

HOMICIDIO CULPOSO Y DEFENSA PUTATIVA

Cuando el sujeto se defiende de un ataque imaginario estamos frente al problema de una causal de "justificación putativa", la cual ciertamente no borra la antijuridicidad de la conducta sino que tiene sus efectos a nivel de la culpabilidad. Si el error sobre el elemento objetivo de la causal de justificación (el ataque) ha podido ser vencido por el sujeto, si pudo salir del error con alguna diligencia, antes de apresurarse a obrar (lo que constituye imprudencia), entonces se estará ante la hipótesis de la culpa. Bien que en estos casos el sujeto obra queriendo matar, la culpabilidad se ve disminuida y entonces no se está frente a un homicidio doloso sino culposo. El caso, en nuestra legislación se regula como un "error de hecho" vencible contemplado en el artículo 23 numeral 2.

11 de septiembre de 1979.

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Tobón Uribe

NOTA: el hecho que dio lugar a esta providencia lo podríamos sintetizar así: el día 17 de noviembre de 1978, siendo aproximadamente las 3 de la tarde, el señor Angel José Rivera A., en compañía de su esposa Emma Oviedo de R., que se disponía a realizar una diligencia bancaria, ingresó a las oficinas del Banco Ganadero, situadas en la calle 50 N° 51-24 de esta ciudad. Mientras su esposa hacía la diligencia del caso, éste se quedó cerca a la puerta de acceso a la institución bancaria, en espera de un amigo, con quien se proponía irse a jugar billar. Como mirase reiteradamente hacia la puerta y ojease su reloj, al paso que sostenía en sus manos un estuche de cuero, que contenía un taco de billar desarmable, su conducta desató "sospechas" en el celador del banco, quien en forma apresurada e imprudente desenfundó su revólver y disparó dos veces causándole la muerte de manera inmediata.

V I S T O S :

Por auto de diecisiete de mayo último, el Juzgado Sexto Superior de la ciudad, residenció en juicio criminal a FERNANDO DURANGO SANMARTIN, como comprometido en la muerte violenta de ANGEL JOSE RIVERA ARANGO, a título de culpa. La determinación fue apelada por los representantes de la parte civil y del sindicado, pues el primero, tras "simple y breve

consideración" sostiene que "no es a título de culpa como debe enfocarse su responsabilidad sino a título de dolo, en circunstancias agravantes". A su turno, el defensor, insiste, brevemente también, en que "el agente obró movido por el típico error sustancial de hecho de que habla nuestro ordenamiento sustantivo penal". En subsidio, solicita la libertad provisional de Durango, por pena cumplida.

La tónica imperante la dio el señor Fiscal Sexto Superior, cuando al superar el estudio del aspecto fáctico del caso, concluyó: "Negligente de una parte e imprudente de otra fue la conducta del inculpado. Siendo la previsibilidad la esencia de la culpa en nuestro derecho (art. 12), ésta se contraría por la imprudencia y/o la negligencia, y en suma de tener ellas vigencia como la han tenido la acción del agente activo del delito contradice la capacidad común de previsión. En tal caso se concretaría la culpa teniendo como fundamento la inobservancia de las reglas generales de conducta que en dicho sujeto deben primar en cada situación concreta que se le presente, para dar paso a acciones precipitadas, inconsultas de la más elemental lógica e inadecuadas para el momento que se vive en atención a las exigencias del cargo que se desempeña, en el presente caso el de vigilante o celador".

El vocero de la sociedad ante la instancia, adujo: "Porque es evidente que ninguna otra causa diferente a la imprudencia, fue la que llevó al sindicado a terminar con la vida de ANGEL JOSE RIVERA quien, no se discute, efectuó extraños movimientos en el interior de la entidad bancaria, y ello bien pudo crear en la mente del acusado la errónea creencia de que estaba frente a un delincuente, próximo a atentar contra el ajeno patrimonio de la entidad que custodiaba.

"Pero si bien es cierto que se da por sentado que el occiso sí pudo despertar sospechas en el vigilante, no sólo por sus movimientos, sino porque continuamente miraba su reloj y esperaba la entrada de alguien, ello no desdibuja el acto ilícito perpetrado, el cual hay que calificar como culposo, que no intencional, por las razones que adujo el a-quo y que esta Fiscalía comparte.

"Es que sin lugar a dudas en autos se encuentra debidamente establecido que el occiso no era el antisocial que se imaginó su victimario, y que éste no procuró por ningún modo cerciorarse previamente sobre las razones que motivaban la presencia del interfecto en la Institución Bancaria. De haberlo hecho, indudablemente se hubiese evitado la tragedia".

Además, al pronunciarse acerca de la petición excarcelatoria ya reseñada, expuso el representante del ministerio público: "...si bien es cierto que la calificación del mérito del sumario fue acertada, también lo es que FERNANDO DE JESUS DURANGO SANMARTIN no sería acreedor, en el supuesto de una sentencia condenatoria, ni al otorgamiento de la condena condicional ni a que se le impusiera el mínimo de la sanción establecida en el artículo 1º de la

Ley 164 de 1938, sustitutivo del artículo 370 del Código Penal, la cual podría ser susceptible de un notorio aumento con base en el artículo 36 íbidem, pues la gravedad y modalidad del hecho delictuoso investigado, lo mismo que la peligrosidad que el procesado demostró en su imprudente y/o negligente manera de obrar, son hechos que en modo alguno pueden cuestionarse en el caso que nos ocupa”.

Aspecto material del homicidio: El examen médico forense reportó serios destrozos orgánicos, en el recorrido de uno de los dos proyectiles, derivados del accionar del revólver marca Smith Wesson, calibre 38 largo (descripción de fls. 112). Herida de cero ocho centímetros de diámetro localizada a nivel del tercio superior cara externa de brazo derecho, reza la diligencia de necropsia, fls. 51, y que ocasionó “sección parcial de tráquea y esófago”. Al añadirse la certificación civil de defunción y el acta de levantamiento de los despojos mortales (fls. 87 y 1 vto., respectivamente) es pertinente amojonar la modalidad del lesionamiento.

Posición del sindicado. Dual y contradictoria, se presenta. En un principio, trató de enrutar su explicación hacia una defensa o reacción frente a un acontecimiento físico e inusitado de la víctima. Así lo dijo ante la policía judicial, en versión que es visible a fls. 9 y vto., y cuyos términos no es menester escribir. Los dos informes de la SIPEC (fls. 7 y 8), coadyuvan el texto. Y en la indagatoria lo reiteró: “. . . en un abrir y cerrar de la puerta me sentí cogido por detrás, con la mano derecha me agarró el revólver que lo tenía yo terciado al lado derecho y con chapuza y la otra mano me la puso sobre el estómago, entonces yo, pensé en algo serio que se trataba de un atraco, entonces como pude lograr asegurar la puerta de la calle con llave para evitarle la entrada a alguien si era que él esperaba alguien, después quise coger el revólver con mi mano izquierda y lograr hasta sacarlo creyendo que en las manos estaba más protegido lo agarré de la cacha con la izquierda y con la derecha lo cogí del cañón, él al ver que mi revólver estaba en las manos se le pegó del tambor, entonces yo ya me puse a forcegear (sic) con el hombre para ver como me lo quitaba de encima, cuando a los pocos segundos sentí una detonación de arma de fuego, entonces pensé “me van a jatar (sic) Dios mío” a los pocos momenticos sentí otra detonación ahí fue cuando me sentí libre y observé que el señor cayó allá botando sangre. . .” (fls. 13 vto. y 14).

Faltó a la verdad el vigilante de la firma Seguridad de Colombia-Antioquia Limitada, al introducir este relato, pues el señor Rivera Arango llegó y permaneció en actitud pacífica en el interior del Banco, y hasta el momento no hay voz disidente que acepte colocarlo desafiante y agresivo, tal y conforme, sin sujeción a la realidad, lo hizo el sindicado. En segundo lugar, no existió lucha, forcejeo o combate, ni siquiera breve, entre el desprevenido ciudadano que se limitaba a esperar, en la antesala, la gestión de su esposa y la cita con un amigo, y el impaciente celador Durango. A doce metros de los prota-

gonistas se hallaba el empleado Hugo Antonio Ardila; más o menos a unos ocho metros, Darío Restrepo Upegui (fls. 21); a “unos veinticinco metros”, Jaime Humberto Duque (fls. 34), de donde “se hace el celador”. Y en igual sentido Martha Olga Valencia (fls. 35), María Gilma Villegas (fls. 36) y Raúl Antonio Serna (fls. 38), y ninguno de ellos observó o escuchó “ruidos, murmullos, bulla como de lucha o forcejeo entre personas”. En último término, el revólver no podía dispararse accidentalmente, requiriendo montar su martillo y accionar gatillo o “directamente accionado su gatillo para llevar al máximo de monte su martillo, esto se debe más que todo al completo ajuste que el arma tiene”, significó el experto en balística (fls. 112).

Así las cosas, cogido en la trampa, ante la evidencia de que en forma alguna había sido atacado físicamente, se le montó, al procesado, o se le prefabricó, la “ampliación de indagatoria” de fls. 63 y siguientes. Es una pieza saturada de exageración tendiente a que se le crea se defendió de la actitud de amenaza discernida por el occiso. Mezcla lo del estuche (con un taco de billar partido en dos) con armas de cazadores. La mirada del pedagogo, se torna agresiva. Sus pasos, furtivos hacia las taquillas. Y la observación reiterada del reloj —cuestión cierta— por don Angel José. Entonces culmina diciendo que éste “se paró con su artículo en manos y se vino hacia mí, yo tomé todo el caso de la precaución y de inmediato le disparé. . .”.

Consideraciones de la Sala

La necropsia hace ver la inexactitud de esta nueva posición del sindicado. Si su primera versión, donde coloca a la víctima dizque agredido material o físicamente, le fue dictada dizque en las oficinas del F-2 (“que dijera de que yo había forcejeado con el tipo”, fls. 63 vto.), está “ampliación de indagatoria” conserva la misma línea de aleccionamiento, agravada por la deliberación que impone el tiempo. El examen de médicos patólogos, reporta que el proyectil penetró “a nivel del tercio superior cara externa del brazo derecho” y “en una dirección de derecha a izquierda y en dirección horizontal de abajo hacia arriba” (fls. 51 y 52). Ello demuestra que el señor Rivera *no se abocó al sindicado*, sino que recibió el disparo en condiciones de absoluta pacificidad en él. *De lado*.

Otra cosa es el vaivén de la mirada del reloj, en procura del amigo que, entre otras cosas, no alcanzó a llegar, conforme lo pretende la parte civil, mediante el testimonio abiertamente sospechoso del mismo: Luis Gutiérrez Machado, fls. 122 vto. A éste también se le adoctrinó en lo del “taco desarmable”. Pero lo que juega aquí es el factor de intranquilidad de don Angel José, inquieto y desesperado por dar comienzo al “chico de billar”. De ahí su infortunada colocación entre la puerta de acceso del público —separada de la general del edificio— a las oficinas del establecimiento bancario, en sí, y los puestos de trabajo de los empleados. La escena duró cuatro minutos,

aproximadamente, según la versión de la viuda, señora Emma Oviedo de Rivera, visible en la acre diligencia de confrontación con el sindicato (cuaderno de la parte civil). O veinte minutos, según éste (fls. 64). Se trata de un tiempo psicológico, para el caso, y, por tanto,, puede prosperar el análisis.

El taco, desarmado, se unía a factores de desasosiego en el desapercibido educador: Miraba el reloj y se mostraba nervioso. Esto, unido a las instrucciones del manual de seguridad de la firma privada (fls. 65 vto.; 76; 102 vto. y 103), en un hombre que había desempeñado el cargo de agente de la policía por espacio de seis años, o sea con predisposición o lavado de cerebro a la defensa de valores donde lo institucional se confunde con lo bursátil, con un año escaso de escuela primaria, tenía que producir el desgraciado episodio que ahora se lamenta: la muerte gratuita del humilde educador. En eso paró la consigna de la agencia y negocio de vigilancia en manos de particulares o de militares retirados: "a defender los bienes del banco con el revólver" (indagatoria, fls. 17).

La óptica apropiada para el error que recae sobre las circunstancias del hecho, esto es, la imaginaria y por tanto falsa apreciación de las mismas, su deformación tras el prisma del peligro que no existe sino en la mente del actor, es la imprimida por el señor Juez de conocimiento, atinente al segundo apartado del artículo 23 del Código Penal: *Error esencial de hecho evitable*. Las llamadas "causas de justificación putativas", por la doctrina, no responden a factores que borren la antijuridicidad de la conducta, como de legítima defensa *objetiva* (art. 25, ord. 2º Ib), por ejemplo, figura en la cual desaparece la responsabilidad tanto penal como civil. Aquí, en el error esencial de hecho, como tema básico, cuando éste se presenta como evitable, la culpabilidad se ve disminuída, y el tipo delictivo obedece a la estipulación culposa, en vez de la dolosa. Acogida por el legislador colombiano, la estructura causal de la acción, no es factible el vocabulario finalista de error de prohibición, pues el artículo 12 del Estatuto actual consagra el dolo o la culpa como los dos elementos de la culpabilidad. Es evidente que Durango, objetivamente, realizó el tipo penal del homicidio (art. 362 ib.), pero desde el ángulo del principio fundamental del derecho penal moderno (nulla poena sine culpa), no se responsabiliza a una persona por la mera producción causal o física de un hecho, sino por el contenido subjetivo que animó la acción. No previó los efectos nocivos de su acto, habiendo podido preverlos, puede adjetivarse de la conducta de Durango. Porque, ¿cómo responder afirmativamente el interrogatorio de que si éste se hubiera representado la pacificidad y honradez del inquieto educador, habría procedido conforme lo hizo? Ningún vínculo, ningún sentimiento de enemistad, y, sobre todo, la consecuencia para él ahora se mide en su significado de reclusión. Luego, ello confirma la seriedad de la tesis del auto impugnado; Durango actuó creyendo defender los intereses bancarios, pero en forma torpe, poco cuidadosa, por negligencia, en suma, llegó a ese error.

De la excarcelación. Tiene vigencia lo enseñado en la Ley 17 de 1975, artículo 7º, numeral sexto, que indica el beneficio de libertad provisional, para el sindicato que reuna los requisitos del artículo 80 del instrumento sustantivo. Se brinda lo de la cantidad, hipotéticamente hablando, a la calidad en la pena. No ha sido condenado por delito alguno el procesado; su conducta hasta el momento puede calificarse como buena. La modalidad del hecho delictuoso es grave, desde el ángulo externo del impacto social causado por la negligencia y torpeza del celador, auspiciada por la firma privada de seguridad y tolerada por el banco. Pero, precisamente, viene de considerarse a nivel de la culpa y no del dolo. Pesan, en sentir de la Sala, los primeros requisitos, su cumplimiento. Por tanto, se reconocerá el derecho a la excarcelación, previa fianza, así sea contrariando la respetable posición del vocero de la sociedad.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala Penal de Decisión, CONFIRMA el auto de fecha, procedencia e índole puntualizadas, que por vía de apelación se revisa.

Previa fianza por la suma de mil pesos (\$ 1.000.00), y aceptación de las obligaciones inherentes a la buena conducta, al igual que la atención a requerimiento judicial, ordénase la libertad provisional de FERNANDO DE JESUS DURANGO SANMARTIN.

Discutido y aprobado, en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE y DEVUELVA.

Los Magistrados,

Edgar Tobón Uribe

José Aguilar Pardo

Fernando Coronado Ramírez

El Secretario, *Alberto García Quintero*

CUESTIONARIO:

Dr. Nódier Agudelo Betancur

NOTA: Con fundamento en la providencia anterior, hacemos a continuación un cuestionario que permitirá al lector discurrir sobre la problemática teórica que envuelve el caso en estudio. El mismo puede ayudar a los estudiantes de Derecho Penal, Parte General, a sondear los conocimientos sobre algunas partes de la materia.

1. ¿Qué concepto del dolo acoge la providencia, teniendo como marco de referencia la "teoría del dolo" y la "teoría de la culpabilidad"?
2. ¿Asume la providencia que "dolo" e "intención" sean una misma cosa?
3. ¿Según piensa el Tribunal es suficiente para la existencia de una *acción* referida a un tipo concreto, por caso el art. 362, que existan factores objetivos y subjetivos o bastan los objetivos?
4. ¿Dónde ubica el Tribunal el problema de la averiguación del contenido de la voluntad?
5. ¿Según el Tribunal, el artículo 23 numera 2º, abarca tanto el error de tipo como el error sobre el aspecto objetivo de las causales de justificación?
6. ¿En qué parte de la estructura del delito se debe solucionar la problemática del error según la providencia?
7. ¿Con base en qué artículos del Código Penal de 1936 puede solucionarse el denominado en la teoría actual "error de tipo"?
8. ¿Son equivalentes las expresiones "causales de justificación putativas" (mencionadas en la providencia) y "causales de justificación negativas", a las que alude Ferri en su obra "Principios de Derecho Criminal"?
9. ¿Cómo tratan la Doctrina y la Jurisprudencia nacionales la defensa putativa de la vida: como error de hecho o como error de derecho?
10. ¿Es correcta la asimilación error de hecho — error de tipo y error de derecho — error de prohibición?
11. ¿Con base en el concepto de dolo que da la Teoría Finalista de la acción, diría usted que el celador obró dolosa o culposamente?
12. ¿En la terminología de la Teoría Finalista de la acción, usted diría

que el celador obró con error de hecho, de tipo, de derecho o de prohibición?

13. Tenga a la vista el Capítulo VII del Nuevo Código Penal. ¿Según este Código, podría decirse que el celador Durango obró con dolo?
14. ¿Con base en el Nuevo Código Penal, artículo 35 y siguientes, es necesario y *suficiente* la constatación del dolo, culpa o preterintención para que se diga que el sujeto es culpable? ¿Es *necesario* pero no *suficiente*?
15. ¿La defensa putativa de la vida, en el Nuevo Código Penal, constituye un error de tipo o un error de prohibición?
16. ¿Si usted fuera a juzgar el caso que tuvo a la vista el Tribunal, y sobre la base de que se aceptara que el error del celador fue *invencible* qué solución daría al caso? ¿Y sobre la base de que el error hubiere sido *vencible*? (tal fue la base fáctica de la cual partió el Tribunal).
17. ¿Coincide el nuevo Código Penal en la regulación del error de prohibición *invencible*, con la Teoría Finalista?
18. ¿El error de prohibición *vencible* se regula conforme a la Teoría Finalista o a la Teoría Causalista?
19. ¿En el Nuevo Código Penal se regula el *error de tipo* conforme a la Teoría Causalista o a la Teoría Finalista?
20. ¿Qué objeciones hace la Teoría Finalista a la afirmación del delito culposo cuando existe un error de prohibición *vencible*?
21. ¿Cómo trata Carrara el problema de la defensa putativa de la vida?
22. ¿Dentro del Código Penal de 1936 y frente al Nuevo Código Penal, es correcto hablar de *legítima* defensa subjetiva como se habla de *legítima* defensa objetiva?
23. ¿Según nuestra ley penal sustantiva y adjetiva puede la parte civil, si absolviera al sindicado por haber obrado de manera inculpa cobrar indemnización de perjuicios?
24. Supongamos que el sujeto contra el cual se disparó con el propósito de matar no hubiera muerto. ¿Qué solución aceptaría el caso?
 - a. En el orden de ideas del Tribunal.
 - b. Según su criterio.
25. Supongamos que el celador hubiera disparado sólo con el propósito de lesionar. Frente a la muerte de la víctima, ¿qué solución daría el caso?

a. Razonando en el orden de ideas del Tribunal.

b. Según su criterio.

26. ¿Según la providencia, la previsión de “los efectos nocivos del acto” a que alude el artículo 12 de nuestro Código se refiere a la dañosidad material del bien jurídico o también al daño antijurídico del mismo?