a la mitad para el provocador, y a la tercera parte para el provocado".

d) Finalmente, el artículo 769 excluía del delito de "amenazas"

a las que se hicieran en el acto de riña o pelea, las cuales no estaban sujetas a pena especial "sino a las que correspondan a la injuria u otro de los referidos actos que se verifiquen".

Como se ve, para el homicidio hay varios casos en que se confunden la promoción y la provocación, mientras en las heridas sólo se trata de provocado y provocador. La jurisprudencia, en caso de duda, tiene a ambos contendores como provocados, no porque en realidad pueda darse el caso de dos provocados sino por aplicación benigna de la penalidad por razón de que la duda resulta en favor del condenado.

En cambio de todo este sistema, en el nuevo código:

- a) No existe el delito específico de riña;
- b) En materia de homicidio solo podemos señalar el artículo 384, extensivo a las lesiones;
- c). En las lesiones no existen las viejas categorías de provocado y proyocador.
- d). No hay delito de amenazas, y, por tanto, no se conoce la excepción del viejo artículo 769.

Estudiaremos, ahora, el prenombrado artículo 384 que a la letra reza: "Cuando el homicidio o las lesiones se cometieren en riña que se suscite de un modo imprevisto las respectivas sanciones de que tratan los capitulos anteriores, se disminuirán de una cuarta parte a la mitad".

En primer término, sepamos qué es riña.

El viejo Código decía que era "un combate singular entre dos o más personas, bien sea que entren en él por mutuo consentimiento o a virtud de provocación de una de ellas, o por cualquier accidente fortuito".

En todo caso en la riña hay un combate material, una pelea física, una lucha violenta entre dos o más personas, las cuales se cambian golpes con intención de lesionarse o matarse.

Pero dentro de la nueva técnica, esta definición es puramente gramatical, porque como la riña no es ya delito específico sino una circunstancia de realización, es necesario, además, que resulte una lesión o un homicidio para que pueda caer bajo el dominio de la legislación penal.

Por tales razones, no es posible confundir la riña con discusiones más o menos violentas en que no hay posibilidad de resultados lesivos, dicen algunos autores. Pero nosotros creemos que en un altercado de esta clase sí pueden haber resultados lesivos, ya que

en el moderno concepto las lesiones son alteraciones de la salud, perturbaciones psíquicas o daños en el cuerpo, y las alteraciones de la salud o las perturbaciones psíquicas se pueden producir por medio de un altercado, dentro del cual las ofensas o imputaciones determinan uno y otro de esos resultados.

Lo que quiere decir que si los altercados no deben tomarse como riña es porque no son combates materiales, no porque no produzcan resultados lesivos y aún en casos extremos la misma muerte.

Y todavía debe tenerse en cuenta para precisar mejor el concepto de riña, lo siguiente: si se entiende por tal el canje de golpes con intención lesiva entre dos o más personas, debe tenerse cuidado de no confundir la riña con la lucha material que se entabla después de una justa iniciación por parte de uno de los rijosos, que no lo es, jurídicamente.

Queremos significar con lo anterior que lo que determina en general la fisonomía jurídica de la riña es su modo de iniciación. De otra suerte, como dice un autor, quedarían comprendidas en la definición de peleas, las entabladas por una persona contra su injusto agresor destinadas a la defensa, y se involucrarían en la definición de riña, las contiendas de repelición, de evitación, que en ocasiones trae aparejadas el ejercicio de la legítima defensa.

Y si ésto técnicamente es fácil de explicar, en el sistema probatorio si ocurren problemas sobre los cuales—casi sin ser escuchados—hemos sostenido una terrible lucha contra jurados inexpertos y jueces a quienes el ejercicio de la judicatura predispone a una manifiesta severidad.

Con frecuencia los testigos de un proceso declaran: "Oí un vocerío y corrí. Al llegar al lugar X ví que los ciudadanos A. y B. reñían, es decir, se tiraban con armas blancas, golpe va y golpe viene, a consecuencias de cuya pelea resultaron con varias heridas".

Hemos tachado estos testimonios basados en razones poderosas, no en cuanto prueban quienes son los autores materiales de los hechos, sino en cuanto ellos no demuestran, como sin descanso lo afirman fiscales y jueces, la presencia de una riña.

Para sustentar esta tesis nos basamos en que el principio sustantivo no puede ser otro sino que el comienzo de un hecho marca la fisonomía jurídica del acto. Y no conociéndose el principio, se ignora esa fisonomía y no puede aseverarse, en el caso, la existencia de la riña.

Por otro lado, si no cursan sino testimonios de esta clase, y uno de los sindicados sostiene haber entrado en la pelea en posición de repeler una injusta agresión, esta cualificación, no desmentida, debe aceptarse.

La circunstancia de que los testigos afirmen la existencia de una riña, no puede obligar a los jueces a tener una lucha como tal, porque si esos testigos, cuando llegaron al lugar de los sucesos, encontraron un hecho comenzado, su declaración no comprende la integridad del hecho y, por tanto, no pueden ser prueba de las modalidades o circunstancias del delito.

Bien pudo suceder, en el ejemplo estudiado, que A, sin motivos justos, agrediera con un golpe a B., golpe seguido de otro o al menos revelador de un ánimo deliberado de inferir a B. un daño en su integridad personal o aún de darle muerte. B., ante la injusticia del ataque, reacciona para repeler a su injusto agresor y se traba, así, una lucha con ánimo lesivo: en este instante, atraídos por el ruido del combate, llegan los testigos.

Ocorre, claramente, que el sindicado B., hirió a A, en legítima defensa, no en riña.

Por eso algunos códigos dicen expresamente que no hay riña en ese caso.

Consideramos innecesaria esa disposición que puede reemplazarse con un recto entendimiento del fenómeno jurídico de riña

Tampoco hay que confundir la riña con la lucha en duelo. No como dicen algunos autores porque la riña deba ser repentina, pues los adversarios a veces se citan a luchar sin los caracteres del duelo, y premeditan, sino porque este último es un desafío concertado previa determinación del lugar, armas, manera general de usarlas, tiempo de duración, presencia de padrinos y otras reglas.

El viejo código hablaba de riña con ventaja por parte de quien la empeña.

El profesor mejicano González, el único autor que ha profundizado en el estudio jurídico de la ventaja, a la que llama "aerolito caído en el derecho mejicano", y quien afirma que la ventaja no es cualquier clase de superioridad sino aquella en la cual el ofensor emplea los medios que no dan lugar a la defensa, dice así:

"La riña excluye la posibilidad de cualificativa de ventaja porque, como más adelante estudiaremos, para que la ventaja pueda ser estimada como cualificativa, es preciso que sea tal que el delincuente no corra riesgo alguno de ser muerto ni herido por el ofen-

dido, siendo así que en la riña, la mutualidad de acciones violentas con potencialidad lesiva, trae aparejado riesgo recíproco para los adversarios”.

Por tanto, cómo debe tenerse la riña en nuestro derecho?

a). Como una circunstancia o modalidad del hecho delictuoso que debe apreciarse para graduar la penalidad (art. 36) cuando no es imprevista (art. 384).

b) Teniendo cuidado de no confundirla con la defensa legítima y resolviendo la duda en favor del reo cuando los testigos no conocieron el principio del acto.

Pero, qué es riña imprevista?

Algunos han querido confundirla con la riña casual de que hablaba el art. 603 del viejo código, es decir, aquella que por no ser resultado de ninguna causa, resultaba fortuita. Aunque algunos jueces de hecho la afirmaron, ciertamente ha sido muy vaga la jurisprudencia sobre este caso.

Pero consideramos que la riña imprevista es la que se opone a las siguientes clases:

1o. Aquella en que dos o más contendores, sin las características del duelo, se acuerdan para ir a combatir.

2o. Aquella en que uno de los agentes premedita la lucha y ataca, pero el atacado, en lugar de limitar sus actos a la defensa, entra en la lucha con ánimo lesivo superior no solo al del atacante en la intención sino en el vigor de los medios empleados y en la decidida persistencia en la lucha, caso en el cual su imprevisión se convierte en una verdadera previsión instantánea.

Por tanto, riña imprevista es aquella que se suscita ocasionalmente y que no sólo no había sido premeditada sino que fue empeñada sin prever antes la posibilidad de ella, y en cuyo desarrollo no se nota una previsión especial que reemplace la anterior al combate.

HOMICIDIO EJECUTADO CON INTERVENCION DE VARIAS PERSONAS

"En los casos 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 por el artículo correspondiente, disminuída de una sexta parte a la mitad", dice el art. 385 del Código en estudio.

De suerte que cuando es posible determinar el autor, parece no existir el problema. Sin embargo, la técnica de este precepto nos parece defectuosa, dado el caso de que cuando varias personas intervienen en un hecho criminoso de sangre, puede determinarse el autor pero siempre restará la fijación del grado de participación que corresponda a sus acompañantes como coautores (concurso recíproco), auxiliadores, encubridores, etc.

Para las personas que intervienen en un hecho y lo realizan sin que se sepa quién o quiénes lo realizaron (puede haber una o varias heridas) ni cuándo intervinieron (pudo alguien intervenir cuando ya la herida causante de la muerte estaba inferida), ni en qué grado (heridas de mayor o menor gravedad), el código adopta esa solución que se ha llamado de la complicidad correspectiva.

Nosotros creemos con Manzini que ésta es una grosera solución empírica. Ni el criterio de la defensa social está allí garantizado, porque se pena, por igual, a todos los individuos. Ni el principio del libre arbitrio, porque se castiga, como dice González de la Vega, como responsable de homicidio a aquellos de quienes no se tuvo prueba de la relación de causalidad entre sus acciones y el daño causado.

Esta disposición, inspirada en el criterio de que por falta de pruebas debe castigarse a todos los presentes, confunde las nociones fundamentales del derecho social de castigar con una absurda política de reemplazar la falta de probaciones con una disposición sustantiva tan débil que ella misma consagra la posibilidad tremenda de su injusticia cuando rebaja la pena.

Esta rebaja sí que es curiosa. O no se es autor del hecho realizado, ni coautor ni cómplice o auxiliador, o se es algo de esto. En el primer caso, injusticia. En el segundo, injusticia, porque la concurrencia de varias personas en el sistema antiguo era un agravante terrible y en el del nuevo código es una causa de mayor peligrosidad sin duda alguna. Tanto que hay casos, como los definidos por

los artículos relativos a hurto o robo, en que la concurrencia de más de tres personas agrava la penalidad, y en el homicidio, esa pluralidad de agentes determina la mayor indefensión de la víctima.

Autores muy conspicuos proponen que el ataque entre varios—cuando no se caractericen o prueben las lesiones o el homicidio—se eleve a la categoría de un delito específico, caso en el cual también debería señalarse a cada uno el grado de su intervención.

El hecho es que gran número de códigos traen ésta o semejantes disposiciones, y que, vigente, se presentan problemas prácticos:

a). Varios individuos actúan para matar o lesionar a un sujeto, pero se sabe quién propinó la herida mortal o infirió la lesión. En este caso, debe estudiarse si los otros son coautores, cómplices, encubridores, etc. Porque el saberse quién es el autor material no excluye a los acompañantes de las posibles relaciones delictuales que cualquiera puede tener con el que actúa materialmente.

b) Intervienen varios individuos en la muerte injusta o en lesión, también injusta, de otro, pero recibió varias heridas mortales el occiso, o varias lesiones el ofendido. Se sabe que una herida mortal fue causada por un sujeto, pero no se sabe quién o quiénes causaron las otras. Lo propio si se trata de lesiones.

Nosotros creemos que en este caso no se conoce al matador y que por lo tanto, hay que aplicar la disposición transcrita, porque mal pudiera adjudicarse la muerte al autor de la herida mortal que se conoce quién causó, sin saberse si es autor de otras heridas mortales. No pasa lo mismo, sin embargo, en las lesiones: la lesión causada por un sujeto, se imputará a éste que es el autor de ella, ya que es posible medir sus resultados. Las demás lesiones deben imputarse a los concurrentes restantes, en la forma general prevista por el art. 385.

c) Concurrencia, en caso de homicidio con intervención de varios, de heridas mortales y de lesiones no mortales.

Sabido el autor de las heridas mortales, creemos que los autores de las lesiones que no lo son, deben pensarse como coautores si su unidad de fines con el homicida está probada. No estándolo, ni siendo posible señalarlos como auxiliares o cómplices, no pueden ser penados por lesiones simplemente, pues concurrirían dos delitos en un mismo hecho, y dos delitos que se excluyen, ya que no creemos posible que un muerto sea lesionado.

No sabiéndose el autor de las heridas mortales, aunque se sepa

el autor o autores de las lesiones, creemos que todos deben ser castigados como homicidas. Se nos objetará que aquí, al menos si no sabe quién mató, sí se conoce quién no mató. Pero respondemos que esta objeción es para legisladores, no para aplicadores de la ley, y que, por otra parte, el hecho de lesiones justifica la condenación en cuanto al menos explica y prueba una actitud agresiva cuando pueden haber otros condenados cuya agresividad no se conozca y apenas se presume en virtud de lo dispuesto por este curioso artículo legal.

LA PREMEDITACION

En éste seguimos las líneas generales de un estudio nuestro que en el año de mil novecientos veintiocho (1928), cuando éramos estudiantes de tercer año de derecho, mereció el primer premio en el concurso anual de monografías que celebraba periódicamente nuestra Escuela de la Universidad de Antioquia.

Premeditar (pre-meditare) como su nombre lo sugiere aparentemente, significa meditar con anterioridad.

Hablando en términos generalísimos de premeditación en el delito, debe entenderse—toda vez que el delito siempre es un hecho, positivo o negativo—que hay delito premeditado cuando el hecho que lo constituye se ha **MEDITADO** con anterioridad.

Pero debe entenderse la meditación en su riguroso sentido filosófico: detención, realizada en el tiempo, bajo condiciones determinadas, del entendimiento sobre el objeto que persigue, una vez que él ha sido movido por la voluntad.

Lo anterior indica, de por ahora, que todo acto premeditado es un acto voluntario, lo cual no obsta para que en los actos cuyos resultados no se quieren directamente, haya también premeditación por haber recaído ésta sobre el hecho que motiva las consecuencias.

Como acto voluntario, está determinado por un móvil aparte de las otras razones que impulsen su realización. Y estos móviles, como se verá más adelante, son factores de gran importancia.

Nótese que no hablamos de voluntad libre ni de libre entendimiento. Si determinados factores inducen al hecho premeditado al individuo determinado por la herencia, el medio, la educación, etc., este sujeto, al premeditar, es tan responsable de su acto, a la luz de la doctrina del nuevo Código, y la nuestra, como otros. Sólo sobre la valoración de los móviles admitimos hoy punibilidad de la premeditación, y hasta el hecho de considerarla como

causa atenuante y sólo sobre los factores individuales y del caso mismo debe apreciarse si hubo o no premeditación.

Generalmente, esquivan los Códigos la definición de la premeditación. El de 1890 sólo define el homicidio premeditado, de donde se ha tomado, extensivamente, dicha definición para otros delitos. Dice así: "El homicidio es premeditado cuando se comete voluntariamente, y ha sido precedido de una deliberación o resolución previa de cometerlo".

El moderno, habla de circunstancias de mayor peligrosidad y dice:

"La preparación ponderada del delito": El artículo sobre asesinato, habla de "premeditación acompañada de motivos innobles o bajos".

La vieja definición del Código entraña un error, porque el término premeditación pertenece a aquellos sobre los cuales los avances de la ciencia penal y de la técnica jurídica imponen a diario, serias rectificaciones, y si el Código somete a los falladores y a los abogados determinadas definiciones, sobre la base de ese cartabón no podrá prosperar la jurisprudencia.

En segundo lugar, adolece de serios errores, puesto que si se habla de deliberación, se habla de acto voluntario, pues que ésta es la facultad que escoge, determinada o no por tales o cuáles factores, pero escoge la ruta del delito, o huye de él.

Y si deliberar consiste, como algunos lo creen, en pasar de un estado a otro, esa definición resulta absurda, porque las vacilaciones aun miradas con el solo criterio etimológico, no pueden considerarse como una meditación sobre el delito, sino como paso del delito al no delito, con intermedios que van, como veremos, desde el deseo a la intención, de ésta a la resolución, de ésta, nuevamente, a una de las formas anteriores, etc.

Si por deliberación entiende la resolución anticipada, bien puede decirse que premeditar un delito consiste simplemente en resolver previamente su comisión y prepararla ponderadamente. Por esto, parece que sobra algo a la aludida definición del antiguo estatuto penal.

Además, eso de ser "precedido" de resolución "previa", ciertamente resulta un pleonasma no muy elegante.

Para dar una noción exacta sobre lo que es premeditación, y con los elementos que el anterior análisis puede suministrar, haremos

un estudio del acto del hombre, que es el que llamamos voluntario en términos generales.

Haciendo la descomposición relativa a la forma de sucederse el acto, que resulta un sistema menos metafísico y más positivo, puede procederse así: Hay primero excitación externa, principio del llamado conocimiento; una transmisión centripeta, que conduce la excitación externa a los centros superiores; la verificación de los altos fenómenos de la conciencia y la subconciencia, la elección, la intención, el deseo, la resolución, las diversas desintegraciones o integraciones de estos estados, como veremos, etc., y una excitación centrífuga que lleva al exterior, traducidas en ordenes, para convertirse en actos materiales, las internas resoluciones que se producen muchas veces después de varias excitaciones externas y varios procesos internos.

Algunas excitaciones externas y el acto material que resulta de ellas se cumplen con tal instantaneidad, que no se conoce en esos casos sino la causa externa y un coetáneo movimiento, que si no es, si resulta coetáneo para nuestros sentidos. Desde el punto de vista de la escuela clásica, que afirma que los actos sin previos conocimiento y voluntad son inimputables, ésto resulta axiomático, porque acaso esos actos son instintivos, proceden de un reflejo y son comunes con otras especies animales. Pero desde el punto de vista del nuevo Código, esos actos—que en tesis pasada apreciamos con el viejo criterio—no pueden tenerse como inimputables, porque la infracción que de ellos resulte, estando señalada como delito, ocasiona sanción según el art. 11. Y desde el punto de vista de las nuevas escuelas, nosotros afirmamos que el hecho resultante, si está instituido como delito, debe punirse, no precisamente porque no sea acto libre, o porque lo sea, sino porque, siéndolo o no, en todo caso puede revelar una peligrosidad exagerada, ora dependa de factores herenciales, ora de medio ambiente, ora de defectos de educación, es decir, que no nos interesa sino el síntoma de peligrosidad que una reacción instintiva pueda representar, precisamente por existir esas causas solas o combinadas. La defensa social, en este caso, porque se trata de un hombre que reacciona con una instantaneidad casi anormal, puede llegar a ser más urgente, necesaria y drástica.

Si dada una excitación externa, el movimiento no es instantáneo—para seguir a Sergi—sino que entre la excitación y el movimiento media un tiempo durante el cual se realizan los actos del conocimiento y de la voluntad, libres o no (como cada uno quiera se-

gún sus convicciones filosóficas), sin que a la resolución siga otro tiempo, el acto ya no es reflejo, como llamarían los clásicos al anteriormente descrito, sino simplemente voluntario (puede ser primo, especie del simplemente voluntario en nuestro viejo código).

Pero cuando a la resolución sigue un tiempo, durante el cual la idea se acaricia—digámoslo así—con plena conciencia del fin, puede haber una premeditación.

En pasada ocasión dijimos que hay una premeditación; pero hoy encontramos esa afirmación categórica reñida con la moderna doctrina, y hasta en contradicción con puntos expuestos en aquel estudio.

Para seguir el esquema, diremos que a estas tres categorías de actos—cuando de delitos se trata—corresponden, en abstracto, tres clases de dolo: el **dolo afectivo o de ímpetu**, que se llama también dolo imprevisto, del cual resultan hechos imputables en determinada escala; el dolo simple o **simplemente deliberado**, de cuyos resultados también se es responsable, y el dolo **premeditado** o de propósito, del cual nos ocuparemos.

Nótese que usamos la vieja paridad clásica adoptándola al sistema comparativo del desarrollo del hecho mismo.

Dentro del nuevo Código, el dolo de ímpetu y el simplemente voluntario, son, para nosotros, idéntica cosa, con una diferencia: puede presentarse el caso de que un hecho realizado en dolo ímpetu no sea tan significativo para el criterio clásico como uno realizado por dolo simple. Pero para nosotros, ya no el hecho, sino el individuo que realiza un acto delictuoso en forma de dolo impetuoso, puede acusar mayor peligrosidad que quien procede por dolo simple, por razones expuestas antes, aunque puede presentarse el caso inverso, o diversas gradaciones de peligrosidad.

En el dolo premeditado ocurre cosa idéntica, dependiente de múltiples factores personales. Véamos ésto.

Para hacer una ligera construcción anticipada, hemos tomado la definición etimológica, y la anterior gradación clásica. Siguiendo este aprovechamiento de elementos ya dominados por el común de las gentes, podemos decir, para adelantar la construcción de un sistema definitivo:

Tres elementos generales pueden admitirse, en abstracto, para la existencia de la premeditación. Decimos en abstracto, porque en cada caso concreto, debemos estudiar las individualidades y el hecho

mismo. Este concepto, ahora imposible de entender, lo aclararemos adelante.

Los tres elementos son: reflexión hasta o desde la resolución; resolución acariciada en el tiempo y frialdad de ánimo.

No es raro entre nosotros ver el caso de que se crea que la premeditación consiste en el primer elemento. Frecuentemente ocurren casos como éste: "Un sujeto A se enemista fuertemente con B y aun profiere amenazas en su contra. Continúa la enemistad y un día A da muerte a B., en un encuentro cualquiera".

La enemistad da margen para afirmar la reflexión sobre el delito y las amenazas se tienen como manifestación de esa reflexión.

Esto a todas luces es un error. Porque A bien pudo haber contraído aquella enemistad y pensar entonces en matar, y así manifestarlo. Y luego desistir de su empeño y olvidar su deseo, deseo que pudo haber renacido al contacto de la circunstancia ocasional que dio lugar al delito. Premeditó ese hombre? La respuesta bien puede verse en las suposiciones hechas: se trata de un caso simplemente voluntario.

De suerte, pues, que debiera tenerse más cuidado en la apreciación de estos hechos y no unir con la mente, o con la imaginación, circunstancias distantes en el tiempo y que no sabemos qué continuidad hayan tenido en la mente del agente criminal.

Este primer elemento—reflexión—es preciso en absoluto. Quien resuelve cometer un delito sin previa reflexión, instantáneamente a la ofensa, v. gr., y luego tarda en ejecutar el hecho, BIEN QUE NO EN CIRCUNSTANCIAS DE REFLEXIONAR SOBRE LA RESOLUCION, no puede considerarse como reo del delito premeditado.

El ejemplo es sencillo: Un hombre sorprende a una mujer en flagrante adulterio, y no la ultima allí mismo porque no tiene arma. Resuelve instantáneamente darle muerte y por espacio de unas pocas horas—supongamos—se da a la incesante tarea de buscar el arma y a la víctima. Si mata después de este tiempo, puede decirse que hubo premeditación? No la hubo. Porque en ese hombre no existió reflexión antes de la resolución de matar, ni después de ella: no hay un grado máximo de voluntariedad, que dirán los clásicos.

Por esto se exige, pues, una reflexión anterior a la resolución o posterior a ella, pero en todo caso, naturalmente, anterior al hecho.

b) Resolución acariciada en el tiempo.

Pero bien puede un agente criminal haber reflexionado sobre la

comisión de un delito. Si en su mente no hay resolución, acariciada en el tiempo, no hay premeditación: hay un principio de ella.

c) Frialdad del ánimo. Parece que esta condición no debe ser absoluta, por la sencilla razón de ser un hecho admitido que la pasión—que suele romper la calma del ánimo—permite, según los casos y según las personas, la reflexión.

Estas tres condiciones que se exigen, en abstracto, juegan, dentro del nuevo criterio de individualización del derecho penal, un papel muy vario y complejo.

En efecto, podemos presentar los siguientes tipos generales de premeditativos, que luego relacionaremos con la tesis anterior:

Individuos en quienes la resolución se integra inmediatamente recibida la excitación externa: individuos en quienes la resolución se integra en el tiempo, con anterioridad al delito, e individuos en quienes la resolución se integra únicamente en el momento de realizar el hecho.

Dentro de estas clases, que llamaremos generales, podemos distinguir varias especies, así:

En quienes la resolución se integra en el momento mismo de recibir la excitación exterior, hay unos en que perdura la resolución, sin desintegración ninguna ni procesos de vacilación, y que durante el tiempo que va de la excitación externa a la comisión del hecho se dedican o no a preparar el delito. Otros, en quienes la resolución integrada en el primer instante de recibir la excitación externa, se desintegra para integrarse de nuevo (en algunos casos repitiéndose este proceso varias veces) y llegan al delito. En fin, aquellos en que la desintegración, realizada una o varias veces, se hace definitiva, de suerte que no llegan al delito, algunos, pero otros llegan porque una circunstancia ocasional, instantánea, les hace concebir una nueva resolución que actúa en seguida, independientemente del proceso anterior.

En quienes la resolución se integra en el tiempo, con anterioridad al delito, se dan los mismos casos que en el anterior, o sea que el individuo puede integrar su resolución y ser ésta definitiva, o presentarse en él procesos de desintegración definitiva o de integración y desintegración circulares que van hasta la integración que sea definitiva o hasta la misma desintegración absoluta.

A estos diversos casos, corresponden, como se ve, reflexiones en diversas formas, así:

En quien resuelve cometer un hecho instantáneamente reciba la excitación externa y no desintegra su resolución, la reflexión versaría sobre la preparación del delito (consecución de los medios, búsqueda del tiempo y lugar a propósito, deseo de evadir, mediante muchos procedimientos, la acción de la justicia, etc.).

En este caso, podría alguien afirmar que se presenta el caso de mayor peligrosidad, porque la resolución fue inmediata a la excitación externa, porque el tiempo entre la resolución y la comisión del hecho no fue acompañado de vacilaciones y porque hace más difícil, por la preparación ponderada del hecho, la defensa de la víctima. Es decir, reduciendo el asunto a los términos abstractos, porque la reflexión, la resolución y el tiempo han sido suficientes como indicativos de peligrosidad máxima.

Pero no hay que olvidar que en esos dos casos, todavía hay que distinguir dos clases de personas, al menos. Individuos en quienes el raptó pasional, el huracán ansioso puede ser tal que anule la frialdad necesaria del ánimo desde el primer instante de recibida la excitación externa, y otros en quienes, por circunstancias físicas o psíquicas, ese fenómeno no se presente.

En los primeros, habría qué estudiar si la premeditación implica una mayor o menor peligrosidad, y en los segundos, la mayor peligrosidad, está revelada.

Pero en ambos casos, sería forzoso estudiar, también como complemento indispensable, los móviles del delito, sobre los cuales volveremos.

Cuando la resolución se integra después de recibida la excitación externa, aunque perdure hasta el final sin desintegrarse, se revela un caso de menor peligrosidad, sin duda. Porque si para integrarse la resolución hubo un proceso del deseo a la intención y de ésta a la resolución, ese proceso es indicativo de que sobre el sujeto obraron antes de dicha resolución, dentro del previo proceso de reflexión, factores inhibitorios de diverso orden que acreditan una menor peligrosidad.

Cuando la resolución se integra en el momento mismo de recibida la excitación externa, pero viene luego desintegración, si ésta es definitiva, no cae su acción bajo el radio penal, sino en un caso que veremos en seguida; pero esos procesos generales en que al fin hay integración después de desintegrarse la primera resolución—sea ésta instantánea o en el tiempo—, indican siempre una menor peligrosidad.

Puede haber integración en el instante mismo de recibida la excitación externa, y puede haberla después; pero en ambos casos, si después de varios procesos desintegrativos e integrativos, queda desechada la resolución, no hay delito a menos que una circunstancia ocasional, independientemente de ese proceso, si se quiere, determine el delito. En este caso, hay que tener mucho cuidado porque en realidad no hay premeditación.

Finalmente, hay un caso que pocos autores han considerado, y del cual nosotros tenemos dos ejemplos en la práctica: el de ciertos sujetos que resuelven cometer el hecho y preparan los medios, pero que someten esa resolución a determinadas condiciones: los hemos denominado los resolutivos condicionales y creemos que en su caso no hay premeditación, porque lo que determina propiamente el delito viene a ser el cumplimiento de ciertas condiciones.

Como se ve, las diversas clases de premeditativos, sin hacer aun relación al móvil, son:

1o. Quienes integran su resolución en el instante mismo de la excitación externa, pero antes de realizar el hecho.

2o. Quienes la integran pasado el momento de recibir la excitación externa y antes de realizar el hecho.

3o. Quienes solo la integran una vez en el momento de realizar el hecho y después de la excitación externa.

Dentro de la tercera clase, caben dos tipos: los que después de un proceso de reflexión llegan a la resolución y realizan en seguida el hecho, y los que resuelven el hecho condicionalmente y van a realizarlo en seguida si se cumple la condición. No son propiamente reos de premeditación jurídica, tanto unos como otros.

Dentro de los del grupo primero y segundo, tenemos: los que formada su resolución no la desintegran ya jamás; los que desintegran una o varias veces, pero al fin la integran con anterioridad al hecho o en el momento mismo de él.

Los que definitivamente la desintegran no delinquen y, por tanto, no caen bajo el dominio del derecho penal.

Dentro de los tres grupos generales habría dos clases: unos pasionales, que no pueden ejercer dominio sobre el rapto pasional, sobre la trepidación de la mente, y otros que sí.

Y dentro de todos, jugarían papel definitivo los móviles.

Vamos a ilustrar esto con ejemplos antes de proceder a explicar mejor, en relación con lo anterior, el problema de los móviles.

EJEMPLO PRIMERO.—Un sujeto encuentra a su esposa ya-

ciendo con otro hombre. Inmediatamente forma la resolución de matar, sin previa reflexión. Luego reflexiona sobre el arma, la ocasión y el modo de matarla, y, un tiempo después, realiza el hecho. Hubo resolución inmediata a la excitación, reflexión posterior y no hubo ningún proceso de desintegración.

EJEMPLO SEGUNDO.—El mismo caso anterior, sin reflexión posterior a la resolución por falta de frialdad de ánimo.

EJEMPLO TERCERO.—El caso primero, pero en la circunstancia de que el hombre había permitido la corrupción de su mujer y acechaba esa ocasión como un pretexto para matarla. En este caso, el móvil bajo mostraría la peligrosidad.

En cambio, si se trata de salvar—como los hombres creen—el honor, este móvil elevado cambiaría la faz jurídica del problema.

EJEMPLO CUARTO.—Un padre sabe la deshonra que un seductor abusivo ha echado sobre su hija. No resuelve cometer el hecho en el mismo momento, porque el móvil altísimo de salvarla del escándalo, de evitarse procedimientos penales molestos, y otros que sería largo enumerar, lo detienen. Sin embargo, en su mente surge la intención de matar al seductor. Causas imaginativas, risas de la gente, alusiones a casos semejantes, hechas hasta sin intención, procesos de homicidio con esa causa, comentarios de la prensa, etc., etc., llegan a hacerle creer que debe matar. Ya hay un deseo, y al influir las mismas causas y otras, mil, se forma una resolución que no se desintegra ya jamás. Formada, realiza el hecho en un espacio que le permite reflexionar sobre los medios, etc. Aquí tenemos un caso de integración en el tiempo, definitivamente, y con reflexión posterior, y bajo el hálito pasional más intenso.

EJEMPLO QUINTO.—Ese mismo caso, pero la resolución tomada se aleja, se desiste de ella hasta que la influencia de nuevas causas reales o aparentes la vuelve a integrar, y viene la reflexión sobre los medios y sobre el tiempo y lugar bajo un raptó pasional también.

EJEMPLO SEXTO.—El mismo caso anterior, pero una vez formada una de las resoluciones, se realiza el hecho sin tiempo de más reflexiones y hasta con defectuosa preparación del hecho.

Nosotros estimamos que en este último sí hubo el móvil alto—como se ve que lo hubo—el caso es menos grave.

Otros creen que es menos grave el siguiente:

EJEMPLO SEPTIMO.—El padre en las mismas condiciones. Ha pensado si debe matar o no, nunca lo ha resuelto, su resolución no se ha integrado. Un día cualquiera topa de manos a boca con el seductor, éste lo mira en forma que al ofendido se le antoja ofensiva, y entonces, integrada la resolución, mata.

Pero nosotros no tenemos este caso como menos grave, sino como un caso en que no hay asomos de premeditación. Porque el proceso circular nada tuvo qué ver con la causa inmediata de la resolución.

En el caso sexto sí hubo reflexión anterior a la resolución, y hay premeditación, pero no la estimamos punible porque no hubo reflexión posterior a la resolución, y las vacilaciones anteriores a ésta, indican móviles altos, y un estado pasional motivado por causas nobles, todo lo cual revela menos peligrosidad.

En el caso quinto, aunque hay reflexión sobre los medios de realizar el hecho una vez integrada la última y definitiva resolución, también ha habido vacilaciones indicativas de menor peligrosidad y hasta de pureza de intención y un estado pasional excesivo. Tampoco consideramos que hay premeditación punible.

El caso cuarto se diferencia del quinto en que no ha habido desintegración de la primera resolución. Pero como ha habido vacilaciones, aunque no tantas, y como también ha habido reflexión sobre los medios, entonces estas dos circunstancias, al valorar el hecho simple, pueden tenerse en cuenta en términos generales, la una llamada "preparación ponderada del delito" y la otra apenas reveladora de una firmeza de conciencia que quizá sea determinada por la carencia de factores decididamente inhibitorios una vez integrada la primera resolución.

En el ejemplo tercero puede pensarse que había una reflexión anterior a la suscitación del hecho determinante que el homicida esperaba como un pretexto. La motivación es baja aunque el hecho aparente sea noble y hay un grado de premeditación muy alto.

Muy menos grave viene a ser el ejemplo segundo, porque aunque haya reflexión posterior a la resolución, no existe el móvil bajo o innoble, y en ese caso, esa premeditación no es punible, por esa razón, es decir, no hay premeditación jurídica.

En el primer caso, hay reflexión posterior a la resolución y una integración inmediata, pero el móvil excusa, porque es noble.

CASOS PUNIBLES.—La premeditación es punible en dos formas: como premeditación, elemento especificativo de determinado

delito, cuando hay un móvil innoble o bajo, y como causa de mayor peligrosidad cuando por haber reflexión, existe una preparación ponderada del delito.

Es decir, hay premeditación jurídicamente hablando cuando se da una reflexión anterior o posterior a la resolución de cometerlo, cuando se da esa resolución y se acaricia en el tiempo preparando los medios de realizar el hecho y cuando la frialdad del ánimo permite esa preparación ponderada del delito, salvo que los móviles sean nobles y altos, pues en ese caso, la premeditación no implica especial peligrosidad.

PREMEDITACION CONDICIONAL.—Tenemos el siguiente caso:

Por ofensas que B. infirió a un hijo de A., éste se disgustó con aquel e hizo sabedores de su disgusto a varios vecinos. Pocos días después, B., a espaldas, decía ofensivas cosas contra A., quién ya rebozante de indignación prepara una escopeta durante una noche, y a la mañana va a esperar a B., al camino por donde debe pasar. B., efectivamente, pasa después de una larga espera de A., presenciada por testigos. Este se acerca a B., le llama la atención, le recuerda su conducta, le suplica levante sus palabras, se retracte de ellas y le dé satisfacciones a su hijo. B., se indigna, protesta y no acepta. A.—de repente—pone en alto el arma, la dispara sobre B., y lo deja muerto sobre el camino. Hubo quien basado en la enemistad manifiesta, en el disgusto anterior, en la preparación del arma homicida y en la espera, aseveró la premeditación.

Pero cuándo se inició la resolución? Era fácil asegurar que en aquel hombre evidentemente había habido una reflexión: todos los datos externos así lo decían. Pero aquí caben las palabras del gran novelista Dostoievsky, que era también un gran penalista: "Tiempo es ya de emprender un nuevo camino y de renunciar a viejas rutinas. Únicamente los datos psicológicos pueden arrojar luz en estos procesos. "Tenemos hechos" dicen; pero los hechos no son todo: la manera de interpretarlos contribuye por lo menos en una mitad al éxito de un sumario".

Y en el caso presente contra los datos externos se alzaba un acto, externo también, pero de hondo sentido psicológico: por qué este hombre no obró de otra manera, por qué no lo acechó y sin decirle una palabra le disparó, más seguro de la impunidad y exponiendo menos su vida?

Con este dato era presumible, lógicamente, lo siguiente:

Que A. pensó: si no se presta, al yo hablarle de todo, a la solución de los disgustos, riño con él o le doy muerte, o algún mal le infiero. Había pues, en él una simple intención, pues no había resuelto cometer el crimen: lo tenía de una manera condicional, y si el otro no continuaba irrogándole, prácticamente, la ofensa, con su terquedad, seguramente no le hace mal. Luego la ocasión de la muerte fue ésta.

Y esa intención, se ve, se actualizó sólo en el momento en que B. no aceptó sus conciliadoras palabras, sino que trató de regañarlo, por lo cual, toda vez que no se cumplía la condición, disparó sobre él, casi en el instante en que formó su resolución: se trata de un acto simplemente voluntario porque no hubo resolución previa, afirmación anterior de la voluntad dañada, que ésto es la resolución de delinquir; y tanto es ello así que hubo una condición.

No basta lo anterior para que el acto no se considere como uno de los simplemente voluntarios más graves, según el viejo Código.

FUNDAMENTOS.—Teniendo en cuenta la anterior doctrina del Código, dijimos en 1928:

"No están unánimes los mismos códigos en señalar lo que ha de ser la premeditación, si una circunstancia atenuante o agravante. Esto nace, indudablemente, de la diferencia de criterio: para algunos la premeditación debe ser manifestación de mayor capacidad criminal; para otros lo contrario. Nosotros no creemos que deba señalarse una regla absoluta: unas veces la premeditación dice unas cosas, otras dice otra. Por esto abogamos por la individualización en su estudio, única cosa que pueda dar claves probables para la determinación de su punibilidad, todo ello al criterio del fallador de acuerdo con el estudio del caso, según las constancias del proceso: lo que exigiría a los falladores conocer, además de su amable código, un poco de árida psicología.

"Todo lo anterior resulta más claro al ver cuáles son los fundamentos en que se basa la afirmación—que es la más común y la de nuestro código—de que la premeditación agrava el delito (art. 117 del C. P.)

"Unos opinan que la premeditación en el delito—que da un tiempo preciso al delincuente para escoger los medios de consumarlo y de evadir la pena—hace más difícil la defensa del derecho que será violado, y que una vez violado se hace también difícil la defensa social. Por esto la consideran como agravante.

"Pero si se tiene en cuenta que los delitos con dolo improviso y simple no dan tiempo a veces a esa defensa, este fundamento parece insostenible: no dá la razón suficiente para la agravación.

"Tampoco es fundamento el llamado de probabilidad, es decir, el de que el delito premeditado es más probablemente ejecutado. Y esto porque cuando se habla de punibilidad se habla de hechos consumados (violatorios de ciertos derechos) y no de hechos que puedan ser cometidos.

"Resumiendo, aclarando, adaptando un poco a la indole de las nuestras, no resistimos a la tentación de exponer algunas ideas del positivista V. Longo, diseminadas a todo lo largo de su "Conciencia Criminosa":

"Desde el momento en que el objeto del delito empieza a atraer las facultades superiores del hombre, se rompe en él el equilibrio psíquico, empieza su peligrosidad, en consecuencia. Venida la resolución, ese equilibrio queda roto, totalmente. Si entre la resolución y la comisión del hecho media el tiempo requerido para que haya premeditación jurídica, durante él, el hombre, por la continuidad de la decisión criminal, se hace a la costumbre de vivir en aquel desequilibrio peligroso, costumbre tanto más arraigada cuanto mayor sea el tiempo intermedio entre la deliberación y el acto. Se comete éste al fin. El equilibrio de la conciencia empieza a hacerse nuevamente y viene para los hombres normales, dice Longo, el periodo de declinación de la peligrosidad. Ahora bien: el equilibrio sólo se restablece cuando venga el total remordimiento, la resolución firme de no incidir nuevamente en el delito: entonces se dice que cesa la peligrosidad.

"Enseña, lo el hombre por aquella costumbre, a vivir en estado de peligrosidad y de desequilibrio que se le hace connatural, tarda mucho en que su conciencia llegue al arrepentimiento, tardanza que depende de la costumbre.

"Ahora bien: como ésta es mayor o menor según el tiempo en que se acaricia la resolución, resulta que la peligrosidad está en relación con ese tiempo. De modo, pues, que según éste debe graduarse aquella y, por tanto, la penalidad. Cuando por ejemplo, el tiempo ha sido tal que el hombre se ha acostumbrado a vivir en este estado de desequilibrio psíquico (o peligrosidad) y esa costumbre no se desarraiga por factores morales, el arrepentimiento no vendrá nunca y la peligrosidad será continua, debiendo ser la pena mayor".

De suerte, pues, que según esta doctrina, también debe conocerse a cada delincuente para medir por antecedentes y consiguientes al hecho su capacidad delictuosa, que no otra cosa viene a ser la peligrosidad. Nosotros creemos que la peligrosidad sigue siendo la medida de la mayor o menor penalidad y tenemos definida la tesis de que la premeditación se mide de dos maneras:

1o.—Si la premeditación tiene motivos innobles o bajos, ella es punible, y en el homicidio es circunstancia constitutiva de asesinato.

2o.—Si por carecer de esos motivos, ella no especifica un delito, pero existe como resolución seguida de una reflexión durante la cual se prepara ponderadamente el delito, entonces puede tenerse como circunstancia de mayor peligrosidad.

Esta misma distinción la habíamos hecho antes.

Y es que dentro de la tesis que nosotros aceptamos como causa determinante principal de la mayor penalidad, contamos la mayor o menor peligrosidad como causa fundamental. Bien es cierto que admitimos la gravedad y modalidades del hecho delictuoso.

Y siendo la premeditación un hecho interno, absolutamente resentido de la individualidad misma del sujeto de ella, consideramos que el tiempo de mayor o menor deliberación no es la medida suprema, aunque revele la continuidad de un estado peligroso, porque bien puede revelar lo contrario, según lo dejamos explicado.

En cambio, el motivo que determina al sujeto a reflexionar, a resolver, a acariciar la resolución, si determina el por qué de ese acto interno y, en tal forma, que lo explica, y profundiza esa explicación hasta su causa. Por tal razón, el motivo es lo que señala la punibilidad de la premeditación.

En esto, nuestro nuevo Código, que esquivo la definición, que no hace punible la premeditación especificativa de delito sino cuando tiene motivos innobles o bajos, y a la preparación ponderada del delito la hace sólo una causa de mayor peligrosidad, es bastante sabio.

Todo lo anterior, llevaría a quien por primera vez penetrase en este intrincado problema, a juzgar que se ha acabado la premeditación como institución jurídica.

Y ciertamente, como aberrante institución, en los Códigos viejos, originó injusticias tremendas, como veremos en el punto siguiente que estudia varios problemas prácticos del viejo derecho.

Hoy "el atisvo", "el paveo", que han sido los casos clásicos de premeditación, pueden no tener un motivo innoble y bajo sino uno de honor, o de ira o intenso dolor. En ese caso, el fallador, empezaría por descartar la premeditación, quedaría en un homicidio común, luego aplicaría el artículo sobre la rebaja (art. 28) por motivo de ira e intenso dolor, y si éste estado es compatible, según el sujeto, con una preparación ponderada del delito, puede tener ésta como una circunstancia para valuar si la pena puede ser un poco mayor de la tercera parte del mínimo, ya que la preparación ponderada dificulta, además, la defensa de la víctima por la mayor sagacidad (peligrosidad) del autor.

PROCEDIMIENTO PRACTICO.—En los casos que puedan indicar una premeditación, entendemos nosotros que el procedimiento práctico consiste en averiguar bien la motivación del delito. Si resulta una motivación que descarta la premeditación jurídica, entonces importa averiguar si hay "preparación ponderada del delito" y si se debe tener en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad.

ALGO DE NUESTRO VIEJO CODIGO.—Porque pueda tener un interés ilustrativo del problema, reproducimos a continuación algunas ideas nuestras bajo la vigencia del viejo código, tal como fueron publicadas originales, haciendo las siguientes advertencias:

- a). El código actual no trae presunción de premeditación;
- b). Tampoco trae la de voluntad y malicia, sino que parte de la imputabilidad de todo hecho realizado por el sujeto activo del delito, es decir, de la actividad fisiopsíquica;
- c) En este estudio hablamos de voluntad y malicia y hasta de otras ideas acabadas ya en nosotros, porque así lo exige la naturaleza misma del tema tratado, es decir, porque en él se hace el estudio de una legislación absolutamente imbuida del criterio clásico del derecho penal.
- d) Tampoco existe hoy la disposición comentada sobre el homicidio en donde la riña dizque justificaba la premeditación, y dadas nuestras anteriores explicaciones, queda hoy mejor definido el error.

Esas cosas, viejas, pero amables, a pesar de tener ideas rectificables, decían así en 1928:

- "a) art. 585: "El homicidio se presume premeditado, siempre

que no se pruebe o resulte que pertenece a otras de las clases que reconoce la ley. La intervención de riña, provocada o principada por el homicida no se opone, y antes justifica, la premeditación".

"La primera parte de este artículo ha sido objeto de hondas discusiones. Pero ellas, a no dudarlo, se han suscitado por no haberse entendido, a las claras, su sentido.

"En efecto: si esta presunción fuera tan absoluta como la de la voluntad y malicia (art. 2 del C. P.), sería irracional. La negativa y la ausencia de malicia son susceptibles, en la generalidad de los casos que no la comportan, de probarse, porque se conocen muy fácilmente por los hechos exteriores. Pero la premeditación es, en la infinita mayoría de los casos, casi un imposible de probar, toda vez que la premeditación no tiene, por lo común, objetividad, y se refiere al orden esencialmente subjetivo.

"Mas la primera parte de la disposición tiene su atenuante y la presunción no resulta tan absoluta como la del art. 2o. "...O resulte QUE PERTENECE A OTRA DE LAS CLASES QUE NO RECONOCE LA LEY". Con esta agregación, las cosas varían: el autor de un homicidio, por ejemplo, no tiene que dedicarse a probar que no lo premeditó: Si resulta que pertenece a otra clase, el Juez, al calificar el negocio, así debe declararlo en el auto de enjuiciamiento, ya que allí se formula el cargo tal como debe quedar aunque no se hable de circunstancias: recuérdese que la premeditación en el homicidio no es circunstancia propiamente agravante, sino elemento especificador, de una forma de homicidio, penado especialmente.

"Explicado lo anterior, resulta muy racional la presunción. Se da allí una norma jurídica hipotética, no tan absoluta como otras normas presuntivas, sino condicional, con condición menos gravosa que la del art. 28 del C. P.

La prueba contraria en el caso del art. 2o. en efecto, es una prueba sui-géneris, rara vez desprendible de los hechos mismos. En cambio, debido a la agregación comentada, la prueba de la no premeditación, como muy bien lo ha dicho la Suprema Corte (Casación 16 de septiembre de 1926) está ordinariamente en los hechos, tales como aparezcan en los autos y sean apreciados por los jueces respectivos.

La anterior, que forma la interpretación racional de presunción del art. 585 del C. P., ha venido a producir, en la práctica, un resultado saludable que corrige lo poco de gravoso que pueda haber

en ella, como en toda presunción penal, que casi siempre daña al acusado porque determina perjuicio. Es que sólo se puede formular el cargo cuando haya datos para sostener la premeditación en el homicidio. Si no los hay, "resulta ser de otra clase" y entonces el mismo artículo, interpretado en sus expresiones benignas y justas, salva el cargo. Ha venido, pues, a quedar la carga de la prueba de la premeditación en contra de la sociedad que ejercita su ministerio punitivo.

"Esto, que resulta paradójico, es de lógica pura; es que la redacción del artículo una vez estudiado su sentido también lo es. Si resulta ser el homicidio de otra clase no puede formularse cargo de premeditación, según él. Y cuándo resulta ser de otra clase? Cuando no hay prueba expresa de la premeditación. Luego, en general, queda eximido de traer una prueba directa de la no premeditación: esta se deduce, como se dijo, de los mismos hechos.

"Resulta, pues, muy justa esta expresión: "la presunción del artículo 585 del C. P. no pasa de ser una hipótesis moral positiva, de dolo o culpa". (Casación 16 de septiembre de 1926).

Ha ocurrido, a propósito de este artículo, un error. Olvidando que es una entidad constitutiva de una especie de homicidio no se formula en el enjuiciamiento su cargo. Y luego cuando viene la sentencia, se aplica la presunción en su rigor primitivo: el que no haya probado expresamente que no premeditó.

En primer lugar, hay un error en no hacer enunciación de ella en la parte motiva, no en la resolutive, porque se especificaría, errando en la denominación genérica del delito, toda vez que allí no deben figurar los elementos constitutivos del delito, como son la premeditación y las circunstancias de ese asesinato (art. 586).

Y no se alegue que las circunstancias pueden dejarse sin formular: acaso las que varían la graduación de la delincuencia y que son muy prominentes en el cuerpo del expediente, pero que no varían la especificación del delito, pueden dejarse sin formular aunque ello no es aconsejable en ningún caso, pues parece resultar violatorio de la Constitución; pero las que especifican no, porque son partes del cargo, que allí debe formularse íntegro.

"A propósito de lo dicho son demasiado explícitos los textos legales: art. 345 de la Ley 105 de 1890.

"En segundo lugar, aunque hay esa presunción (que tiene sus bemoles como se deja dicho), la no enunciación de ella privaría al procesado, seguramente, de orientar su defensa hacia la destruc-

ción de la prueba que la acredita, toda vez que muy pocos están al cabo de conocerla y menos de conocer los alcances que le dará el fallador: si los de mera hipótesis positiva, rebatible por la forma misma de los hechos, o la de algo demostrado que exige ser destruído por pruebas especiales.

“Se viola, por lo tanto, la Constitución, porque se condenaría sin la plenitud de las formas propias del juicio (art. 26), ya que no habría plena defensa sobre ese cargo.

“Con lo que sí no convenimos es con la última parte de este artículo: la intervención de la riña provocada o principiada por el homicida no se opone. Y ANTES JUSTIFICA LA PREMEDITACION.

“Que la riña así suscitada, no se oponga a la premeditación, es lógico, es de común sentido. Pero sí ocurre que la riña, generalmente, solo se suscita en los homicidios ocasionales, no premeditados, por tanto. De aquí que la riña aún haga dudar, de acuerdo con las circunstancias, de esa premeditación que repetimos no se opone a ella. Y por eso mismo, la riña no justifica la premeditación. Esto es como querer decir que en los homicidios en riña, aun cuando no resulten otros detalles para afirmar, independientemente de presunción, que el homicidio es premeditado, sí hay que tener una prueba objetiva y especial de la no premeditación, lo que contradice la conclusión a que habíamos llegado.

“Por otra parte, qué razón hay para que la riña justifique la premeditación? Qué relación existe entre un combate singular entre dos personas y el hecho interno de la resolución anticipada de cometer el delito que a tal riña es consecuencial? Ninguna. Por eso tal añadidura (“y antes justifica la premeditación”) es un colgajo puesto a una sensata doctrina, doctrina que se ha puesto para rebatir la ordinaria creencia de que en las riñas no hay premeditación, como si el que premedita no pudiera valerse para realizar su designio, de este medio....

“Y aquí viene como de molde una cuestión, no de importancia práctica, pero sí digna de observación, tendiente a demostrar otro lunar de la ley 9 de 1890. Se trata del caso menos grave del asesinato (art. 597). Afirmamos rotundamente que no existe ese caso y que, por ello, sobran disposiciones del Código y otras tienen exceso, cuando a esta cuestión se refieren.

“El homicidio premeditado, toma la denominación de asesina-

to cuando los agresores lo cometen mediando en él una o más de las circunstancias siguientes:

90.—“En el acto de una riña provocada por el contrario, pero empeñada por el homicida, con la concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias indicadas en los numerales anteriores”.

“En el caso de este homicidio la causa de él viene a ser, remotamente, la provocación hecha por el contrario, provocación a la cual debe seguirse inmeditamente, para que haya riña, el empeño en ella por el homicida. Siguese de aquí que la resolución nace con la provocación y con ella es casi simultánea, lo que equivale a decir que entre la resolución y el hecho que ocasionará la muerte—heridas, golpes, etc.—no media sino un corto lapso, gastado en la lucha: no hay el espacio de tiempo que se exige para la premeditación jurídica, vale decir, que no hay sino la premeditación natural, la que debe existir en todos los actos no inconscientes.

“Si no hay, como se deja explicado, premeditación, no habrá asesinato, que es homicidio premeditado con especiales circunstancias, bien enumeradas aunque no definidas todas con claridad, en nuestro código del ramo.

“Pudiera presentarse el caso en que un homicida hubiera premeditado dar muerte; que el occiso le incitase a la riña y que él la empeñase, mas entonces la anterior ha quedado descoyuntada del hecho y no hay por qué cargársela al homicida: el obró así, no por gracia de su resolución anterior, sino por virtud de la provocación: en este caso, a lo sumo, y eso por pensarse que la premeditación lo determinó a aceptar más fácilmente el reto, ella podría cargársele como simple agravante en la forma prevenida por el artículo 117 del C. P.

“En cuanto a las demás circunstancias exigidas por el numeral comentado de que debe ser de las comprendidas en los anteriores del art. 586, ellas pueden contarse en forma idéntica. Tendríamos, pues, un homicidio en segundo grado o primero, pero nada más.

“En todo caso se tendría en cuenta no ir a agravar de esta manera, la situación del reo.

“Si se tratara de riña provocada por el homicida, otra cosa sería. Recuérdese el comentario que hicimos a la parte segunda del art. 585: ““La intervención de riña, **provocada o principiada** (subrayamos), por el homicida, no se opone a la premeditación...”

Y, nótese, por la subraya, que la forma especificativa de la riña confirma la tesis de que no existe asesinato en el caso del art. 586, numeral 9o., pues bien se hubiera privado el legislador de incluir esa clase de riña, con las últimamente mencionadas.

SEGUNDA PRESUNCION

"Art. 588.—Cualquiera que sea la provocación, ofensa, o injuria que mueva al homicida, se tendrá por premeditado el homicidio en el caso de que se cometa sin riña ni pelea, no en el acto mismo de la provocación, injuria u ofensa sino algún tiempo después, suficiente para obrar con reflexión".

"Habíamos dicho anteriormente: "Quien resuelve cometer un delito instantáneamente a la ofensa, v. g., y luégo tarda en ejecutar el hecho, bien que no en circunstancias de reflexionar sobre la resolución, no puede considerarse como reo de delito premeditado".

"Y pusimos a propósito un caso, con el cual, atendido el párrafo anterior, que allí quisimos evidenciar, demostramos que el solo intervalo de tiempo entre la ofensa, injuria o provocación no es, por sí solo, suficiente para patentizar la premeditación: la resolución pudo ser perfecta en el instante de esa injuria o provocación etc., pero la reflexión de ella es absolutamente imperfecta por la enorme acumulación de energía pasional, y así la anticipación de la resolución (premeditación) adolece de vicio, porque la voluntariedad en anticiparla no es plena, dadas las explicaciones anteriores.

"Todo ello significa que la presunción del artículo no nos parece de ordinaria ocurrencia, antes bien, resulta fallida en la mayoría de estos casos.

"Toda presunción, escribíamos antes, para que sea justa, debe basarse en lo que acontezca siempre, esto es, en la generalidad de los casos". Y la presunción comentada, en donde se habla de injurias, ofensas, provocaciones, etc., no resulta de ocurrencia común en realidad, por lo dicho.

"Recuérdese, además, que al analizar la condición de frialdad de ánimo, mostramos cómo la pasión (determinable precisamente por esas injurias, ofensas o provocaciones) cuando produce sus efectos comunes, determina al menos la consideración de que la circunstancia o elemento de la premeditación no debe modificar la faz del delito mismo.

"Nos remitimos a lo dicho al principio en donde se demostró la falta de fundamento de esta presunción.

"Si en materias civiles se puede presumir cuando la presunción se funda en la ocurrencia ordinaria, en materias penales no puede sentarse la misma regla en absoluto. Y si las presunciones en Derecho Civil—las más de las veces—se pueden destruir, pues muy pocas son las de derecho, ocurre con estas normas presuntivas penales cosa muy distinta: todo lo cual se echa en contra del reo, contra los principios universales de criminología positiva.

"La presunción de voluntad y malicia tan arduamente discutida—y que está fundada en la general ocurrencia—, ha merecido serias tachas. Se debería presumir la inocencia y que la sociedad, que es la que tiene el interés de ejercer su defensa contra el delincuente, pruebe al sindicado lo contrario, dicen algunos, no sin buenas razones. Y eso que esta presunción es de orden necesario, como lo dice la experiencia, y se puede destruir más fácilmente, según se vio. En cambio, la deficiencia de la premeditación en el caso del art. 588, tal como lo concebimos nosotros, es un hecho absolutamente interno, hondamente subjetivo y, por ello muy poco susceptible de prueba.

"A pesar de esa presunción hemos conocido un fallo de un caso en ella encajable y en que se rechazaba la premeditación porque, debido a la pasión, la deliberación no era perfecta. Fallo científico, por lo dicho, pues corrigió con buena doctrina legal, los errores de la ley, sin apartarse de ella (arts. 588 y 585)." Hasta aquí lo que dijimos en 1928.

Y antes de terminar queremos copiar de actas de la Comisión que elaboró el Código, lo siguiente, que acaba de ilustrar la cuestión:

"El Dr. Cárdenas dice: Yo opino que los medios no son elemento esencial de la premeditación. Mientras apenas se trate de reflexión 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 acto punible. Pero cuando la resolución se convierte en designio que se alimenta 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 llegado al sitio en donde está su presunto ofendido, se arma y le dá 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 Dr. Lozano replica al Dr. Cárdenas en los siguientes términos:

“Dos razones le dio la escuela clásica a la agravante general de 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 cálculo maduro sobre el delito y los medios de ejecutarlo, colocaba a la víctima en condiciones de inferioridad, disminuía la defensa privada, y por lo mismo, como reflejo, producía mayor daño mediato o alarma social. Ahora bien: las críticas hechas desde la época del Profesor Holzendori van principalmente contra la primera razón. Respecto de la segunda no tiene suficiente fuerza. Aquellas críticas se formulan sintéticamente así: la psicología experimental ha demostrado que el reflexionar maduramente, ponderadamente, juiciosamente, no es sino un modo de ser de la personalidad, una modalidad del 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, impetuoso puede ser más peligroso y más perverso. Los guapos o matones que a todo instante buscan molestias tienen 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 Dr. 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 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 o por un justo deber. Lo único que hay es que ante el justo deber 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 previa medida 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 y 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 práctica de los medios para colocar en condiciones de inferioridad a la víctima, pues, por ejemplo, si un individuo especialmente hidalgo y generoso, pero colocádo 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".

Este último párrafo parece contradictorio, porque en ese caso "hay escogencia y preparación práctica de los medios para colocar en condiciones de inferioridad a la víctima".

Pero sea de este detalle lo que fuere, nosotros, en la premeditación, le damos importancia "a la escogencia y preparación práctica de los medios", como vimos atrás. Pero le damos la decisiva a los móviles. Si éstos son bajos e innobles la premeditación es tan grave que el caso es un asesinato. Si no lo son, hay una circunstancia de mayor peligrosidad.

Creemos que esa tesis primó al fin en el Código, y teóricamente nos parece hoy la mejor, como dejamos expuesto.