

Juzgado Quince Superior de Medellín

¿CÓMO DEBE VALORAR EL JUEZ LA ANTIJURIDICIDAD?

—A propósito de un caso de homicidio en estado de ira,
con exceso en la legítima defensa—.

Dr. MARIO SALAZAR MARÍN
Agosto 16 de 1984

PRESENTACIÓN*

Para que el derecho penal cumpla correctamente su misión de garantía, el juez debe valorar la antijuridicidad desde un punto de vista fundamentalmente material y objetivo, comprensión que no implica en manera alguna el descuido del contenido subjetivo de la conducta. Se trata de mover el aparato del Estado solo cuando se aprecien daños sensibles a los bienes o derechos jurídicamente tutelados, en cuyo caso entrará el juez a indagar en toda su extensión el contenido subjetivo del respectivo comportamiento, precisando entonces también los aspectos anímicos que deben caracterizar cada injusto. Significa entonces que la tarea principal del derecho penal es la protección de bienes jurídicos y, en consecuencia, mientras estos no sean realmente dañados no habrá injusto, así se realicen conductas encaminadas a ese fin, no logrado siquiera en parte.

Tarea secundaria del derecho penal es la protección de valores ético-sociales, así estos hayan podido desempeñar papel principal para que el Estado se decidiera por la tutela de unos bienes jurídicos determinados, pues aunque esos valores pueden tener una aceptación más o menos general, no comportan siempre validez absoluta, puesto que los patrones de comportamiento social adolecen en no pocas veces de contradicciones internas dentro de la misma sociedad y por eso el proceso de selección de las conductas criminales se basa en principios con los cuales simplemente se conforma la mayoría. Por otra parte, esos puntos de partida para la definición de los hechos punibles no son inmutables y por el contrario pueden perder el sentido valioso que tuvieron un día, en cuyo caso cesan los motivos que dieron lugar a la tutela y esta debe desaparecer. Luego el derecho penal protege esos bienes en

* A cargo del Dr. MARIO SALAZAR MARÍN.

la medida que lo exija la ley, que a la postre es el instrumento protector de bienes, cuya violación y daño, en su orden, resultan imprescindibles para que se pueda predicar la existencia de injusto.

El desvalor de acción es importante en tanto haya desvalor de resultado, entendido este último como daño objetivo y material del bien jurídico. De manera que cuando se da la existencia del primero, mas no del segundo, será siempre superfluo hablar de antijuridicidad, puesto que puede ser un comportamiento orientado al daño y puede ser antiético, pero no será materialmente antijurídico.

La ética puede dar lugar, aunque no siempre, a la tutela, y en esa medida el derecho penal la protegerá secundariamente y por efecto, precisamente por haber servido en algún grado de soporte para la creación de la norma, protectora del bien jurídico.

Si la misión principal del derecho penal fuera la tutela de valores éticosociales, como lo sostiene WELZEL, se podría sancionar a las personas por meras acciones desvaliosas sin la existencia de la antijuridicidad material; no habría clara explicación para sancionar hechos punibles que no lastiman la ética; se daría lugar a una extrema- da subjetivación del derecho penal; se impondría la etización del derecho penal, o por lo menos se haría más difícil aún la diferencia entre el derecho y la ética y se daría pie a una culpabilidad moral, entre otros males.

Esta providencia es una buena muestra de cómo los planos de la antijuridicidad objetiva y subjetiva no están debidamente superpuestos, pues existe entre ellos un desfase, evento en el cual el juez se ha inclinado hacia la preferencia del injusto fundamentalmente objetivo (dañosidad social e individual de la conducta), sin descuidar el elemento anímico de la antijuridicidad (desvalor de acción e injusto personal), acudiendo a la institución del exceso, como fórmula apropiada para juzgar este caso con arreglo a la ley, la dogmática y la equidad.

Resulta de significativa importancia que los jueces tengan el mejor criterio para valorar el injusto, exigiendo siempre un daño real o potencial, a fin de evitar sanciones penales por meras desobediencias a las normas (antijuridicidad formal), pensamiento que exige mucho cuidado en algunas figuras del Código Penal, particularmente en los llamados delitos de “consumación anticipada”, en los cuales el legislador considera hechos punibles meros actos preparatorios o ejecutivos. En estos casos se exigirá una especial atención en la determinación del daño potencial para dejar establecida la exigencia del injusto material.

Si se piensa que el derecho penal es un instrumento de control social, debe ser efectivamente la última *ratio*, de donde se sigue que ha de cumplir fines político-criminales con el previo examen de los fenómenos criminológicos. Solo así se puede hablar de un auténtico derecho penal liberal y solo de esta manera se consigue que su misión garantista se logre con verdadera eficacia.

VISTOS:

El despacho emprende ahora la tarea de calificar el mérito del proceso, clausurada como está la investigación y cumplidos como aparecen los traslados consecuentes.

El señor fiscal piensa que el procesado L. M. H. debe ser llamado a responder en juicio criminal por la hipótesis delictiva de "homicidio", con el expreso reconocimiento del estado de ira (arts. 60 y 323 del C. P.).

El señor defensor, en cambio, tras un censo detenido del acopio probatorio y un estudio ponderado del episodio, presenta tres alternativas: una, referida a la "legítima defensa subjetiva", con el correlativo sobreseimiento de alcances definitivos. Otra, atinente al exceso en la defensa, evento en el cual habría enjuiciamiento, pero a la postre también libertad provisional. Y finalmente, el reconocimiento de una conducta culposa, también con liberación.

Se pasa a hacer el correspondiente estudio.

RESEÑA HISTÓRICA DE LOS HECHOS:

Alguna vez, un año atrás quizás, L. M. H., de 43 años, y G. T., de 59, sostuvieron un disgusto de borrachos y por eso aquel le dio a este un manotazo, incidente que no tuvo mayor trascendencia, pero que sería al final el motivo de la tragedia que dio lugar a este proceso. Resultó que P. T. A., hijo de don G., de 31 años y necio o pendenciero en estado de embriaguez, quiso vengar lo ocurrido a su padre y en varias oportunidades le ocasionó situaciones afrentosas a L. M. H. Fue así como le dijo a R. S., recién ocurrido el hecho, que estaba "muy berraco" con L. porque le había pegado a su padre y que si lo encontraba le pegaría "dos o tres puñaladas". Esto lo supo L. M. H. (fls. 21 y 79). Y fue por eso que quince días antes del lance sangriento en la zona urbana de San Pedro (Ant.) —donde sucedieron los hechos— lo trató de hijueputa y lo retó severamente a la pelea, teniendo en su poder

y en forma visible arma blanca (fls. 20-v, 37-v, 65 y 79-v). Y fue, por eso, al fin, que llegó la tragedia el 15 de abril de este año, cuando otra vez P. T. A., en estado de embriaguez —cuando precisamente se tornaba más problemático y agresivo— retó grosera y públicamente a L. M. H. con cuchillo en mano, en momentos en que el hombre ofendido se encontraba conversando plácidamente con unos amigos en la heladería "La Ventana" del citado municipio. En vista de esto, los señores V. G. y H. calmaron un poco la desenfrenada conducta de P. T. A. e hicieron que se retirara del establecimiento. Sin embargo, obstinadamente regresó, esta vez con una navaja, pero V. lo vio a tiempo y le impidió su nuevo ingreso al lugar y le hizo la admonición de hacerle detener si volvía, después de despojarlo por segunda ocasión de arma. Pero él, con terquedad insólita, volvió a los pocos minutos otra vez armado de cuchillo y se sentó en la mesa donde se hallaban M. T. y M. M., a quienes les dijo que esa noche iba a matar a ese hijueputa de L. M. H., al tiempo que preguntaba por su paradero, pues hacía poco había salido. (fls. 30-v y 40-v). En esos momentos, *precisamente*, entró él con un revólver y le disparó repetidamente a su pertinaz ofensor, ocasionándole su muerte inmediata.

El juzgado, antes de seguir, hace dos precisiones vitales para agilizar la decisión y evitar monotonías inútiles. La primera es que los dos antecedentes que tuvo con P. T. y que cita el sindicado y mencionan los testigos M. A. A. y R. de los M. S., los debe dar el juzgado por demostrados, toda vez que no dispone de prueba o razón alguna para asegurar lo contrario. Y la segunda, refiere a la no necesidad de detallar todos los pormenores probatorios que demuestran efectivamente que los hechos ocurrieron conforme a las modalidades que corren descritas. Declarantes como J. A. C. (administrador de la taberna, fls. 2), J. R. O. (juez del municipio, fls. 4), V. G. (personero municipal, fls. 25), H. M. (guardián de la cár-

cel, fls. 28), G. M. M. (fls. 30), F. A. A. (fls. 24), R. A. Z. (fls. 35-v), M. A. A. (fls. 37 y 79-v), R. E. (fls. 38), M. T. (fls. 40) y M. O. T., ponen en claro que las cosas sucedieron así, evaluando obviamente sus testimonios en perspectiva de conjunto y con el prisma de la apreciación racional o juicio crítico del juez.

Sin embargo, el señor abogado del proceso sostiene que de las versiones de todos los testigos presenciales no emerge con los trazos de la evidencia que L. M. H. hubiera entrado *con el revólver en la mano*, ni resulta sólida la afirmación de que P. T. A. en verdad no hubiese llevado a cabo algún movimiento de agresión en contra de su cliente, o que por lo menos le haya dado pie a este para haber creído razonablemente tal cosa. Ninguno de los testigos, dice, vio con exactitud los movimientos de uno y otro, a tal punto de ofrecer certeza.

Però aparte de que el acopio probatorio de un proceso no se puede dividir para evaluarlo, por lo menos dentro de la órbita de la imparcialidad del juez, a quien la ley le ordena que mire las pruebas desde la atalaya para que logre esa visión de conjunto y evite su dañino cuarteamiento, para el despacho y para la justicia resulta a la postre indiferente que L. M. H. hubiese ingresado con el revólver en la mano o que lo hubiese blandido tan pronto llegó al umbral del establecimiento, por algo fundamentalmente cierto y materialmente comprobado en nuestra opinión: que el movimiento de las manos hacia la cara que cumplió P. T. A. fue una actitud instintiva de conservación; que no fue *causa* de los disparos de L. M. H. sino su *consecuencia*; no fue *acción* sino *reacción*; no fue *anterior* a la acción de disparar sino *posterior* a ella; que no fue, en fin, el *motivo* de los disparos, sino el *resultado* de estos.

Luego la *consecuencia* de los disparos fue el movimiento de alarma de P. T. A., de protección instantánea e instintiva, de temor, de cualquier cosa menos de agresión

física o material de parte de este en ese instante. De suerte que no podrá tener éxito la aspiración de hacer ver que esa *consecuencia* fue la *causa* de esa acción mortal de disparar. Semejante inversión no se puede tolerar frente a la idea que pergeña el proceso en torno a las modalidades ya descritas del episodio.

Veamos y comprobemos que así fue.

"Yo solamente vi que levantó la ruana e hizo los disparos, pero no sé en qué posición llevaría el arma. *Preguntado*: ¿Cuál fue la reacción del agredido en este instante? *Contestó*: No sé, pues eso ocurrió tan intempestivamente, ya que él intentó pararse y luego cayó... no dio tiempo de nada. El hizo los primeros disparos casi desde la puerta", apunta el administrador J. A. C. (fls. 2-v).

"No le dio tiempo ni siquiera de pararse; sentado en la silla, le hizo tres disparos a quemarropa. Y luego los otros dos...", expresa J. R. O., juez de la localidad y testigo presencial de la ocurrencia.

"Don L. no le dio tiempo de decir nada, porque él llegó directo y le disparó... debió haber entrado con ella lista (el arma) porque inmediatamente pisó la puerta... acercándose le disparó, no dándole tiempo a P. de pararse, ...eso fue instantáneo... lo sorprendió el tiro a P. ...", testifica G. M. M., sentada en ese momento en la misma mesa con el occiso. (fls. 31-v y 67-v).

"... todo ocurrió en un segundo, sinceramente no dio tiempo de reacción, casi ni de levantarse de la silla...", dice R. A. Z., mesero del establecimiento. (fls. 36).

"... de improviso entró una persona y disparó sobre el que después supe que se llamaba P. T. A., ...cuando lo vi ya tenía el arma en la mano, no sé si la llevaba empuñada o no, ... y sin mediar palabra, que yo me haya dado cuenta, hizo las descargas sobre T., primero se sintieron tres rápidamente y luego dos... eso fue *de una rapidez impresionante*, es decir avanza un poquitico y lo ve, avanza un paso, estira más la mano y suenan los disparos, inmediatamente ocu-

rió todo...”, anota el zootecnista R. E. G. a fls. 38-v. 39 y 71 “... don L. entró y entonces... yo inmediatamente grité pues me dio mucho susto porque cuando yo lo vi, lo vi con el revólver en la mano y entonces yo grité y... al momentico sonó el disparo y sucesivamente los otros... yo vi cuando él subía, yo estaba mirando directamente a la puerta...”, apunta M. L. L., cuyo testimonio lo ilustra con la fotografía núm. 22. (ver. fls. 70-v y 105).

Y escúchese qué pormenorizada es la depo-nente M. L. L.: “... cuando sonó el primer disparo P. estaba allí sentado, cuando oí el segundo disparo P. estaba sentado, cuando oí el tercer disparo ya se estaba cayendo sobre la derecha, cuando oí el cuarto disparo P. ya estaba en el suelo, y cuando oí el quinto disparo P. estaba en el suelo...” (fls. 70-v).

La creencia errónea de L. de haber sido agredido físicamente por su enemigo en ese momento, como lo plantea su abogado, no puede tener cabida, dadas las claras modalidades como en verdad ocurrieron los hechos, pues todos los testigos oculares expresan con armonía el unilateral acometimiento que cumplió el procesado, en un instante en que P. no llevó a cabo movimiento alguno, como dato fenomenológico que le dé aliento al error de prohibición invocado en este preciso aspecto.

Cuando el sindicato sostiene que al entrar a la heladería P. le “mandó la mano al cuello” y le dijo “ahora sí se te llegó la hora gran hijueputa”, incurre en mentira maliciosa, porque ni la víctima hizo tal cosa, ni tuvo oportunidad de decir nada. El conjunto probatorio demuestra hasta la convicción que L. llegó a causar la muerte a su ofensor por su persecución y asedio permanente y por la muy grave e injusta provocación que le acababa de hacer.

Ya el despacho lo había dicho y lo reitera hoy en iguales términos: “Nadie en este proceso se atrevería a negar que P. provocó grave e injustamente a L. El reto en público con arma blanca fue sin lugar a dudas deni-

grante para él y el indubitable estado de ira de ahí proveniente fue irrefragablemente la palanca psicológica para que se produjera esa acción de violencia. Esto se entiende con descollante sencillez”.

Por esta vía —y según esta faceta del análisis— no hay lugar al error como causa excluyente de la culpabilidad o de disminución del reproche, por cierto en ninguno de sus dos grados de invencible o vencible, como para hablar, por ejemplo, frente al segundo caso, de acción o conducta culposa, que sería la única hipótesis susceptible de examen ante la ley colombiana, pues recordemos que en Alemania, v. gr., existe la posibilidad del delito doloso atenuado por el error vencible.

Pero así como el juez niega, de tal suerte, por lo menos desde este punto de vista, esa mal llamada “legítima defensa subjetiva”, porque puede ser legítima pero que no es jurídicamente defensa, va a admitir otra alternativa, esta sí obediente a la realidad y respetuosa de la verdad. Más aún, justa en nuestra opinión, no solo desde el ángulo visual del derecho penal, sino también desde el punto de vista criminológico, frente a la reflexión de la filosofía de la pena y de los fines que la inspiran. Será, según nuestro pensamiento, una decisión materialmente justa y dogmática y político-criminalmente correcta.

En efecto. La tradición del derecho penal ha considerado que las conductas injustas deben examinarse desde el punto de vista fundamentalmente objetivo, a fin de evitar que a los destinatarios de la ley se les sancione por comportamientos que no ocasionen daños reales o potenciales a bienes jurídicamente protegidos, así ellos estén encaminados consciente y voluntariamente a tales objetivos. Se trata de que el derecho penal, para decirlo con palabras cortas pero claras, no sea un derecho de puro ánimo que sancione más lo que el sujeto quiso hacer, que aquello que verdaderamente hace en el mundo real. Es decir, que se mire más si material

y objetivamente dañó un derecho para indagar después si lo quiso hacer o no, o si lo ocasionó imprudentemente. Y no al contrario.

Pero el finalismo, en cambio, dice JESCHECK, “defiende la tesis extrema de que el desvalor del resultado (llámese daño) carece por completo de significación para el injusto y que la razón de su admisión por el legislador en el precepto penal es solo, la de que la necesidad de pena ha de vincularse a una manifestación externa del desprecio de la prohibición. En el concepto de delito el desvalor del resultado sería únicamente, por tanto, una condición objetiva de punibilidad” (Véase *Tratado de derecho penal*, t. 1, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, pág. 322).

JESCHECK, sin embargo, no es propiamente exacto. Si en verdad el mismo WELZEL subraya y pone relieve en el desvalor de acción y con ello en el injusto personal, no se olvida del resultado como parte integral del hecho punible, aunque sea en forma secundaria. Dice él al respecto:

“En la mayor parte de los delitos es, sin duda, *esencial una lesión o peligro de un bien jurídico*, pero solo como elemento parcial de la acción personalmente antijurídica, nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico agote lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (el desvalor del resultado) tiene solo relevancia en el derecho penal dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de la acción)”. (*El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de José Cerezo Mir, Barcelona, Ed. Ariel, 1963, pág. 68.

“La moderna teoría del delito, por el contrario —afirma entonces JESCHECK— parte de la observación de que la antijuridicidad del hecho *no se agota en la desaprobación del delito, sino que también la forma de producción* (del injusto) *debe incluirse en el juicio de desvalor*. De ahí se sigue para la dogmática actual la fructífera distinción de desvalor del resultado y desvalor de la acción en el injusto”. (Ob. cit., pág. 322).

Esta distinción entre desvalor de acción y desvalor de resultado simplemente es la consecuencia de la doble misión del derecho penal. En el primer caso (desvalor de acción) se refiere a la tutela de valores éticosociales. Y en el segundo (desvalor de resultado) atañe a la protección de bienes o derechos. Luego no se mira solo la acción desvaliosa sino también el daño efectivo y desvalioso.

En punto al desvalor del resultado se ha examinado otra vez el caso *sub judice* y el juzgado encuentra razonable tener en cuenta la permanente agresión de P. hacia L., cuya persistencia ubicó en situación de zozobra a este último ante la probabilidad de seguir amenazado por aquel, o incluso de ser agredido materialmente, como por ejemplo esa noche que P. estaba decidido a darle muerte a L. o que este se la diera a él.

El diligenciamiento acredita que en el momento de recibir los disparos estaba precisamente diciendo y repitiendo esa premonición, prolongando así hasta ese instante su persistente decisión de acometer a L., según estos breves pero concluyentes apuntes probatorios: “... nos mostró un cuchillo que tenía entre la pretina del pantalón, ...entonces yo le dije que dejara tanto problema... entonces él me respondió ‘*Yo lo mato o me mata*’, fue lo último que él habló, entonces en esas yo vi que él hizo como así (la depo-nente levanta las manos abiertas a la altura de la cara), pero en esas que él hizo así sonaron los disparos...” (fls. 40-v y 66); “yo supongo que lo vio entrar porque ella (M. I. L.) gritó ‘V. lo mató’... nosotros estábamos pilas ya con el problema porque el pelao ya había entrado tres veces... dos que no se sentó y una que se sentó. ...” (fls. 69); “... yo sí lo oí hablando, ...no alcanzaba a oír qué era lo que decía, ...pero oí que decía rico hijueputa, lo mismo que le gritaba al principio...” (fls. 69-v).

Esa hostilidad permanente, empero, no permite que se acoja sin ningún examen crítico el contenido de las decisiones que repro-

duce en parte el libelista en las páginas 89 y siguientes de su extenso alegato, con ponencia del magistrado JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, porque ello en este caso tiene tanto de largo como de ancho. Siempre será necesario que por parte del occiso hubiese existido un movimiento, un gesto, una actitud o en todo caso un dato real o fenomenológico que permita fundar el error o la creencia invencible de que se va a ser atacado, dato real que precisamente aquí se ha negado con los perfiles de la verticalidad, mas no allá que se ha sostenido con unas bases que no interesan en el evento de hoy.

Verdad es que frente a un adversario así tan contumaz y testarudo podría afirmarse con alguna razón, muy humana y comprensible, que tal cosa sería una agresión permanente con las trazas de la inminencia, en cuyo caso sería jurídicamente viable la admisión de la defensa legítima. Pero aquí importa recordar esto que se dijo ya en este proceso:

“Pero como la actualidad o la inminencia tiene que crear la necesidad impostergradable de la acción de defensa antes de que sea demasiado tarde, esa actualidad no puede encontrarse en una posibilidad de peligro futuro o en una situación que no cree la angustia de reaccionar momentáneamente”.

Sin embargo, si cabe por ese asedio y esa conducta humillante para el inculpado, la afirmación de que la citada agresión crónica o permanente era *potencialmente actualizable*, puesto que en cualquier momento se podría repetir la afrenta. Ya estaba entonces en juego su honor y su derecho a vivir tranquilamente sin los abusos de nadie, pues, como expresa MANUEL LUZÓN PEÑA, “es defendible el simple bienestar físico contra los malos tratos de obra aunque no causen lesiones”. (*Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona, Ed. Bosch, 1978, pág. 432).

Pero para que esta agresión llamada por el juez “potencialmente actualizable” no se vaya a entender inminente, conviene reproducir esto que expresa LUIS COUSIÑO MAC

IVER: “Pacheco dice que para que surja el derecho a defender *no basta con las amenazas*... Basta para autorizar el ejercicio de este derecho... que sea *inminente* la acción, que de hecho *se nos amague*, que haya en realidad tentativa contra nosotros... no es necesario que se haya consumado pero sí que *se haya intentado el mal*...”. (*Derecho penal chileno*, t. II, Ed. Jurídica de Chile, 1979, pág. 255).

Por cierto esta afirmación cabe incluso frente a este apunte de CARLOS LOZANO Y LOZANO, muy utilizado en el foro para predicar esa causal excluyente del injusto: “Cuando se reacciona contra un mal ya sufrido, o se trata de prevenir un mal futuro, es decir, un mal para evitar el cual pueden usarse de medios inocentes, se obra por venganza o se usurpan las funciones de la autoridad. Pero es preciso observar que el concepto de actualidad debe entenderse durante todo el espacio de tiempo en que dura o subsiste el peligro el cual puede prolongarse en ciertas hipótesis...” (*Elementos de derecho penal*, 2ª ed., Bogotá, Ed. Lerner, 1952, pág. 249).

Quien provee no pretende con esto recoger ningún argumento, porque ya había dicho y lo sostiene ahora que la conducta de L. M. es antijurídica, pues la legítima defensa exige un baremo, un requisito irrebutable, un moderamen, una exigencia insustituible que se llama actualidad o inminencia material de una agresión, que no se presentó aquí específicamente.

Pero esa agresión permanente y *potencialmente actualizable*, se acerca en buen tramo a ese acometimiento real, actual y específico, en cuyo caso la muerte ocasionada sí comporta un desvalor de resultado pero notoriamente disminuido, porque frente al Estado, a la sociedad y al procesado, P. estaba perturbando los derechos del primero y este a su vez estaba adquiriendo en algún grado el derecho a defenderlos.

El problema, con todo, no es tan simple, porque todo indica que el impulso inme-

diato que presidió su acción mortal fue la venganza, en cuyo caso salta a los ojos del juez el desvalor de acción y el ataque al derecho penal en cuanto a los valores ético-sociales que gobiernan la sociedad, cuya protección cumple también —por lo menos de manera secundaria y por efecto—, cuando menos despreñada de su misión principal de tutelar los derechos o bienes de los asociados.

Pero como L. no tiene por qué entender esto de la antijuridicidad fundamentalmente material y objetiva y su conducta debe apreciarla el juez en su exacta dimensión social, lo que verdadera y justamente debe sancionar la justicia es esa defensa *exagerada* de sus bienes sin la existencia previa del estricto moderamen, pues como lo habíamos dicho, esa actualidad no puede encontrarse en una posibilidad de peligro futuro o en una situación que no cree la angustia de reaccionar inmediatamente. Pensar distinto sería permitir una laxitud tal que distorsionaría la filosofía que inspira la institución de la legítima defensa. Por supuesto que el juzgado no tiene que reevaluar idea alguna en cuanto al exceso, ya que sobre ello no había dicho nada antes.

Sucedió entonces que el comportamiento del inculpado tuvo una doble significación en su fuero interno. De una parte, tuvo conciencia de la permanencia de la agresión y de que su acto “de defensa” excedía los parámetros prohibitivos de la ley, puesto que tales excesos no los puede permitir el legislador y eso lo sabía él y sobre tal aspecto tenía conocimiento de lo injusto del hecho. Y de otro lado, actuó por venganza, puesto que siendo antijurídico el exceso, fue precisamente la vindicta el motivo determinante de este último.

Esta manera de evaluar el contenido subjetivo de su conducta no constituye obstáculo alguno, de otro extremo, para comprender que el homicida estuvo al mismo tiempo bajo los impulsos del estado de ira por esas graves e injustas provocaciones de su adversario, pues como decía SENECA “la ira está sedienta de venganza”.

Concluyendo, entonces, tenemos un desvalor de acción encaminado a producir un desvalor de resultado a lo mejor más intenso del real y objetivamente producido, por aquello de la venganza que presidió en ese momento de la acción violenta. Pero que en sede de la antijuridicidad, esta debe ser apreciada por el juez en su verdadera extensión y contenido social, como dispensador de la justicia humana, en cuya tarea debe mirar no solo hacia el injusto sino también hacia los fines de la pena y sus proyecciones criminológicas. Por fortuna el juez siempre tiene a su disposición la fórmula insustituible de la equidad.

Vale la pena en este punto escuchar esto que acaba de decir FRANCISCO MUÑOZ CONDE:

“La antijuridicidad es una categoría del delito que puede ser graduada, es decir, admite diversas valoraciones desde el punto de vista de su gravedad. Normalmente, la mayor o menor gravedad de la antijuridicidad de un hecho se tiene en cuenta en la configuración del tipo de injusto específico de un delito... Otras veces, la diversa gravedad de la antijuridicidad se refleja en una simple circunstancia modificadora, agravante o atenuante... Las causas de exclusión de la antijuridicidad no admiten, en cambio, estas graduaciones; si excluyen la antijuridicidad es porque se dan *completas* con todos sus elementos, *subjetivos* y *objetivos*. La falta de alguno de estos elementos o el exceso en el ejercicio de la causa de justificación puede incidir, sin embargo, atenuando el juicio de antijuridicidad sobre el hecho” (*Teoría general del delito*, Bogotá, Ed. Temis, 1984, pág. 96).

Pero adviértase: en este caso también juega su papel si en torno a la antijuridicidad se aprecian en un mismo pie de igualdad los factores *objetivos* y *subjetivos* que la integran, o si se le da prevalencia a unos u otros. Si a los primeros, se tratará de una antijuridicidad fundamentalmente objetiva; si a los segundos, una antijuridicidad funda-

mentalmente subjetiva, con el riesgo en este caso de bordear demasiado un derecho penal de puro ánimo, recargándolo de sanciones por meras desobediencias a sus normas, así no dañen efectivamente los derechos. Bastaría entonces la antijuridicidad formal.

Mientras la primera concepción ve como misión del derecho penal la protección de bienes jurídicos, rezagando la tutela de los valores éticosociales, la segunda protege más los valores ético-sociales que los bienes jurídicos. Modernamente un sector de la doctrina propende hacia un equilibrio, pero parece que si se mira principalmente el daño a los bienes como factor primordial para apreciar la antijuridicidad, se protegen de mejor manera las garantías individuales que proclama un derecho demoliberal, pues mientras el destinatario no ocasione un daño no se le sanciona penalmente. No por otra cosa el Código Penal de 1980, por ejemplo, suprimió el delito imposible, anclado en un evidente peligrosismo y en una conducta que explica la criminodinámica.

El calificador, pues, en aras de los beneficios otorgados por nuestro Estado de derecho, acoge en este caso la primera concepción, pero deja indemne su pensamiento de que la misión del derecho penal está no solo encaminada a tutelar los bienes, sino también a proteger los valores éticos, aunque esta última tarea la cumple en forma secundaria y por efecto de la misión principal.

De manera que la conducta del procesado de autos encuentra su encuadramiento dentro de los límites de los arts. 30, 60 y 323 del Código Penal de 1980, cuyos efectos regirán el juicio que como consecuencia se va a iniciar, reunidos como están los presupuestos que para tal fin exige la ley de procedimiento a través de su art. 481. Como que la parte objetiva, además, se encuentra debidamente acreditada con el levantamiento del cadáver, el registro civil de defunción y el dictamen de necropsia, según actas incorporadas a fls. 1, 48-v y 49.

Resulta claro, igualmente, con arreglo al proceso de adecuación típica que se viene de cumplir, que el justiciable M. H. podrá hacer uso de la libertad provisoria, con base en la viabilidad del sustituto penal de la condena condicional, cuyas exigencias reúne a la luz de la ley y conforme a la filosofía que inspira ese subrogado. Pues en el evento de una sentencia de condena, el reo, a pesar de la consiguiente culpabilidad, no necesitaría la pena, dada su personalidad buena y aceptable en el contexto comunitario. (Véase a JUAN CÓRDOBA RODA, *Culpabilidad y pena*, Barcelona, Ed. Bosch, 1967, pág. 56; y arts. 68 del C. P. y 44, num. 3º, de la ley 2ª-84).

Prospera así la solicitud subsidiaria del exceso en la defensa que plantea el señor apoderado, si bien no por la vía del error de prohibición, sino por las razones que corren expuestas.

Finalmente, el juzgado, frente a la satisfacción de los presupuestos consagrados en los arts. 138 y 139 del Código Procesal Penal, va a embargar el inmueble distinguido con la matrícula 001-0128411, de propiedad en parte del procesado, medida que se considera suficiente para garantizar el pago eventual de los perjuicios ocasionados con el hecho. Para ello se prescindirá de exigir la caución de que trata el art. 141 del mismo estatuto, puesto que ni la acción es temeraria, ni el ameritado bien pertenece a terceros. Este criterio lo ha sostenido precisamente el despacho por faltar los presupuestos en que se funda la exigencia de garantía.

Se escucha, así, la petición del señor apoderado de la parte civil.

Por tal virtud, el Juzgado Quince Superior de Medellín, de acuerdo en parte con el señor fiscal, *llama a responder en juicio criminal*, por los trámites que establece el decreto 409 de 1971 —actual Código de Procedimiento Penal— y con la intervención del Jurado de conciencia, a L. M. H., de notas civiles conocidas en el proceso, por

la hipótesis de “homicidio” que define y sanciona el Código Penal de 1980, en su libro II, título XIII, capítulo 1, según hechos ocurridos en las circunstancias modales y espaciotemporales descritas en la parte motiva de esta decisión y por cuyo medio perdió la vida el señor P. T. A.

Se ordena el embargo del bien inmueble atrás referido, en la parte que corresponde al inculcado, matriculado en la Oficina

de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín. Oficiése allí para los fines señalados en el art. 681, numeral 1º, del C. de P. P.

El procesado tiene derecho a nombrar defensor para la causa y a disfrutar de libertad provisional bajo caución prendaria de \$ 22.600.00, para lo cual tiene capacidad económica, (art. 46, ley 2-84).

Cópiese y Notifíquese.