

Doctrina

EL DELITO DE HOMICIDIO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1980*

Profesor JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA

Sé que me dirijo a un auditorio excepcionalmente erudito y exigente en problemas de orden jurídico, el cual se halla integrado por profesores, magistrados, jueces y juristas que en su mayor parte cultivan las disciplinas penales. Por ello, respetuosamente me permito informarles que por obvias circunstancias de tiempo sería imposible examinar en esta oportunidad los muy diferentes asuntos que comprende el tema que me fue asignado para la conferencia. Voy a limitarme, entonces, a tratar solo los aspectos más sobresalientes de la temática acordada, con base en la nueva legislación penal que entrará a regir a partir del próximo año.

Ante todo, es preciso advertir que conforme al principio rector número 6 del título 1 del nuevo Código Penal, que se refiere a la favorabilidad, este es aplicable en el futuro a los casos de conflictos de leyes por mandato no solo de esa norma sino de la Constitución nacional. Va a ocurrir muy seguramente que algunas de las previsiones legales del Código Penal que se deroga tendrán efecto ultractivo y serán aplicables en el futuro en relación con los procesos penales que actualmente se tramitan en todos los tribunales y juzgados del país. Por vía de ejemplo, en este instante solamente cito el caso del llamado *homicidio concausal* que desaparece del nuevo Código y subsiste en el anterior.

Es presumible que se presenten algunas situaciones en que resulte más favorable la aplicación de la norma derogada y que sea alegada en algún proceso que al entrar en vigencia la nueva ley penal, no haya sido definitivamente concluido.

Quiero observar, de modo apenas esquemático y general que el título XIII, *De los delitos contra la vida y la integridad personal*, aun cuando conserva en esencia algunas de las modalidades contenidas en el Código hoy vigente,

* El presente es el texto de una conferencia dictada por el autor en el Colegio de Abogados de Medellín de 1980, antes de entrar en vigencia el nuevo Código Penal. Creemos que ella conserva todo su valor, dado lo relativamente poco que hasta el momento se ha escrito sobre la Parte especial del nuevo Código.

otras en cambio lo modifican de manera sustancial, para adicionar conceptos o para suprimirlos.

El nuevo Código Penal, dentro de la nueva estructura que se confiere al hecho punible, conserva el concepto civilizado y democrático de la defensa del derecho a la vida y la integridad personal, sin reservas, sin restricciones y consagra nuevamente el principio igualitario que no hace diferenciaciones por razones de raza, religión, edad, sexo, o condición política o social. Esto se aprecia con la simple lectura del texto total del título, es decir, en relación con el homicidio, las lesiones personales, el aborto y el abandono de menores y de personas desvalidas.

En el avanzado, progresista y dogmático contenido de los llamados principios rectores de la ley penal, se consagró para la legislación colombiana de manera novedosa la concepción del hecho punible como acción típica, antijurídica y culpable. Esta trascendental enunciación del hecho punible simplifica, a nuestro modo de ver, la diversa explicación de los distintos fenómenos delictivos comprendidos en toda la parte especial. Naturalmente, entre ellos están los delitos contra la vida y la integridad personal.

I. NOCIÓN DE HOMICIDIO

Lo dicho anteriormente explica con claridad la razón que prevaleció para cambiar el contenido del art. 362 del Código Penal vigente por el que lo remplaza, que es el art. 323, en el cual se afirma: "El que matare a otro incurrirá en prisión de 10 a 15 años". A diferencia del art. 362, este nuevo texto se refiere a la acción de matar. Es de suponer que dentro del concepto de acción de matar va ínsita la concepción de que el acto de matar solo es referible a la persona humana, tanto en cuanto se refiere al sujeto activo de la acción como a aquel que es su víctima. Cuando el art. 323 se limita a la acción de matar se está entendiendo que la tipicidad de esa acción consiste en suprimir una vida humana y se entiende también que la acción típica de matar debe estar acompañada de la antijuridicidad y de la culpabilidad. Antijuridicidad, porque el hecho de suprimir una vida es atentado pleno de ilegitimidad, prohibido no solo por naturaleza sino por la propia norma que describe esa acción. La culpabilidad referible al autor supone acto doloso, culposo o preterintencional, puesto que en alguna de estas tres formas de la culpabilidad ha de incidir la acción. Es dolosa cuando ha sido realizada con conocimiento y voluntad, o culposa cuando no se ha previsto el resultado previsible, o, en último término, preterintencional cuando el resultado, siendo previsible, excede la intención del agente.

Obsérvese cómo la descripción del hecho punible como acto antijurídico y culpable, para referirlo a todos los delitos en general, hace que dentro de él quede comprendido el homicidio en la forma enunciada según se dijo atrás. Dentro del sistema del nuevo Código Penal vigente no es necesario expresar, como el hace el art. 362, que la acción de matar sea realizada con este expreso propósito por el agente.

La comparación entre los dos textos mencionados, aun cuando sea así, sintéticamente, explica la trascendencia del cambio de sistema entre uno y otro Código en esta materia.

II. SUPRESIÓN DEL ASESINATO

Pienso que no solamente el que habla, sino otros comentaristas de nuestra ley penal vigente, desde hace muchos años criticamos la inclusión del fenómeno "asesinato", por cuanto con ello resultaba evidente que al lado de la tipicidad del delito de homicidio aparecía otra tipicidad descrita en el art. 363 del Código vigente. No ignoro que la expresión asesinato colocada en nuestra ley penal tenía un significado que no podía referirse sino a un homicidio agravado, pero que, por disposición del legislador convirtiéndose en figura específica con problemas y resultados que la propia jurisprudencia ha tenido que comentar. Se pensó que la expresión asesinato tenía de suyo un contenido muy grande de intimidación sobre los asociados y que, además, se trataba de la forma más ominosa de matar, forma esta que multiplicó en nueve numerales la tipicidad de la acción de matar. No era necesario repetir esta concepción desaconsejada por la técnica, que pudo en mejores términos consagrar ahora esas mismas modalidades del homicidio como formas agravadas del mismo. Entre las irregularidades que suscitaba esa concepción del asesinato había que llegar a pensar, en muchos casos, como históricamente se recuerda, en que la condición de asesino atribuida al hombre, no solamente implicaba engaño cobarde, villana y malévolos intención o forma ignominiosa y execrable de matar, sino que también, conforme fue sostenido por algunos autores en tiempos anteriores, el asesinato implicaba necesaria premeditación por parte del autor. Adelante veremos cómo también el tema de la premeditación ha constituido otro de los grandes rompecabezas de la doctrina y de la jurisprudencia. En mi opinión, ratificando cuanto en su oportunidad expresé en mi libro *Delitos contra la vida y la integridad personal*, en nada resultó útil, durante los 42 años de vigencia del Código Penal, este anticuado y confuso elemento que con la categoría de delito específico ha venido figurando en nuestra ordenación jurídicopenal.

En cambio, la clasificación de las circunstancias de agravación punitiva del delito de homicidio ha sido estructurada en forma muy comprensible sin que, por lo menos en lo que se observa, pueda darse el caso de crear confusiones jurídicas como las que se acaban de comentar.

III. SUPRESIÓN DE LA PREMEDITACIÓN

También desde hace muchos años me permití criticar, creo que con razones muy aceptables, que se hubiera incluido en la ley penal como forma de asesinato el homicidio cometido con "premeditación". Las sabias y hermosas exposi-

ciones hechas por los grandes juristas del pasado, pero principalmente por CARRARA y CARMIGNANI para explicar un fenómeno subjetivo de tan hondas raíces en la filosofía, referibles a una modalidad de la conducta humana, constituyen un monumento de verdad y de sabiduría, que dentro de la teoría clásica toman el fenómeno de la premeditación como una modalidad de condiciones tan *sui generis* y excepcionales, que más sirvió para fomentar disquisiciones, entelequias y confusas doctrinas, que para convertirlo en un supuesto práctico dentro de la realidad respecto al juicio humano. Los conocidos elementos clásicos de la premeditación: intención, resolución, ejecución, tiempo intermedio entre resolución y ejecución y ánimo *pacato*, resumen toda la teoría que sobre la materia ha permitido a muchos autores llegar a especulaciones de muy difícil comprensión jurídica.

El prototipo del sujeto premeditativo como actuante con un dolo refinado y específico, es un espécimen que solo podría descubrirse mediante ingeniosas investigaciones, y sobre todo cuando con los progresos de la psicología fuera posible conocer el valor y la medida de los actos intencionales del hombre. Las investigaciones realizadas por los sabios sobre la personalidad humana no han podido concretar sino en el campo de la teoría el grado de libertad con que actúa la voluntad del hombre. Quizás en la apariencia sea posible distinguir la condición y naturaleza de las distintas formas de clasificar al hombre según sus actitudes y su conducta. Difícil empresa resultaría, como todos sabemos, esclarecer en un momento dado el valor, efecto y naturaleza de las impulsiones, la fuerza de los instintos, la capacidad intelectual de los seres y su posibilidad de entender y de querer con respecto a una determinada acción. Mucho más difícil resulta, entonces, dar un diagnóstico, si no es por simples apariencias, acerca de la capacidad de reflexibilidad, de inteligencia, de previsión, de ánimo sereno y frío con que haya podido actuar un hombre respecto a una acción, no solo de su vida normal, sino en cuanto pueda acomodarse dentro del campo moral y en el de la ilicitud jurídica.

Resulta imposible en tan pocas palabras alcanzar a distinguir el acto puro que se supone en un delincuente premeditativo, sin poder adivinar siquiera cuánta influencia ejercieron en ese presunto acto puro los sentimientos, las pasiones y el temperamento que ordinariamente están afectando lo que con genialidad denominaron los clásicos como "ánimo *pacato*".

Tan notables especulaciones vinieron a establecer en el derecho penal, para el premeditativo, una categoría especial en el pasado. Pero ello no ha podido prevalecer, como antes se dijo, debido a las nuevas exploraciones sobre la verdadera condición de la naturaleza espiritual y moral del hombre. Quizás fue por esa causa por lo que se controvirtieron con tanto ardor opiniones adversas y favorables a esa condición del ser premeditativo y, concretamente, del fenómeno premeditación. Recordemos simplemente cómo la opinión de ZANARDELLI —aceptada por el Código Penal colombiano—, en una original forma de concebir la premeditación, imaginó que esta, de suyo, no tiene ninguna validez, a no ser que se encuentre acompañada por motivos innobles o bajos.

Semejante contradictorio enunciado ha prevalecido hasta ahora en nuestra ley penal como si la conducta y personalidad del ser premeditativo tuviera que ver con los motivos determinantes de los actos. Nobles o innobles estos motivos determinantes pueden permitir de suyo una valoración de la conducta humana sin tener que recurrir a hablar de premeditación para que ella tenga eficacia.

Este criterio, relacionado con la valoración de los motivos determinantes, estuvo muy en boga como opinión de grandes juristas seguidores de ZANARDELLI. Para hacer notar que no pueden considerarse los motivos determinantes como un elemento de la premeditación, veamos cómo el maestro ENRICO FERRI incurre en la misma confusión. En el famoso proceso adelantado contra Tullio Murri por la muerte del señor Bonmartini, proceso en el cual FERRI actuó como uno de los defensores de los diversos acusados, se expresó así:

"*La premeditación.* En fin, esas condiciones de anormalidad mental deben guiarnos, también, señores jurados, en el momento de dar la respuesta a los otros cuestionarios y, ante todo, al de la premeditación que sostienen los acusadores.

"A primera vista parecería absurdo no admitir en Tullio Murri la premeditación. Pero precisa entendernos: si por premeditación se quiere significar, como en el lenguaje común de la conversación ordinaria, «el haberlo pensado antes», ciertamente diréis que Tullio Murri pensó con anterioridad en el hecho. Pero la premeditación, que en nuestro Código tiene consecuencias penales tan terribles, hasta llevar al máximo de la pena, esta premeditación debe ser una cosa muy distinta del «haberlo pensado primero». Ha sido este un problema que ha fatigado y secado la mollera a la ciencia; y la legislación italiana ha llegado hasta tal punto, que en el Código vigente nuestro legislador renunció a dar una definición legal de la premeditación, dejando a la conciencia de los jueces togados o populares el decidir si existe o no la premeditación.

"Ahora bien, en el Código precedente al actual, la premeditación se encontraba definida en la siguiente forma por el art. 528: «La premeditación consiste en el designio formado antes de la acción, de atentar contra una persona determinada o aun indeterminada».

"En estas palabras «designio formado» se hallan contenidas implícitamente las dos condiciones que los criminalistas y los jueces consideran necesarias para que se tenga la premeditación en el sentido legal: es decir, la calma y la sangre fría.

"En este sentido, el presidente del Senado, profesor Canonico, que fue durante tantos años honra y prez de la cátedra de derecho penal en Turín, en los trabajos preparatorios del Código Penal, propuso que se precisara bien la idea de que la premeditación se tiene en el pensamiento firme y decidido y en el ánimo frío, no en el pensamiento ondulante y emocionado. Por lo cual el ministro Vigliani, en su proyecto de Código Penal, inspirado por un excesivo rigorismo, substituyó la fórmula «designio formado» por la de «designio afirmado», precisamente para indicar que el pensamiento del que obra debe ser firme y decidido.

"De donde resulta que si en el ánimo de quien es arrastrado a la acción se registran oscilaciones, indecisiones, ausencia de calma y de frialdad, hay premeditación en el sentido empírico de la palabra, porque se ha pensado antes, pero no hay premeditación en el sentido que la ley exige y debe exigir.

"No me he olvidado de que soy profesor de derecho penal, y por esto me detengo solo por un momento en este terreno, para no llegar a convertir la palabra del abogado en el magisterio del catedrático. Solamente citaré un autor al cual, de seguro, el ministerio público también dará gran autoridad, porque fue lustre y decoro del cuerpo a que pertenece: me refiero a Crivellari, ex procurador general en la casación de Turín, que en el comentario al Código Penal, al hablar de la premeditación, expresa conceptos aún más concretos que el que os he expuesto.

"El procurador general, Crivellari, después de haber recordado que en uno de los proyectos de Código Penal se había definido la premeditación como el estado «en que el culpable ha formado y madurado fríamente antes del hecho, el designio de matar», dice: «Tres criterios diferentes deben concurrir a determinar la premeditación: el criterio psicológico, es decir, el estado de ánimo del delincuente, la frialdad; el cronológico, es decir, el intervalo de tiempo más o menos largo entre la determinación y la acción; y el ideológico, es decir, la reflexión y la formación del designio. Pero —añade— hay también otro criterio, y más importante que los otros, vale decir, el de la naturaleza de los motivos impelentes al delito». Y concluye: «En consecuencia, para que se pueda admitir la premeditación bajo el imperio de nuestro Código, deberán concurrir los siguientes elementos: 1º) reflexión; 2º) un intervalo de tiempo entre la determinación y la acción; 3º) una cierta frialdad de ánimo; 4º) un móvil indigno de indulgencia y que sea tal que revele la perversidad y la abyección de ánimo»¹.

"Y entonces, en relación con Tullio Murri, si es cierto que pensó antes en el delito, cuando tengáis que responder al terrible interrogante de la premeditación, deberéis considerar no solo si tuvo la frialdad de ánimo, si tuvo un pensamiento firme y preciso, sino que deberéis examinar también el móvil que lo determinó y lo llevó a la turbonada de la acción, porque para que pueda admitirse la premeditación en el sentido legal, deberán concurrir las siguientes condiciones: la frialdad de ánimo, el intervalo de tiempo, la reflexión y el móvil, que sea indicio de perversidad y la abyección de ánimo.

"Si este es también el pensamiento y la enseñanza del procurador general, señor Crivellari, que lleva en su mente de jurista el rigor de su función de acusador público, creo que en relación con Tullio Murri no haya necesidad de gastar otras palabras para demostrar que en él faltó la frialdad de ánimo, faltó la reflexión, faltó especialmente el móvil indigno que revele la perversidad y la abyección de ánimo"².

¹ CRIVELLARI, *Il Codice Penale*, Torino, 1896, VII, 811-815.

² ENRICO FERRI, *Defensas Penales*, Librería Siglo XX, traducción del dr. Jorge Guerrero, págs. 372 y ss.

El nuevo Código Penal, sin desconocer el valor que en el campo de la teoría pueda tener el concepto de premeditación, resolvió desecharlo para despojar al examen de la personalidad del delincuente de un factor de tan entrañadas raíces en la filosofía pero que hizo difícil e imposible su comprensión pragmática por parte de los jueces. En cambio se ha adoptado con mucho mejor acierto el apreciar la conducta humana, concretamente la del homicida, con base en las llamadas circunstancias de agravación punitiva, que, con mejor redacción en el texto actual del art. 324, introduce algunas modificaciones, no de simple forma sino de fondo, como, por ejemplo, la que agrava el hecho de matar cuando este se comete "por precio, promesa, remuneración, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil". O, también, la que reemplaza la expresión actual del num. 6º del art. 363 vigente, que en lugar de hablar de la utilización de la actividad de menores, deficientes o enfermos de la mente, se permite calificar el acto con la simple expresión "valiéndose de la actividad de inimputable". Con esta nueva expresión se limita el campo de las divagaciones o formas dudosas de expresión para acogerse a un concepto jurídico que ya se ha definido en el art. 31 al considerar como tal a "quien no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica o trastorno mental".

IV. FORMAS DE HOMICIDIO

Como puede observarse por la lectura del texto de la nueva ley, subsisten modalidades del homicidio, diferentes del agravado de que acaba de hablarse, como el preterintencional, el piadoso, la inducción o ayuda al suicidio, y el que se realiza sobre el hijo concebido por acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida.

Obviamente, subsiste también el llamado homicidio culposo, como es apenas natural, de acuerdo con la clasificación que se hizo del hecho punible.

Un examen comparativo entre los dos códigos enseña que de las posibilidades de homicidio quedan por fuera en el nuevo texto: a) el homicidio concausal; b) el homicidio consentido por la víctima; c) el homicidio *honoris causa*, señalado en el art. 369 vigente; d) el homicidio en riña imprevista; e) el homicidio en complicidad correlativa, y f) el homicidio causado en duelo.

V. HOMICIDIO CONCAUSAL

La figura del homicidio concausal estaba prevista en el art. 366 del Código vigente, en el cual se consagraba, como se descubre a la simple lectura del mismo, la posibilidad de aceptar un hecho cuya naturaleza ha permitido intensas discusiones, pues se admite el evento de su aparición respecto a una conducta que simultáneamente tiene interferida la causa original, por otras causas antecedentes, concomitantes o subsiguientes al resultado producido. Es ver-

dad que en nuestro Código vigente el fenómeno de la concausalidad no se estableció sino con respecto a un único hecho punible que es el homicidio. No se dijo nada de él con respecto a otras figuras delictivas que difícilmente admitirían semejante hipótesis.

Es preciso recordar en este momento que el art. 21 del nuevo Código Penal asume la posición jurídica de dar, como no se había hecho antes, y en parte siguiendo lo dispuesto por el art. 40 del Código Penal italiano y por otras legislaciones contemporáneas, una noción de trascendental importancia sobre la causalidad en los términos siguientes: "Nadie podrá ser condenado por un hecho punible, si el resultado del cual depende la existencia de este, no es consecuencia de su acción u omisión.

"Cuando se tiene el deber jurídico de impedir el resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo".

Muy probablemente este tema de la causalidad en el hecho punible habrá de ser motivo de grandes controversias, dada la circunstancia de la diversidad de opiniones y de tesis que en el derecho penal se han propuesto por muchos autores. Sin embargo, es muy posible que en el esclarecimiento de este tema, frente a situaciones precisas, se ofrezca la ventaja de que la justicia se oriente en forma definitiva a establecer la responsabilidad penal sobre la base concreta de atribuir al sujeto activo de la acción el hecho punible como a su causa determinante. Y esto no solamente en cuanto a la llamada *imputatio facti*, sino también a la *imputatio juris*, o imputación moral que vincula al sujeto de modo eficiente con su acción, mirada no solo en el ámbito de su materialidad sino en el de su imputabilidad, y finalmente en el de su culpabilidad.

De tal manera también resulta ventajoso esperar que no se siga confundiendo la causalidad material con la responsabilidad penal, pues tal confusión puede conducir fácilmente a la institucionalización de la llamada responsabilidad objetiva, es decir, una responsabilidad sin culpabilidad.

VI. HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Entendida la culpabilidad como una relación psicológica entre el agente y el hecho punible se deduce la existencia lógica de acción y evento, el cual es resultado de la misma. Es ella la que, según el decir de VINCENZO CAVALLO, "vivifica el elemento material y consiste en la actitud particular de la conciencia y de la voluntad hacia el resultado". Es por esta razón por la cual el fenómeno de la culpabilidad se expresa como la relación existente entre la actividad síquica y el resultado final. Como dice el profesor FEDERICO ESTRADA VÉLEZ, "La culpabilidad se deduce de las normas subjetivas de determinación que dirigen al personalmente obligado".

No debe olvidarse que la nueva legislación penal, al hablar de las formas de culpabilidad (art. 35), las reduce al dolo, a la culpa y a la preterintención.

Sabemos, en términos generales, que el homicidio preterintencional está constituido por una acción que puede integrarse así: el intento o propósito

de causar un mal y el resultado, que es distinto del mal querido, pues su producto es la muerte.

Conviene aceptar que es novedoso en nuestro sistema —cuestión que puede discutirse— que la preterintención sea una tercera forma de la culpabilidad. Sin embargo, debemos reconocer que el resultado muerte no se adecua al querer: causar un daño distinto de la muerte. Pero si se acepta, a lo menos como opinión polémica, que en este caso de homicidio el resultado viene a calificar la acción, resulta evidente que ese resultado es una muerte, un homicidio. Parece entonces que se trata de una ficción largamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, pese a la aparente contradicción que se presenta entre el querer del agente y el resultado final de su acción.

Dentro de un criterio jurídico positivista, la responsabilidad penal en este caso puede atribuirse al tanto de peligrosidad que representa el fenómeno que debiera haber sido previsto como resultado y sin embargo no lo fue. Dentro del concepto culpabilista del hecho punible debe reconocerse que en la preterintención el resultado no se adecua al querer. Sin embargo, conforme al nexo de causalidad que brevemente hemos examinado atrás, el resultado en este caso es atribuible al autor como causante indirecto del mismo, por no haber previsto las consecuencias posiblemente fatales de su querer.

Al comentar este punto el profesor ESTRADA VÉLEZ explica cómo ha sido muy difícil eliminar de los códigos penales la llamada responsabilidad objetiva, en la cual se responde solo por la causación material del resultado. Cita como ejemplo el homicidio preterintencional que, según el tratadista JESÚS BERNAL PINZÓN, constituye un caso de responsabilidad objetiva del homicidio preterintencional, como el aborto seguido de muerte y otras hipótesis similares. Estas reflexiones me hicieron afirmar en mi libro sobre delitos contra la vida y la integridad personal, lo siguiente: "...El dolo es eventual en el homicidio preterintencional por cuanto, no tratándose de una exacta relación entre lo querido y el efecto, este acaece eventualmente, viniendo a ser consecuencia indirecta por falta de previsión al iniciar la ejecución". Naturalmente, el resultado de todo esto tiene que ser que las leyes busquen un equitativo promedio para imponer la sanción al inculpaado. Resultaría excesiva, y por lo mismo injusta, una ley que reprimiera el homicidio preterintencional con la misma pena correspondiente al homicidio intencional, ya que entre los dos actos hay una diferencia notable en cuanto al elemento subjetivo. Pero también resultaría inequitativo, por defecto, que la ley impusiera al victimario la pena correspondiente al delito de lesiones, siendo así que el resultado objetivo es igual en el homicidio intencional que en el preterintencional.

Ante esta situación fue preciso en la doctrina idear y conseguir una figura que armonizara dentro de una misma entidad la consideración del elemento subjetivo (propósito de lesionar) con el daño material causado (muerte).

Sobra por ahora hacer alusión a fondo a la inmensa dificultad pragmática de esclarecer la intencionalidad de los eventos preterintencionales para darles su exacto *nomen iuris*, problema este que en su tiempo el maestro CARRARA

previó al enseñarnos que esta dificultad probatoria en cierto modo puede remediarse si se conocen la índole del acusado; las precedentes manifestaciones de su ánimo; las causas por las cuales delinquirió el sujeto; la naturaleza del arma empleada; y el número y dirección de los golpes producidos sobre la víctima.

De otro lado, no podría olvidarse la famosa tesis de VINDI que se expresa en la vieja frase latina *Qui in re illicita versatur, tenetur etiam pro casu*, que, como sabemos, significa simplemente que quien se desliza en el delito responde del infortunio consecuencia del mismo. Esta opinión para relacionarla con el homicidio preterintencional, doctrinariamente puede conducir a las observaciones que se han hecho de una responsabilidad objetiva. La tesis opuesta fue ingeniosamente analizada por el maestro uruguayo IRURETA GOYENA, quien afirmó que "en este caso el autor no debe responder sino del mal que ha pretendido inferir".

Como se ve por lo anterior, la doctrina sostiene opiniones contrarias que, admitidas una a una en forma absoluta conducirían, en nuestra opinión, a conclusiones exageradas. Sin contar por ahora con la vieja discusión sobre si en el fenómeno de la preterintencionalidad simultáneamente aparecen dos formas de culpabilidad, como el dolo y la culpa: dolo en cuanto al querer o propósito de dañar, y culpa en cuanto a la no previsibilidad del resultado muerte.

Para dirimir este problema nuestro Código Penal, como acaba de examinarse, optó por una posición intermedia fundada en la equidad, conforme a la cual este tipo de acción constituye siempre un homicidio, aunque, dado el déficit de intencionalidad para el homicidio, se impone una penalidad disminuida.

VII. INDUCCIÓN AL SUICIDIO

El art. 327 del nuevo Código Penal hizo una importante modificación al refundir en este solo texto tanto la inducción eficaz al suicidio o la prestación de ayuda efectiva para su realización con el llamado homicidio del "consensiente", u homicidio consentido por la víctima, al cual se refería el art. 368 del Código de 1936. El fenómeno que se reprime por este medio corresponde a la intención delictiva de quien se convierte en un determinante psicológico del suicida. Ha de ser, naturalmente, una forma de presión o sugestibilidad tan fuerte que la víctima se incline por su propia muerte. También la prestación de ayuda efectiva para la realización del suicidio está indicando la causa de la supresión del llamado *homicidio consentido por la víctima*, que consiste, precisamente, en facilitar la muerte prestando los instrumentos para que el suicida la realice. Sobre aquí hablar de consentimiento de la víctima, puesto que este queda implícito en la expresión "o le preste ayuda efectiva para su realización".

VIII. FILICIDIO POR ACCESO CARNAL VIOLENTO O INSEMINACIÓN ARTIFICIAL

Trátase aquí de una conducta delictiva no tratada anteriormente por la ley penal; esta situación se divide en dos formas: a) dar muerte al hijo nacido como producto de un acceso carnal violento o abusivo, y b) dar muerte al hijo producto de inseminación artificial no consentida por la madre. Las dos hipótesis se explican sencillamente.

El acceso carnal violento ejecutado contra una mujer en forma individual o colectiva constituye un atentado impregnado de barbarie y de violencia. Este atentado, que no es aparición exótica infrecuente como fenómeno de presentación que se practique solamente en épocas de guerra o de revolución, sino que tiene ocurrencia en la vida ordinaria, crea, necesariamente, tremendos fenómenos de perturbación anímica en la mujer que ha debido soportar tal agresión y que, por lo general, rechaza una maternidad nunca deseada ni menos tolerada en las condiciones en que se le impuso. Igual situación se presenta cuando a la mujer se la ha sometido, por el método de la inseminación artificial, a cumplir la función biológica de engendrar una criatura sin haber ella prestado su consentimiento a semejante solución. Una y otra forma implican atentados contra la libertad sexual de la mujer, ejecutados mediante la violencia, con las tremendas consecuencias que se deducen.

Tan dolorosa situación no alcanza a justificarse. De todas maneras se trata de un atentado contra el derecho a vivir que emerge de la criatura con todas las posibilidades de ese derecho y, como lo explicaba al principio, la ley penal colombiana reprime inexorablemente toda forma de muerte que no sea legalmente justificable. Es dolorosa la conclusión a que se llega en estas tremendas hipótesis de maternidad. La ley pena tan solo con benignidad las muertes de niños que puedan derivarse de estos atentados, estableciendo para quien realiza la acción, una pena de arresto simplemente.

IX. SUPRESIÓN DEL ARTÍCULO 382 DEL CÓDIGO PENAL

Como ustedes pueden apreciarlo, el temario de esta conferencia está reducido al breve tiempo que tengo para hacerlo. Son muchas otras las ideas y opiniones que surgen sobre temas que no se alcanzan a tratar en esta ocasión, pero antes, y para finalizar, no puedo dejar de referirme, brevisimamente también, al hecho de haber eliminado del nuevo Código Penal las situaciones que emergen del famoso art. 382 del Código Penal de 1936, que tantas discusiones y controversias suscitó dentro de nuestro ambiente jurídico y que, por interpretaciones excesivamente generosas y desconsideradas, permitió en muchos casos llegar a la aberrante tesis de que en esa norma se hubiera consagrado una nueva causa de justificación legal, no prevista en el art. 25 de la parte general.

La elasticidad que se le dio a la interpretación de este texto, especialmente en lo relativo a los casos de uxoricidio con pretexto de adulterio, condujeron

a inaceptables y abusivas conclusiones que la opinión sana del país siempre ha rechazado.

Lo que resulta evidente es que el homicidio y las lesiones causadas por "cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vida honesta", a quienes se sorprende en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, no justifica ni con mucho la excesiva conclusión de que el numeral 3° del mismo artículo 382 hubiera consagrado una causal de justificación.

La hermosa retórica de algunos tribunos forenses, que no tanto de eminentes juristas, llegó al extremo de proclamar que la expresión "y aun eximirse de responsabilidad", refiriéndose al autor del hecho, es la consagración de una causa legal de justificación. Pensamos que quizás ella pudiera llegar en caso supremamente extraordinario a conferir al autor la impunidad del acto, como inicialmente se propuso en la Comisión redactora del Código de 1936, según se lee en las actas respectivas, pero no la legitimación del acto por vía de justificación. La exención de responsabilidad tiene alcances más profundos que se estudian a la luz de las doctrinas penales pero ellas no coinciden con el aparente querer del legislador de 1936.

La responsabilidad penal es una consecuencia lógica de la culpabilidad, a no ser que se entienda, dentro del lenguaje positivista utilizado con anterioridad, que la responsabilidad penal, que es la base de la defensa social, por ausencia de peligrosidad criminal exime al autor de una modalidad del homicidio que de ninguna manera alcanza el término de la justificación. Ella es producto de una situación psicológica o temperamental que explota con violencia ante el conocimiento de un hecho que puede ofender la dignidad paterna, conyugal o fraternal. Pero esta es una materia diferente que se halla vinculada al conocido ámbito de la llamada legítima defensa del honor, aunque tiene elementos básicos diferentes de los que la doctrina penal atribuye a situaciones producidas en estado de exaltación emocional que en nuestra ley se ubican dentro de la expresión de "estados de ira o intenso dolor".

El equivocado entendimiento del art. 382, que llegó a extremos inaceptables de verdadera venganza pasional por ofensas reales o supuestas, especialmente dentro de la vida matrimonial, no se compadece con los supuestos ineluctables que son requeridos para que exista la legitimación del acto, especialmente la "actualidad de la agresión". De otro modo el inciso 2° del art. 382 no hubiera hablado de que los beneficios penales para el autor del hecho son reconocidos "aun cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal". En esta hipótesis no aparece la *actualidad de la defensa* y es absurdo, por tanto, como tantas veces se hizo en Colombia, declarar como causa de justificación un homicidio que corresponde en la clasificación jurídica al llamado homicidio cometido en estado de emoción violenta, ira o intenso dolor.

Mucho más se puede agregar sobre el tema de tan dilatadas proporciones, pero en gracia de la brevedad conviene apenas hacer esta ligera mención que justifica sobradamente la posición de los autores del nuevo Código Penal al

suprimir, con indudable acierto, un texto cuyas consecuencias llegaron inclusive a convertirse en jurisprudencias necesariamente controvertidas y controvertibles.

El nuevo Código Penal, sin perjuicio de colocar en términos correctos y aceptables las causas de justificación, dejó a la doctrina la posibilidad de concretar o explicar la diversidad de fenómenos a que dan lugar frente a los hechos concretos esas situaciones consagradas por el derecho. Asimismo, y con el fin de evitar que prosigan las confusas opiniones y abusos a que dio origen el art. 382, dejó, de manera precisa y clara, prevista la condición de los autores de hechos punibles cuando estos estén promovidos por ira o intenso dolor causado por comportamiento ajeno grave e injusto. Es este el tratamiento que el art. 60 dentro del capítulo de las circunstancias da a las situaciones explosivas o violentas, producto de temperamentos apasionados o irascibles, psicológicamente perturbados en sus emociones o pasiones, que concluyen en episodios sangrientos como las lesiones o el homicidio. No se trata de hechos que merezcan justificación, puesto que no se dan las condiciones de tales circunstancias, pero sí, en cambio, en forma razonable, considera la conducta de los delincuentes emotivos y pasionales con una disminución penal que corresponde a esas dolorosas situaciones originadas por el temperamento o por la exacerbación provocadas injustamente por terceras personas.

Dentro de la compleja variedad de los fenómenos que pueden ser objeto de estudio y análisis en la confrontación que se hace entre el Código Penal vigente y el que entrará a regir el próximo año, se observarán que desaparecen el llamado *homicidio en riña imprevista* y también el *homicidio en complicidad correlativa*.

En cuanto al primero basta recordar que, dentro de la estructura del delito de homicidio, la posibilidad de matar en riña imprevista, de la anterior legislación, queda perfectamente resuelta con las fórmulas generales del homicidio, especialmente la referente a los fenómenos de la provocación que suscitan el despliegue de la ira o el intenso dolor. Resulta innecesario hablar de riña imprevista como circunstancia atenuante de un homicidio, pues frente a la realidad lo que ocurre es la presencia de una provocación ante la cual se suscita la respuesta homicida. La riña, de suyo, no es un delito. Se trata de agravios o manifestaciones de hecho entre dos o más contendientes, que pueden originar unas veces lesiones personales y otras una o varias muertes. Pero estas situaciones están implícitas en las fórmulas generales ya analizadas, aplicando naturalmente las circunstancias de atenuación o de agravación que correspondan a la situación creada.

En cuanto a la llamada complicidad correlativa en el homicidio, hay que recordar que esta singular fórmula, que fue acogida por el art. 385 del Código Penal vigente, no tiene claridad frente a la orientación culpabilista de la nueva ley penal. La participación de varias personas en un hecho delictuoso se rige por las reglas respectivas de la coparticipación criminal. Pero puede suceder que en ciertos fenómenos tumultuarios, en que las multitudes exarcebadas

por cualquier situación dejen como saldo uno o varios muertos, sea cuestión que se desenvuelve también con las mismas fórmulas de participación criminal, para establecer la culpabilidad que corresponda a cada uno de los participantes. Se presenta en la práctica la imposibilidad de establecer la participación de cada uno de los concurrentes en la acción, produciéndose un fenómeno de impunidad.

El positivismo penal cubrió esa hipótesis dentro del criterio de la peligrosidad criminal, estableciendo que la responsabilidad corresponde a todos los participantes en el hecho y atenuando para ello la penalidad. Esta fórmula de transacción resulta también de imposible aplicación por la misma dificultad que se señaló en cuanto a la comprobación unipersonal en la actividad conjunta. No es posible declarar la culpabilidad de un homicida afirmándola con respecto a todos los concurrentes al acto, sin que se haya podido demostrar la parte que cada uno tomó en la acción. Este es un caso que también puede señalarse como de responsabilidad objetiva que viene a resultar jurídicamente inaceptable, como antes se dijo, dentro de la nueva concepción del Código Penal.

¿EL INCISO FINAL DEL ART. 40 DEL C. P. SE REFIERE TANTO AL ERROR DE TIPO COMO AL ERROR DE PROHIBICIÓN?*

Doctor FERNANDO VELÁSQUEZ V.

Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Medellín

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A manera de interrogante, se nos plantea si el art. 40, en su inciso final, se refiere tanto al error de tipo como al error de prohibición. Semejante cuestionamiento supone, como es apenas lógico, partir de la estructura gramatical de la disposición legal.

Pues bien, el Código Penal consagra como causales de inculpabilidad, en su capítulo VII intitulado *De la culpabilidad*, art. 40, ordinales 3° y 4°, las siguientes:

"...3°) Quien realice el hecho con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación.

"4°) Quien obre con la convicción errada e invencible de que no concurre en su acción u omisión alguna de las exigencias necesarias para que el hecho corresponda a su descripción legal.

"Si el error proviene de culpa, el hecho será punible cuando la ley lo hubiere previsto como culposo".

Apegados al texto, como puede verse, encontramos que allí no se habla de la moderna división entre error de tipo y error de prohibición; quienes han implementado tal nomenclatura son los doctrinantes colombianos. La disposición solo habla de "realizar" el hecho, o de "obrar" con "la convicción errada e invencible"; únicamente el discutido inciso final habla de "error". Ninguna otra disposición del Código hace alusión a la problemática, a no ser el mismo art. 10, norma rectora de la ley penal colombiana, según la cual "la ignorancia de la ley penal no sirve de excusa, salvo las excepciones consignadas en ella"; otro tanto ocurre con la norma vertida en el art. 5°, consagratoria del "principio de culpabilidad", si es que extraemos las consecuencias que su asunción supone y recordamos que "proscribe" la responsabilidad objetiva.

* Conferencia pronunciada por el autor en la ciudad de Neiva el día 10 de diciembre de 1982, por invitación que le formulara el Colegio de Abogados Penalistas del Huila.