

Foro histórico

ALEGATO SOBRE EL TEMA DE “DEFENSA PUTATIVA”

NÓDIER AGUDELO BETANCUR*

PRESENTACIÓN

El trabajo que hoy aparece en esta sección, corresponde a un caso de defensa putativa o “legítima defensa subjetiva”, como se le denominaba por la doctrina y la jurisprudencia colombianas bajo la vigencia del anterior estatuto punitivo.

La verdad, es que hoy no tiene sentido emplear tal denominación, máxime cuando es evidente que el nuevo Código Penal ha separado tajantemente el fenómeno de la *legítima defensa objetiva*, esta sí verdadera causal de justificación excluyente de la antijuridicidad, de la hipótesis conocida como *error sobre las justificantes*, o error de prohibición indirecto, que al recaer sobre el conocimiento de la antijuridicidad del hecho —elemento de la culpabilidad— excluye este último estrato del concepto dogmático de delito; la diferenciación se ve más clara cuando se observan los textos de los arts. 29-4 y 40-3, el último de los cuales estipula que no hay lugar a culpabilidad cuando el sujeto obra con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de justificación.

Lo hasta aquí dicho, nos sirve para advertirle al lector que la terminología que se utiliza, el enfoque dogmático —si así se le puede denominar—, las referencias doctrinales y jurisprudenciales que se hacen y el manejo que se le da al problema, eran los enfoques propios de la época en que ambos memoriales fueron escritos. Se acude a la clasificación del error de hecho y de derecho que consagraba el anterior C. P. en su art. 23, en vez de la moderna división error de tipo-prohibición que parece prohijar el actual estatuto represor; se habla de causal de exención de responsabilidad a la hora de ubicar la hipótesis en el cuerpo legal y no de causal de inculpabilidad, como sería hoy lo apropiado, etc. No es, pues, el problema técnico el que nos interesa destacar en estos

* Debo manifestar que estos alegatos, para su presentación, fueron firmados por el eminente penalista quindiano, Dr. HELIO MARTÍNEZ MÁRQUEZ porque en ese entonces cursaba mi 4° año de derecho y no podía actuar de manera directa en el proceso. Desde luego, de él recibí muy valiosas sugerencias y orientación decisiva. Sobre todo, quiero reiterar a ese aguerrido defensor mi permanente agradecimiento por haberme tendido su mano en aquella difícil hora.

dos libelos, el uno dirigido al señor juez superior de Armenia y el otro ante el Tribunal Superior de la misma ciudad donde se ventiló el caso: lo que importa es el manejo del supuesto fáctico por parte del autor, el Dr. NÓDIER AGUDELO, a la luz de la doctrina, la jurisprudencia, la sicología y el derecho positivo entonces vigente. Aquí encontramos conjugados tanto los aspectos sustantivos como los procedimentales y probatorios, destacándose en este último aspecto el muy interesante análisis del medio de prueba confesión y muy especialmente el problema de la divisibilidad o indivisibilidad de la misma. Pero el desarrollo de la hipótesis fáctica no para ahí; se acude a las enseñanzas de la sicología y de la siquiatria, apoyando los puntos de vista con citas de autores como MIRA Y LÓPEZ, VALLEJO NÁJERA, DI TULLIO, etc.

Hay en el trabajo un enfoque integral, llamado a ser de mucha utilidad para el estudiante que se inicia en estas duras faenas del derecho penal general, quien encontrará aquí el nexo que liga los postulados generales con el análisis del caso concreto. Tal vez, el haber olvidado el estudio del caso, ha sido uno de los mayores obstáculos para un mejor desarrollo de las disciplinas jurídicas en nuestro medio, habituados como estamos a una enseñanza que se resiente todavía de un amplio contenido exegético y donde prima el estudio frío y textual de la norma legal.

Una advertencia final: hemos colocado algunos pie de página con miras a guiar al lector interesado, confrontando brevemente los nuevos aspectos legales y dogmáticos.

FERNANDO VELÁSQUEZ V.
abril de 1983

Señor
Juez Tercero Superior
E. S. D.

Ref.: *Homicidio*
Sindicado: N. N.

Señor juez: como apoderado de N N en el proceso de la referencia, respetuosamente vengo por medio de este a presentar a usted algunas consideraciones en torno al hecho que se investiga, a fin de que haya más elementos de juicio para decidir al momento de calificar el mérito de las resultancias sumariales. Estoy dentro de los términos.

EL HECHO QUE SE CALIFICA

El día 1° de junio del corriente año, el señor N N ultimó a cuchilladas a su legítima esposa en el lecho de su residencia, a la altura de la carrera 20, número 15-16.

Ese es el hecho escueto, cuya autoría material nadie niega, nadie pone en tela de juicio, como que además de la confesión del sindicato, tiene amplio respaldo en la realidad del proceso. Es incuestionable que el sindicato de autos es el único responsable, autor material de la muerte de su esposa.

Es de examinar entonces el hecho escueto mencionado, a la luz de la doctrina, a la luz de la jurisprudencia, a la luz de la sicología y a la luz de nuestra propia legislación positiva, a efectos de determinar la responsabilidad penal que pueda haber a N N respecto al hecho que, materialmente, se le imputa.

N N, siendo estudiante de bachillerato del Colegio de San José de esta ciudad, comienza a recibir llamadas anónimas de parte de una mujer que, finalmente, después de mandarle algunos obsequios y de haber intimado con él por medio de conversaciones telefónicas, resulta ser una señora casada, esposa del ahora difunto L L, lo que le asustó enormemente (5 vto. copia). Las llamadas siguen, y a estas las entrevistas secretas, ante la insistencia de la mujer que lo incitaba. Es de notar la forma en que el sindicato fue quedando envuelto y amarrado al potro de la vida tormentosa ante las excitantes actuaciones de su ilegítima pretendiente, cuando él tenía solo 19 años y ella unos 30, vale decir, cuando aquel no conocía los secretos que de lascivos y sibaríticos la vida tiene y ella ya había escrutado todos los lugares que posee el amplio y dilatado mundo del sexo, como que ya había tenido, en vida tormentosa, un hijo natural y luego tres más, estos sí habidos legítimamente.

N N se gradúa en la Universidad del Quindío como topógrafo geodesta, se coloca a trabajar en el Catastro Departamental, y al morir el señor L L, es llamado por la viuda a administrar los negocios con los que quedó.

Renuncia a su puesto de profesional y va a vender tintos en el Café Turín de la galería de esta ciudad, ante el temor de que fuera ella a hacerlo: "ella me dijo que porqué no venía a administrarle esos negocios, y como yo la quería tanto a ella, me puse a pensar que cómo la dejaba trabajar en esos negocios, entonces renuncié en Catastro..." (folio 6. En el cuaderno no está subrayado).

Se casan en marzo de 1968 y tienen una niña de la que más tarde diría que es su "adoración, pues inclusive cargo fotos y pedazos de cabellos de ella, pues es mi vida, mi única alegría es estar al lado de ella" (41 vto.). Vienen los problemas, y la vida conyugal comienza a resquebrajarse; el idilio de otros tiempos se convierte en un infierno de sinsabores. Es natural que las humillaciones vinieran si ella era la dueña de los negocios y él solo su administrador. Las ofensas van, pero "como yo la quería tanto a ella y a la niña, yo me aguantaba todas esas cosas" (fl. 6).

¿La causa de las discordias? Los familiares de la occisa dicen que debido a la malversación de los dineros de la esposa, por parte del marido. Respecto a esto hay que decir lo siguiente: a causa de los disgustos N N se lleva la niña de escasos meses para Medellín, a escondidas. La vuelve a traer, y se coloca en la Administración de Hacienda. Ella lo llama a administrar de nuevo los bares (fl. 6). Por eso a esta altura preguntamos: si lo volvió a llamar,

si incluso recibieron otro bar que tenían arrendado, si todo esto es cierto, ¿podrá creerse que el tal manejo eran las causas de las discordias? No. Esas discordias ya existían: por celos, porque ella quizás había comenzado a hacerle el juego que con él hacía en vida de su otro esposo L L. Por demás, y comoquiera que interesa dejar en claro la honestidad de N N, basta leer las declaraciones de los testificantes al respecto:

S S, folio 26: "En cuanto a la administración que hacía el señor N N, de los cafés de propiedad de su esposa, «Turín» y «La Bastilla» puedo decir que este muchacho era como un esclavo en su trabajo y como cliente que soy del café Turín, en varias ocasiones pude apreciar que el señor N, para tomarse un tinto se lo pagaba a un cliente y amigo de la casa para que lo pagara, y por su juicio y con el fin de mejorar el establecimiento, cualquier daño que se presentaba, él personalmente lo hacía, es decir, lo que estaba a su alcance y que él mismo fuera capaz de arreglar. En el tiempo que lo conocí al frente del café Turín, nunca conocí enredo o problemas con demás mujeres, era un tipo consagrado al hogar y al trabajo y no le quitaba cinco centavos a nadie".

T T, folio 31: "...durante el tiempo que este señor estuvo al frente de dichos negocios, me consta que nunca lo llegué a ver tomando trago, ni malgastando el producido de estos, en una sola palabra fue de una excelente conducta tanto en el hogar como en lo relacionado a la administración de los cafecitos".

Pueden verse en igual sentido las declaraciones de U U, a folio 27 y V V, a folio 34.

¿Por qué discutían entonces los esposos N N y G G? Nadie sabe a ciencia cierta; yo solo diré que la vida íntima de un hogar es tan inescrutable como la conciencia individual del hombre que, como se ha dicho, es un santuario donde nadie puede entrar ni con los pies descalzos. Por los temores y angustias y sinsabores, los esposos se separan en agosto de 1970.

ANTECEDENTES INMEDIATOS DE LA TRAGEDIA

Al separarse de hecho, es cuando comienza la verdadera tragedia para N N: ama entrañablemente a su esposa pero no puede vivir con ella. Ama entrañablemente a su pequeña hija, que es la razón de su existir, y tampoco puede estar a su lado. Desde lejos viene a visitarla, pero en muchas ocasiones no se la dejan ver. Y él tiene que marcharse de nuevo a su casa paterna con la frustración entre las manos: tiene que volver a lejanas tierras con angustias por sus ilusiones perdidas y con el corazón lleno de dudas. Toca muchas veces a la puerta de su esposa, pero esta no le deja ver la niña ante el temor de que se la volviera a llevar.

Fue el día 9 de junio cuando después de cinco meses de ausencia regresa a ver a su hija. Según lo que consta en el expediente, pasa toda la tarde en tiernas caricias a su hija. En esto coinciden todos los declarantes. Pero de todos es el señor F F (cuñado de la occisa) quien en pocas palabras trasunta

toda la angustia de aquel hombre en esa tarde: "Ese hombre no conversó con nadie, fuera de G G, pues se mantenía era agachado y miraba a la niña y se le desgajaban las lágrimas" (fl. 10). Ni qué más expresiones para señalar el estado de depresión anímica en que se encontraba.

EL HECHO DESENCADENANTE DE LA TRAGEDIA

El gran tratadista BENIGNO DI TULLIO en su obra *Principios de criminología clínica y siquiatría forense* (Madrid, Edic. Aguilar, 1960, págs. 301 y 344), en los apartes de "Criminogénesis" y la "Criminodinámica del homicidio", nos dice que en el delito, como en todo hecho humano, hay que examinar los factores predisponentes, preparantes y desencadenantes; sobre todo estos últimos son de la mayor importancia en el caso de autos. Tales factores los examinaremos a lo largo de este alegato, basándonos en los dichos del sindicado en su injurada.

LA CONFESIÓN EN MATERIA PENAL

Latu sensu, podemos decir que la confesión es el reconocimiento de la comisión de un hecho. El maestro FRANCESCO CARRARA en su *Programa de derecho criminal* (Bogotá, Edit. Temis, § 929), nos dice que "Se llama confesión del reo cualquier afirmación emitida por él en su propio cargo". PIETRO ELLERO, en *De la certidumbre en los juicios criminales*, también afirma que "se llama confesión a la revelación de un delito por su propio autor". Finalmente, ANTONIO DELLEPIANE, el gran tratadista argentino, se pregunta: "¿Qué es la confesión? Es el reconocimiento de una obligación, o de la intervención en un delito, en calidad de autor, cómplice o encubridor, que hace, bien sea el deudor de la obligación o bien el implicado en el delito, según el caso". (*Nueva teoría de la prueba*, 6ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1961, pág. 136).

Pues bien: ¿qué tenemos en el caso investigado? El señor N N es explícito al responder a la pregunta sobre el autor del homicidio: "contestó «Yo fui el que la maté»" (fl. 8).

LA CONFESIÓN CUALIFICADA

En la doctrina sobre Critología se habla de confesión cualificada, que es aquella en la que el sindicado, además de reconocer la comisión del hecho que lo perjudica, agrega circunstancias que tienden a justificar el hecho: "Yo maté, pero en legítima defensa de mi vida". (C. P., art. 25), o agrega circunstancias tendientes a excluir la responsabilidad: "yo maté, pero porque erradamente creí que me atacaban, o porque me coaccionaron". (C. P., art. 23). También dirá: "Maté, pero en estado de ira o intenso dolor porque me ofendieron grave e injustamente" (C. P., art. 28)¹, es decir, que la confesión cualificada puede tender a justificar el hecho, o a excluir o a atenuar la responsabilidad.

¹ Hoy arts. 29, 40-3 y 60 del Código Penal de 1980, respectivamente.

Para no ir contra la evidencia procesal, hay que reconocer lo anterior en el caso *sub judice*. Leamos a folios 7 (copia): “a las tres de la mañana, entré a despedirme de la niña y a decirle a la señora G G que me abriera el portón, por lo que estaba con llave, y ella me preguntó que por qué no me había acostado, yo le contesté que porque me cogía el día y tenía que estar en Bogotá temprano, entonces ella le dijo al señor Rafael que me fuera a abrir el portón, sin duda él tenía llave, cuando yo me acerqué a despedirme de la niña, ella, es decir G G, me tiró unas patadas y me dijo «ya te la vas a llevar otra vez, lárgate gran hijueputa para la mierda», y empezó a buscar algo detrás de la almohada donde estaba acostada, entonces a mi me dió una cosa muy horrible, como que se me embotó el cerebro y pensé que ella iba a matar la niña para que no fuera ni para ella ni para mí, pues la niña estaba a un lado de ella y al mismo tiempo pensé que me iba a tirar a mí, entonces yo ahí mismo saqué el cuchillo que tenía guardado...”.

En posterior ampliación dice que “Al agacharme a besar la niña ella me encendió a patadas y me dio varias bofetadas, ella me dijo «Ya te la vas a volver a llevar, lárgate para la mierda gran hijueputa cabrón», entonces a mi me dio ira y desesperación, me sentí humillado, ofendido en mi honor de hombre, de esposo y de padre, aquí en ese momento me acordé de lo que me habían contado a mí «que tenía un mozo que llamaban ‘Corozo’». Y que por esto me trataba en el término de cabrón, a mi me dio una cosa muy horrible se me embotó el cerebro y como que el mundo se me vino encima, pues ella trataba de buscar algo detrás de la almohada y entonces yo estaba como loco y pensé que iba a matar a mi hija o a mí, y en ese momento de locura yo saqué el cuchillo...” (fl. 41 vto.).

Es de resaltar la expresión de ella, de la occisa: “ya te la vas a volver a llevar otra vez”, pues el factor *preparante* de la tragedia fue el haberse llevado el esposo en otros tiempos, a su hija hacia la ciudad de Medellín. El hecho *desencadenante* fue el haberse inclinado él sobre el lecho para despedirse: “cuando yo me acerqué a despedirme...” “Y al agacharme a besar la niña ella me encendió a patadas y...”

¿Qué tenemos entonces? una confesión cualificada en dos sentidos:

- a) Reaccionó ante las patadas que le prodigó su esposa y ante las ofensas de “hijueputa” y “cabrón”, que le endilgó.
- b) Reaccionó ante la creencia de ser atacado.

LA CONFESIÓN EN EL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO

En un artículo que resume toda la doctrina de los grandes tratadistas en materia probatoria, nuestro Código de Procedimiento Penal dice: “La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito” (art. 264).

¿Es libre esta confesión? Sí. ¿Es espontánea esta confesión? Sí. ¿Está comprobado el cuerpo del delito? Sí. ¿Se le ha demostrado lo contrario? En momento alguno. Por el contrario, ella ha sido en un todo respaldada por la realidad, como pasaremos a verlo. Preciso es decir desde ya que nadie es testigo del momento culmen en que el nefasto suceso se desencadenó. Por eso el juez segundo de Instrucción Criminal a folio 17 dice que “todas las personas que se hallaban en la residencia donde tuvo lugar el insuceso, al deponer para la sumaria informan que cuando llegaron al lecho de la víctima, ya esta se hallaba agonizante o muerta, y corroboran en un todo lo manifestado por el indagado, en lo que concierne a la conducta de este desde la hora en que hizo su arribo a la casa de su esposa, hasta el momento en que ocurrieron los hechos, sin que estos se hubieran percatado de las circunstancias en que se desarrolló la tragedia, esto es, el momento crucial de los hechos y las circunstancias o palabras o discusión que precedió el hecho trágico”. (Las cursivas son nuestras).

O sea que con respecto al hecho *culmen* solo tenemos esa “confesión libre y espontánea hecha por el procesado”.

En resumen, reaccionó ante la creencia de ser atacados su hija o él en sus vidas, o por la ofensa recibida. Que él reaccionó por alguna de esas causas no puede ser controvertido. El Estado no lo ha infirmado. Por el contrario, su confesión en este sentido es *posible verosímil y veraz*, que son los requisitos que la critología exige para que la confesión sea perfecta.

Posible, esto es, entendiendo por tal en el caso concreto el común acontecer de los hechos, puestos los seres y las cosas en determinadas circunstancias.

Verosímil, porque no reúne elementos fantasmagóricos que la aparten de la realidad.

Veraz, esto es, que la misma no puede ser controvertida. Y yo pregunto al señor juez: ¿es posible que N N ante la actitud de su mujer, francamente de antecedentes no muy recomendables y como que ahora era una mujer de café, creyera que lo atacaba? ¿Es posible que creyera que esa mujer lo fuera a matar para impedir que se llevara la niña? Sí, señor juez: es posible. ¿Es posible también que le enrostrara palabras procaces como las que menciona el indagado? Por supuesto que sí.

Esta confesión no reúne elementos fantasmagóricos que la aparten de la realidad. Y no los reúne, porque ella refleja lo que usualmente ocurre en las realidades trágicas de la vida. Esa confesión finalmente es veraz, porque el Estado no le ha probado en contrario, y por eso hay que creerle. “Al hombre honrado hay que creerle”, decía alguien. El Estado tiene que creer allí donde el sindicado dice *esto fue* y el Estado es impotente para decir *esto no fue*.

LA CONFESIÓN INDIVISIBLE

Se ha dicho por algunos tratadistas que la confesión cualificada es indivisible. Yo, personalmente, no comparto tal criterio tan radical. Juan, terrible

asesino, podría decir: "Yo maté a Pedro, pero lo maté en legítima defensa de mi vida". (El cadáver aparece con varias cuchilladas en la espalda). Así, pues, el juez se vería ante la disyuntiva: o lo absuelve y es una monstruosidad, o no lo absuelve y entonces peca contra el principio. Así, como dice el doctor CARLOS LOZANO y LOZANO, sería fácil para todo criminal ponerse a salvo ("acusación de Emilio Veronessi", en *Oraciones forenses colombianas*, Bogotá, Edit. Temis, 1971, pág. 429). Opinamos que la confesión es generalmente divisible. Entonces, se acepta todo lo que tenga respaldo en la realidad y se rechaza lo que va contra las resultancias procesales. En el ejemplo propuesto, acepto que Juan dio muerte a Pedro, pero divido la confesión para no creerle en cuanto a su cualificación: le he probado en contrario. Por eso creo que la confesión cualificada será indivisible siempre y en tanto no sea infirmada.

Dice al respecto FRAMARINO DEI MALATESTA: "En suma, dada una confesión cualificada, no se la puede legítimamente dividir, rechazando parte y aceptando parte, si la rechazada no se presenta reprobada y la aceptada comprobada". (*Lógica de las pruebas en materia criminal*, Santa Fe, Argentina, "Colmegna", 1945, pág. 401).

También la honorable Corte Suprema de Justicia, citada por el señor fiscal ha dicho: "En materia criminal la confesión del procesado debe aceptarse tanto en lo favorable como en lo desfavorable cuando en los autos no milita contra él otra prueba diferente: en tal caso la confesión es indivisible" (cita del señor fiscal, folio 52).

En otra oportunidad dijo: "La confesión del procesado no contradicha por prueba alguna válida en los autos, debe tomarse como indivisible" (citada por ORTEGA TORRES, *Código Penal*, 1967, pág. 565). También dice: "De acuerdo con la doctrina jurídica la división de la confesión, en materia penal, no puede hacerse sino en el caso de que las cualificaciones introducidas estén perfectamente contradichas o desvirtuadas por otros elementos de prueba" (citada por ORTEGA, ob. cit., pág. 565).

El señor fiscal en su juicioso concepto reconoce la atenuante del art. 28 del Código Penal², es decir, que el hecho se cometió en estado de ira o intenso dolor, causado por grave e injusta provocación de la víctima. La ofensa en este caso serían los improprios de "hijueputa" y "cabrón". Es de notar la significación de estas expresiones en labios de la G G: si ella se consideraba en una posición más elevada con respecto a su cónyuge. Este, para ella nada valía, porque nada era. "Cabrón, sinónimo de *cornudo*. El que consiente el adulterio de su mujer", al decir del Diccionario de la Real Academia. Cabrón, sinónimo de rufián; el hombre sin honor porque consiente que su valía de hombre se pisotee y se menoscabe. Sí, cabrón le decía porque ella con O O vivía horas de cielo que en el infierno repercuten; cabrón malnacido a un hombre sobre quien no recae mancha alguna que lo denigre. A un hombre honesto que sabe lo que la rectitud y la honra valen personal y socialmente.

² Art. 60 del nuevo C. P. de 1980, como ya indicamos.

Y no se pretenda decir que G G era toda una señora, toda una matrona. No se pretenda decir que ella pronunciaba esa palabra inocentemente: de que adulteraba no solo hay graves indicios, sino prueba completa. A no ser que la muerte de la "señora" fuera de lamentarse tanto que O O tuviera que ir precisamente al propio composanto a libar y a llorar como lo afirma el sepulturero (fl. 35). ¡Qué raro ver hoy amigos que quieran seguir acompañándonos hasta más allá del fin de nuestra existencia! ¡Qué "amistad" tan sincera la de estas dos personas, entre las que no había pasado "absolutamente nada grave", según la declaración del mismo concubinario! ¿Qué ser humano no reacciona ante tal felonía? ¿Quién no siente enardecer su sangre? ¡No, señor juez, no! La ley no nos manda ser santos. A la ley no le interesa crear santos. La ley no nos puede exigir que seamos unos santos de Asís. La ley no puede exigir conductas excepcionales al hombre medio, al hombre común. Pero, es que no fue solo la palabra ofensiva, la palabra torva y mal intencionada la que se escuchó aquella noche. "Cuando yo me acerqué a despedirme de la niña, ella, es decir G G, me tiró unas patadas y me dijo..." ¿No es esto suficiente para que un hombre reaccione? ¿Qué siente un padre que ama intensamente a su hija, que llegue a verla desde lejanas tierras, que se va a despedir de ella con un beso y otro se lo trata de impedir con patadas? Quien no reacciona en un momento de estos, o es un anormal o es un santo; ninguna de esas cosas es el sindicado de autos. N N es un hombre normal, y como normal que es ama a su hija; el amor hacia nuestros seres queridos nadie nos lo impone; el amor por nuestros seres queridos está impregnado de la misma naturaleza de las cosas. Si el hijo es sangre de nuestra sangre, ser de nuestro ser, el hijo es nuestra propia prolongación de la existencia vital en el cosmos y todo lo que nos aparte de lo que nos pertenece, de lo que hace parte de nuestra propia persona, de lo que ontológicamente constituye nuestro ser, es capaz de despertar emociones, como la ira y el miedo, pues estas emociones están en la base misma del instinto de conservación del individuo.

N N tuvo que sentir enormemente la emoción de la ira cuando esa mujer, en aquella trágica mañana, le daba de puntapiés por querer besar a su hija. No otra cosa trasuntan sus dichos: "Entonces a mí me dio una cosa muy horrible, como que se me embotó el cerebro" (fl. 7) "entonces a mí me dio ira y desesperación, me sentí humillado y ofendido en mi honor de hombre, de esposo y de padre..." (fl. 41).

Al hombre le es necesaria una emoción que arme su mano. ¿Cuál fue entonces la emoción que, como ciclón rugiente sobre el mar apacible del sentimiento de N N golpeó implacable, levantando la ola de descomposición anímica que casi como autómatas lo ubicó dentro de los linderos del hecho que se juzga? Esa emoción no puede ser sino la ira que sintió por las ofensas referidas. Según su declaración, obró en un *raptus* emotivo, en un vendaval de pasión incontenible, de ira ciega, en un oleaje emotivo que el sindicado no pudo soslayar.

Por eso el señor fiscal, después de reconocer que el sindicado obró dentro de las circunstancias del art. 28 del Código Penal, dice que "es necesario

entonces tener en cuenta este aspecto de su confesión, porque no ha sido desvirtuada por los medios legales establecidos por la ley" (fl. 52).

Si lo que dice el señor fiscal es cierto, no lo es menos que el otro aspecto de la confesión del sindicado, la segunda cualificante, *tampoco ha sido desvirtuada por los medios legales establecidos por la ley*. No ha sido desvirtuada la confesión libre y espontánea en lo que nos dice que "me dio una cosa muy horrible, como que se me embotó el cerebro y pensé que ella iba a matar la niña, para que no fuera ni para mí, ni para ella... y al mismo tiempo pensé que me iba a tirar a mí, entonces yo ahí mismo saqué el cuchillo..." (fl. 7). "A mí me dio una cosa muy horrible, se me embotó el cerebro y como que el mundo se me vino encima, pues ella trataba de buscar algo debajo de la almohada y entonces yo estaba como loco y pensé que iba a matar a mi hija o a mí".

Así las cosas, N N obró en la creencia de que era agredido por su legítima esposa. Es de examinar las consecuencias jurídicas que se seguirán en caso que el señor juez acepte la segunda cualificante.

LA SEGUNDA CUALIFICANTE Y SUS CONSECUENCIAS

El art. 25 del Código Penal dice: "El hecho se justifica... Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor y sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión"³. De aquí se deduce que los elementos básicos de la legítima defensa de la vida son:

- 1) Violencia actual.
- 2) Violencia injusta.
- 3) Que esa violencia ponga en peligro un bien o interés jurídico.
- 4) Que exista una proporción entre la agresión y la reacción.

Pues bien: uno de los requisitos de la defensa de la víctima, es la llamada *legítima defensa objetiva*, pues al lado de esta ha creado la doctrina y la jurisprudencia la teoría de la *defensa subjetiva de la vida*, figura de clara raigambre psicológica. Es a partir de las doctrinas del doctor LUIS ZAFRA cuando la jurisprudencia y la doctrina nacional han situado la defensa subjetiva de la vida en el cuadro de las causales que ENRICO FERRI llamó causales de "justificación negativa" y que la dogmática alemana moderna denomina "causales de exclusión de la culpabilidad", para distinguirlas de las causales de exclusión de lo injusto. Es así como en nuestra ley cabe hablar de legítima defensa subjetiva de la vida, ubicándola en el art. 23 del Código Penal, inciso 2º, vale decir, tratándola como un error esencial de hecho⁴.

³ El art. 29 ord. 4, varió esta redacción, así:

"El hecho se justifica cuando se comete:

"...4º. Por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión".

⁴ El art. 40-3 que considera la "legítima defensa subjetiva" como una forma de error la cual recae sobre una causal de justificación, varió notablemente la concepción del C. P. de 1936; así se dice:

"Art. 40. *Causales de inculpabilidad*. No es culpable:

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

¿Qué es entonces la defensa subjetiva de la vida? De un modo extenso podemos decir que es la reacción violenta contra un ataque que no existe objetivamente, pero que el sujeto cree existir. El sujeto cree que lo atacan, pero a la postre ese peligro nunca existió. Es el caso tan manido de dos enemigos que se encuentran: uno lleva la mano al bolsillo del pantalón como para sacar una arma, por lo que el otro lo ataca primero y le da muerte. ¿Qué pasó? Que el sujeto "agresor" lo único que quería era sacar el pañuelo de su pantalón. Tan es así, que a la postre se comprueba que el presunto agresor ni siquiera portaba armas en ese momento. En el campo *geográfico u objetivo* solo había un movimiento inocente, pero no así en el campo *conductual* de quien se creyó atacado, para quien hubo una "verdadera" agresión. (Puede verse un enfoque de la defensa subjetiva de la vida desde el punto de vista de la psicología de la forma en CARLOS A. TOSSINI, *Dolo, error y eximentes putativas*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1964, págs. 68 y ss.).

La base de la defensa subjetiva de la vida es el error esencial de hecho⁵. Se debe a una interpretación falsa de la realidad (*ilusión*), debido a la cual se desvía la *imagen* del objeto externo. Los datos que nos proporciona el mundo objetivo, subjetivamente se integran en una *representación falsa*.

Ahora bien: si en el tema que se estudia es tan importante el error, debe anotarse que aquí se trata, no de un error de tipo *general* solamente, es decir, como aquel estado intelectual en virtud del cual el *objeto* es conocido no como *ontológicamente es*, sino de manera falsa. Nos interesa un error de tipo *sicológico*. Y este, de acuerdo con GIROLAMO SANTUCCI, consiste en un estado psicológico intenso, que se inserta en el campo de la convicción y de la persuasión, no en una simple discordancia del mundo externo e interno.

Pero entonces ese error, esa creencia de que se está ante un peligro, debe ser una creencia *razonable*. Y este sí que es un tema bien importante en el caso *sub judice*. Por razonable debe entenderse una creencia con alguna base, es decir, con algún asidero en la realidad. De lo contrario, fácil sería decir en todo caso ante el juez: "Creí que me atacaban", y esperar la absolución. Por esto el problema de la defensa subjetiva de la vida se reducirá generalmente a una cuestión de prueba, como atinadamente lo anota el doctor AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, en su obra *Derecho penal colombiano*. Parte general (Bucaramanga, Santander, Imprenta del Departamento, 1952, págs. 240 y 241).

⁵ Con la nueva regulación legal no se puede hablar ya de la tradicional clasificación *error de hecho-derecho*, pues da pie para la moderna distinción alemana (fue formulada primero por la doctrina y luego por la jurisprudencia de aquel país a través del Tribunal Supremo Federal mediante fallo de marzo 18 de 1952) *error de tipo-prohibición*. Hoy la "legítima defensa subjetiva" es un *error de prohibición indirecto*, que recae sobre las causales de justificación.

Sobre la distinción error de prohibición directo-indirecto, puede consultarse a H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, 2 vols. Traducción de F. Muñoz Conde y S. Mir Puig, Barcelona, Ed. Bosch, 1981, págs. 627, 633 y 634.

Vamos a ver si esa parte de indagatoria en la que nos dice el sindicato de que obró en la creencia de ser atacados él o su niña en sus vidas, tiene algún asidero en la realidad para poderla aceptar. Leamos: "*preguntado*: Sírvase decirnos si usted vio qué tenía la señora G G debajo de la almohada, o si era que esta acostumbraba a tener arma en este sitio? *contestó*: pues como ella administraba esos cafés, yo creo que ella tenía revólver para defender su plata, a ella no le llegué a ver esta clase de armas pero uno de los niños de ella, de nombre J J, me dijo que la mamá había conseguido un revólver y que un policía le había estado enseñando a manejar y a tirar..." (fl. 7).

Esto de que si ella acostumbraba a tener armas fue objeto de procelosa investigación por parte del juez 2° de Instrucción Criminal. También se investigó si en la noche del insuceso la occisa tenía algún arma. En honor a la verdad, hay que decir que nada se encontró en el lugar de los hechos. Pero esto no descarta el fenómeno de la defensa subjetiva para mi patrocinado, porque precisamente no importa que en *realidad* el ataque no hubiera existido si se tenía existencia en la mente del procesado. En la defensa subjetiva precisamente existen todos los requisitos de la defensa objetiva de la vida, a excepción del ataque que solo está en la mente del sindicato. Para la persona "el peligro imaginario constituye un peligro real", dice el penalista JOSÉ PECO (*Proyecto de Código Penal*, La Plata, 1942, pág. 68).

Vamos a ver si en el proceso hay datos que nos permitan creer que en N N hubo la convicción de estar atacado.

Dice el menor J J (fl. 30): "Hace días, no recuerdo cuántos, llegó a la casa de mi mamá G G y entonces se puso a enseñarle a manejar un revólver de ella, y entonces ese señor no volvió, pues mi mamá cogió esa arma y la guardó en el armario de ella, pero no me doy cuenta qué lo haría".

M M (fl. 12 vto.): "Ella no tenía arma de ninguna clase debajo de la almohada ni en la casa, pues ella *sí tenía un revólver* pero lo mantenía en el café..."

C C (fl. 15 vto.): "*ella sí tenía un revólver, pero lo mantenía en un armario con llave*, pues no lo tocaba porque no sabía manejarlo y le daba mucho miedo".

Pero no son solo los hijos de la occisa los que afirman del mantenimiento de armas por parte de G G. También, a folios 22, la señora P P contestó a una pregunta del despacho: "*ella sí tenía un revólver en la casa y hace más de 20 días que ella sacó ese revólver de la casa y se lo llevó...*".

Queda claro esto: ella sí tenía generalmente un revólver y el sindicato lo sabía, y aquella nefasta mañana tuvo la creencia *razonable* de que era atacado con él. Tuvo ira por las ofensas y miedo de que le tirara. Por eso dijo: "Yo fui el que la maté, pero no me dí cuenta de lo que ocurrió, pues me encontraba en un estado de ira y miedo a la vez, y no sabía lo que estaba haciendo..." (fl. 8). No debemos extrañarnos de que el sindicato hable de ira y de miedo, pues como bien lo afirma el doctor CARLOS LOZANO Y LOZANO en su obra *Elementos de derecho penal* (Bogotá, Edic. Lerner, 1961, pág. 308), las esferas de la personalidad se interceptan, vale decir, la personalidad es un todo complejo,

y por ende la acción humana, en la cual no es dable distinguir con claridad rotunda los distintos sectores, a saber: esfera estimativa, esfera intelectual, esfera volitiva y esfera afectiva, porque las emociones primarias (miedo e ira) pueden sucederse.

Señor juez: a riesgo de cansarlo con este alegato, ya bastante extenso, y ya que hablamos de las emociones que dice el sindicato haber tenido en el momento de la comisión del hecho, me aventuro a ir más allá en la explicación del fenómeno psicológico de la defensa subjetiva de la vida. Examinemos someramente un fenómeno de que nos habla la siquiatria, el de la *catatimia*, a la luz del cual, la reacción ante el ataque solo imaginario queda bastante explicada:

La catatimia es un proceso en virtud del cual observamos los objetos de la realidad exterior deformados por la tendencia afectiva predominante. Es así como vemos las cosas, no como son, sino como quisierásemos que fuesen: quien ama, ve a la mujer amada como el ser más hermoso que sobre la tierra existe, no porque así sea, sino porque así quiere que sea. En esta oportunidad el fenómeno obra en sentido *positivo* (placer). En algunas oportunidades el fenómeno obra en sentido *negativo*. Vemos lo que al respecto dice el siquiatra EMILIO MIRA Y LÓPEZ en su *Manual de sicología jurídica* (5ª ed. Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1961, pág. 117):

"Las relaciones entre las tendencias afectivas y las percepciones externas no son siempre directas, sino que muy a menudo son inversas, esto es, que no solo es cierto que vemos las cosas como quisierásemos que fuesen, sino que en determinadas circunstancias las vemos como quisierásemos que no fuesen. Toda tendencia afectiva poderosa es capaz de seguir un camino ascendente (a partir del mesencéfalo) y llegar a las zonas de elaboración de imágenes de la corteza cerebral, dando entonces lugar a la producción de una seudopercepción. Si su intensidad es muy fuerte, dicha seudopercepción tiene su lugar a expensas de los elementos siquicos anteriores (representaciones) y constituyen lo que se denomina una alucinación. Si su intensidad es menor o si las circunstancias son propias, la acción de la citada tendencia se limita a deformar la percepción externa en el sentido que ella representa, dando lugar a lo que se denomina ilusión. Pero, y este es un punto importante por ser conocido insuficientemente, tanto el deseo positivo como el deseo negativo (miedo) de que algo ocurra pueden dar lugar a *hacer creer al sujeto que ese algo ha ocurrido ya*. En ambos casos se crea lo que se ha denominado «la sugestión de la espera» (*Erwartungs Suggestion*), en virtud de la cual la conciencia anticipa —por así decirlo— el tiempo y «*da por realizado lo que aún no lo ha sido o solo lo ha sido de parte*»". (Al respecto también puede verse a ANTONIO VALLEJO NAJERA, *Tratado de siquiatria*, 3ª ed., Barcelona, Edit. Salvat, 1954, pág. 211).

Por eso es de resaltar las palabras textuales del sindicato "...Y empezó a buscar algo detrás de la almohada..." "...me encontraba en un estado de ira y miedo a la vez..."

Vale la pena insistir en lo que respecta a la emoción del miedo: "Respecto de la legítima defensa y el estado de necesidad —dice ENRICO ALTAVILLA— no debe olvidarse nunca que el miedo es impulsado por el más poderoso de los instintos, el de la conservación, que en cuanto a fondo egoísta es profundamente social, y que por consiguiente, al ser puesto en peligro por algún conocimiento errado, determina actitudes preventivas, inclusive desproporcionadas e injustas, ya que el peligro no existía objetivamente" (*La dinámica del delito*, Bogotá, Edit. Temis, 1961, pág. 120).

El miedo, repítamos, se resuelve en una actitud de espera ansiosa. Ese estado de espera determina fatalmente fenómenos interpretativos de la conducta ajena, conforme al hecho que se teme. Se interpretan las percepciones actuales de acuerdo con los hechos cuya realización causan miedo. Por eso un ademán inocente se nos convierte en agresión. La sicología judicial ha precisado que el miedo puede extenderse de tal manera en el ámbito de la vida síquica, que el ser huye, no solo de los entes que le son realmente dañinos, sino ante la presencia de *cualquier estímulo que por vía de asociaciones se considere como condicionante y anticipador del sufrimiento*. Se reacciona, pues, no ante el daño sino ante el indicio del daño, o sea ante el peligro.

Desde luego que es necesario situarse en el lugar de quien en algún momento vio su vida en peligro. Hay que adentrarse en la camisa de fuerza del sindicado, según la expresión de CARRARA, "los jueces no deben aplicar las reglas de la legítima defensa midiéndolas según las tardías discusiones de la Sala del Tribunal, sino según la desordenada e imprevista lucha del momento". "La legítima defensa, debe medirse siempre según las razonables opiniones del que se ve amenazado de muerte; no según lo que ha llegado a conocer el juez después de un frío cálculo y de un maduro examen". (*Programa de derecho criminal*, t. I, traducido por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, Madrid, Edit. Reus, 1925, pág. 317).

Solo la comprensión de la persona humana en la plenitud de su dinamismo vital hace que la justicia sea más justa.

Conduce a la injusticia la falta de interpretación reflexiva de la humana conducta. Por eso hay que tener en cuenta todos los factores anteriores y concomitantes; todas las circunstancias del momento. Bien dice LUIS P. SISCO: "Desde luego para que exista la legítima defensa putativa, es menester que el error del agente encuentre un justificativo racional, que puede ser determinado por las circunstancias de hecho que configuran el caso, y aun por las especiales circunstancias subjetivas del pseudoatacado" (*La defensa justa*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1949, pág. 318).

Claro que todas las circunstancias le decían a NN que lo estaban atacando: sabía que su esposa mantenía arma de fuego; había hostilidades, había tensión entre ambos, y ve que ella mete su mano por debajo de la almohada en medio del acaloramiento. Por eso el desaparecido gran penalista brasileño NELSON HUNGRIA también observa: "Ante todo, hay que indagar el carácter de la víctima y el conocimiento o la información que al respecto tenía el acusado.

Si este sabía que su antagonista era un individuo violento y habituado a andar armado, ya se depara un elemento de convicción, en el sentido de «plausibilidad» de suposición del inminente peligro de agresión. Hay que indagar sobre los antecedentes inmediatos (*prodfoms*) del hecho, naturaleza de la disensión, *actitudes anteriores de la víctima para con el acusado*, amenazas acaso proferidas por aquella contra este, *tensión de hostilidades entre ambos*, etc." (Citado por JULIO ROMERO SOTO, *Conceptos fiscales en materia penal y probatoria penal*, Bogotá, Gráficas Venus, 1969, pág. 48).

En este caso encontramos reunidas casi todas esas circunstancias.

CARÁCTER DE LA VÍCTIMA

Violento, sabidos los antecedentes de la misma: mujer de cafés, experimentada quizá en el lance a mano armada o en la actitud agresiva. ¿Sabía eso el sindicado? Obvio que sí lo sabía, si uno de los propios hijos de la GG comunicó que esta había comprado un revólver precisamente cuando las discordias habían llegado a su clímax.

NATURALEZA DE LA DISENSIÓN

Es claro que si ella creía que se iban a llevar la niña (lo que no estaba en la cabeza del sindicado), debía reaccionar.

ACTITUDES ANTERIORES DE LA VÍCTIMA

¿No son suficientes la altanería y la humillación?

Aparece claro que esa creencia en el sindicado de que era atacado tiene un gran asidero en la realidad. Ambos amaban la niña y esto fue precisamente la piedra angular de las discordias.

No me resisto a transcribir las consideraciones que hace el doctor ANGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD sobre la defensa subjetiva, con el fin de poner fin a las consideraciones de orden científico de este alegato: "La legítima defensa con relieves subjetivos puede estructurarse o definirse como la posibilidad de un peligro, que dentro de la conciencia tiene una resonancia que supera la efectividad del riesgo, no precisamente en virtud de los hechos externos dentro de los cuales se cumple el delito, sino de la interpretación que a estos otorga el sujeto que los sufre, en la cual la interpretación, la asociación de las imágenes puede resultar deformada gracias al estado animico incontrolado con que obra bajo circunstancias capaces de producir fenómenos ilusorios, propicios a la creación de peligros o riesgos que no tienen realidad física, pero que dentro de la conciencia presentan iguales apariencias a esa realidad, y que por lo tanto son susceptibles de crear conceptos en donde la experiencia y el recuerdo de ideas adquiridas con anterioridad forman el campo asociativo en que, desenvuelta la personalidad por fuerzas coactivas e imperiosas encon-

tradas, se produzca la reacción que lleva a consumir un hecho que en condiciones distintas, quizás no se habría cumplido. *Exceso de temor a un peligro imaginario no sería, pues, según lo dicho, una errada definición de este fenómeno*". (*Tratado de derecho penal*, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1948, pág. 118).

También en una ponencia de la Sala Penal, la honorable Corte Suprema de Justicia dijo: "La legítima defensa subjetiva o putativa no viene a ser otra cosa que el miedo o el temor producido por un peligro imaginario o aparente que el sujeto exagera por la exaltación síquica que padece en el momento de obrar" (Cas., 20 de abril de 1961, XCV, pág. 609, citada por ORTEGA TORRES, ob. cit., pág. 40).

Hagamos hincapié en las expresiones *estado anímico incontrolado y exaltación síquica*, de los apartes de doctrina y jurisprudencia respectivamente. La legítima defensa es el reconocimiento del instinto de conservación que actúa siempre que nos vemos atacados en nuestros seres. La ley no puede ir contra las leyes fundamentales del ser; por eso "callan las leyes ante las armas, y no mandan que se las atiendan, cuando el que quiera atenderlas antes ha de sufrir una pena injusta".

"Por eso, algunas veces las mismas leyes nos alargan la espada para ejecutarla" (la legítima defensa), como dice CICERÓN.

Hemos visto cómo la confesión del sindicado tiene un pleno respaldo en la doctrina de todos los grandes tratadistas, en la jurisprudencia, en la sicología, en la siquiatria, en la lógica de las cosas, en la naturaleza.

El sindicado dice haber tenido ira por las ofensas y haber sentido miedo ante el "ataque". Perdió el autocontrol de sus frenos inhibitorios ante el ataque, frenos bastante debilitados para la ofensa de cabrón, hijueputa y las patadas que G G le propinó cuando quería besar su niña. De ahí que su dicho tenga un pleno respaldo por las verdades de la sicología: "A mí me dio una cosa muy horrible, como que se me embotó el cerebro" (fl. 7), "entonces yo estaba como loco", expresiones todas que reflejan un exaltado estado anímico producido por el terror, por la desesperación y la ofensa.

Dicientes son para esas palabras concretas las aseveraciones del Tribunal Superior de Bogotá: "El penalista debe querer y poder profundizar un problema medularmente humano, para saber si la confesión corresponde a la verdad antropológica. Y entonces, si se trata de un debate sobre legítima defensa, no solo conocer su estructura legalista o formal, sino particularmente sus fundamentos biológicos en sus diferentes y complejas manifestaciones. Si el agredido ha logrado ponerse en guardia oportunamente, su defensa la realizará con autocontrol, vale decir dirigiendo y regulando los reflejos del instinto de conservación; pero si ya ha sido atacado o herido, la defensa tendrá que efectuarse necesariamente en estado de subducción, o sea lo que MIGNARD anotó como descontrol sicofísico, en cuyo caso la personalidad no puede ser conducida por la plenitud de las facultades superiores, sino que queda en poder y bajo el imperio del instinto fundamental, doblemente justificado". (*Diario Jurídico*. Bogotá, agosto 11 de 1962, pág. 257).

Resumiendo: N N reconoce haber ultimado a golpes de cuchillo el día 10 de junio del presente año a su legítima esposa.

Su confesión es una confesión cualificada, en cuanto dice haber obrado en estado de ira e intenso dolor y en legítima defensa subjetiva de su vida.

Su confesión cualificada debe ser aceptada como indivisible porque no ha sido controvertida, según el art. 264 del Código de Procedimiento Penal.

Si es cierto que obró ante la creencia de ser atacado, si esto es cierto, fue un error esencial de hecho el que lo llevó a obrar.

Quien obra por error esencial de hecho invencible no es responsable, según el art. 23 del Código Penal⁶.

N N no es responsable y debe ser sobreseído definitivamente.

Señor juez: verdaderamente es extraño que un hombre honesto como N N salte por encima de las barreras del Decálogo de Dios, por encima de ese *no matarás* que desde lo más profundo de la conciencia nos arredra. Un motivo tuvo que tener, porque nadie delinque sin motivo, a no ser que sea un monstruo; al hombre le es necesaria una emoción que arme su mano. Y en este caso hubo un motivo para matar: miedo ante la agresión.

Señor juez: al momento de decidir no puede usted olvidar que N N no es un asesino vulgar. Caracterológicamente hablando no lo es. Él ha sido víctima del destino, de este destino trágico del que no somos dueños; de ese destino que nos arrastra de manera ineluctable hacia lugares desconocidos que en más de una ocasión no son sino las playas del silencio y de la muerte.

N N, ese estudiante que fue envuelto desde joven por una mujer sin conciencia, por la que fue al vértice del "delito" en medio del vértigo paroxístico, la desesperación y la angustia, ese N N, más que una cárcel se merece una vida nueva al lado de su pequeña hija, que es la razón de su existencia. De nada le sirve una cárcel, pues nada tiene que purgar. De nada le sirve una cárcel, pues nada tiene de qué rehabilitarse. Nadie se rehabilita de amor a sus hijos; de nada tiene que rehabilitarse si obró víctima del instinto de conservación en acción, que eso es la legítima defensa. Él obró ante el turbión incontenible y engeuecedor de la pasión y el sentimiento paternal herido y ultrajado, y ante el inminente peligro de muerte.

Yo estoy plenamente convencido de que en el señor juez se posará la misma diáfana, límpida e ineluctable convicción que en mí anida y resplandece.

Yo estoy plenamente convencido de que el señor juez, con la sagacidad y la inteligencia que le caracterizan, mediante un itinerario de lógica y de justicia, penetrará y recorrerá las empañadas páginas de este proceso y comprenderá la realidad palpitante de la vida; comprenderá la tragedia vivida en el alma de N N.

Por todo lo anteriormente expuesto, también estoy plenamente convencido que el señor juez aceptará mi petición de un sobreseimiento definitivo⁷.

Respetuosamente, del señor juez,

Armenia, julio 15 de 1971.

⁶ Según el art. 40-3, como vimos, no es culpable.

⁷ El juez superior dictó auto de proceder contra el sindicado: lo enjuició por asesinato (art. 363), en las circunstancias del art. 28 del Código Penal, correspondientes a los arts. 323 y 60 del C. P. de 1980. Por eso hubo de apelarse ante el H. Tribunal.

Señores
Honorable Magistrados
Tribunal Superior de Armenia
Sala Penal
E. S. D.

Ref.: Homicidio
Sind.: N N

...“Cuando yo me acerqué a despedirme de la niña, ella, es decir G G, me tiró unas patadas y me dijo:Y empezó a buscar algo detrás de la almohada donde estaba acostada, entonces a mí me dio una cosa muy horrible como que se me embotó el cerebro y pensé que ella iba a matar a la niña para que no fuera ni para ella ni para mí, pues la niña estaba a un lado de ella y al mismo tiempo pensé que me iba a tirar a mí” (Indagatoria del sindicado).

“Es necesario entonces tener en cuenta este aspecto de su confesión, porque no ha sido desvirtuada por los medios legales establecidos por la ley” (El señor fiscal). (Se refiere

Señor magistrado ponente: si he resaltado los anteriores apartes es porque ellos serán la base de la sustentación del recurso de *apelación* que para ante el honorable Tribunal ha impetrado.

EL HECHO Y LA CONFESIÓN DEL SINDICADO

Ya el hecho es bastante conocido: N N, el día 10 de junio de 1971 ultimó a golpes de cuchillo a su legítima esposa. Llamado a rendir indagatoria, de una manera libre y espontánea expresó lo que arriba se ha transcrito. Más tarde, en posterior ampliación de la indagatoria repitió: ...yo me acerqué a despedirme de la niña que estaba a un lado de ella y al agacharme a besar la niña ella me encendió a patadas y me dio varias bofetadas... a mí me dio una cosa horrible que me embotó el cerebro y como que el mundo se me vino encima, pues ella trataba de buscar algo detrás de la almohada y entonces yo estaba como loco y pensé que iba a matar a mi hija o a mí en ese momento...”.

a la atenuante).

“La gravedad del mal no debe buscarse en la verdad absoluta que puede haber quedado oculta para el agredido sino en la opinión razonada del mismo agredido”. (CARRARA, § 298).

“El error o la creencia falsa que alega el apoderado en la ejecución del delito, no tiene la suficiente virtualidad procesal, porque... (el señor Juez 3º Superior, auto de proceder).

“Si lo que dice el señor fiscal es cierto, no lo es menos que el otro aspecto de la confesión del sindicado, la segunda cualificante, tampoco «ha sido desvirtuada por los medios legales establecidos por la ley»” (El apoderado).

ALEGACIONES DE LA DEFENSA

En alegato bastante extenso he sostenido que la confesión del sindicado en el presente juicio hay que tomarla en su integridad, por cuanto es libre y espontánea (C. de P. P., art. 264), y en ningún momento ha sido controvertida.

No voy a repetir lo dicho sobre la confesión. Solo quiero referirme a su cualificante y a la posición que frente a ella asume el señor Juez Tercero Superior.

EL AUTO APELADO

Toda posición es respetable. Pero no toda posición puede ser compartida en la medida en que se respete. Tal es lo que ocurre en el caso concreto. Por más que lo dicho por el *a quo* en el auto vocatorio a juicio deba ser respetado, eso no quiere decir que se le comparta. Es que, mi divergencia con respecto a él es no solamente en cuanto a la apreciación de los hechos y a sus consecuencias. Mi divergencia es a la vez fáctica y jurídica. Veamos por qué:

En el auto recurrido se parte de esta base: “De la forma como ocurrió el homicidio no hay testigos... como se ve, no hay dentro del expediente testigo alguno del momento culminante de la tragedia...”.

También se acepta que el origen de las discordias no era la malversación de dineros como se quiso hacer aparecer. Esa sugerencia está infirmada por algunos particulares, como se aprécia de los testimonios: “...por el contrario estaba en un todo consagrado a los negocios de los establecimientos...”.

LOS PUNTOS DE DIVERGENCIA

Primero. Estamos en total desacuerdo en lo que respecta a la apreciación de la confesión. En algún aparte dice: “Los planteamientos que en tal sentido hace el imputado, adolecen en cierto modo de una plena verosimilitud para dar por existente la legítima defensa que pregoná”. Más adelante dice no reconocer la defensa subjetiva de la vida porque “de una parte la señora se hallaba en su lecho acompañada de sus dos hijas, entre ellas la niña hija del sindicado y no podía en tal sentido tomar actitud alguna ofensiva contra su esposa; como también saberse por él mismo y algunas personas que conocían la conducta de la víctima, que ella no poseía o al menos no cargaba o llevaba consigo arma alguna, menos cuando se daba a descansar en su lecho acompañada de sus hijas y por último no habérsele hallado elemento capaz de ser utilizado para atentar contra la vida de alguna persona”.

De manera que los hechos por los cuales no acepta la causal de irresponsabilidad⁸ son:

a) Porque G G dormía esa noche con dos de sus hijas pequeñas en la misma cama.

⁸ Hoy habría que hablar de causal de inculpabilidad.

- b) Porque ella no poseía o no acostumbraba llevar arma.
- c) Porque no se encontró arma alguna en la diligencia del levantamiento del cadáver.

Más adelante examinaremos estos puntos con la convicción de que si logramos demostrar su inconsistencia, la legítima defensa subjetiva debe ser reconocida.

Segundo. Aceptando que la legítima defensa subjetiva es un error esencial de hecho⁹, afirma que “debe estar demostrada la buena fe con que se actúa (es necesario) que el error sea esencial de la parte acusada...”; y más adelante que el error debe estar “plenamente demostrado en el proceso...”. Pero, a juzgar por las consecuencias que de ahí saca, el juez parece dar a entender que es el procesado quien debe probar ese error. No, señor magistrado. Este no es nuestro sistema procesal. En nuestro sistema procesal penal, no es el reo quien debe demostrar su inocencia: es el Estado el que debe demostrar su responsabilidad. Al hombre se le presume inocente mientras no se le demuestre que no lo es.

“La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el juez o el funcionario de instrucción y su respectivo secretario, *se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario...*” (C. de P. P., art. 264).

El ajusticiado pudiera haber dicho en su injurada: “El día y hora de los hechos estaba yo en una caminata espacial, en compañía de tales astronautas...” y el Estado tendría que creerle “mientras no le demuestre lo contrario”.

Ahora bien: ¿se le ha demostrado *plenamente*, de manera contundente e inconcusa, en el caso de autos al sindicado que él no obró en la forma que dice haber obrado? De ninguna manera. Luego su confesión queda en pie. Por eso ha dicho la honorable Corte Suprema de Justicia: “De acuerdo con la doctrina jurídica la división de la confesión, en materia penal no puede hacerse sino en el caso de que las calificaciones introducidas estén *perfectamente contradichas o desvirtuadas* por otros elementos de prueba” (Cas., 11 de julio de 1958, LXXXV, III, 731, citada por ORTEGA TORRES).

“La confesión del procesado no contradicha por prueba válida alguna en los autos debe tomarse como indivisible” (Cas., 1º abril 1959, XC, 369).

“El dicho del sindicado debe aceptarse en toda su integridad cuando no hay elemento alguno en el proceso que lo infirme y cuando, por otra parte, esas mismas comprobaciones lo hacen verosímil” (Sent., 27 de octubre de 1942, LI, 6, 204).

Yo pregunto entonces: Si la confesión del sindicado es verosímil, si no ha sido contradicha perfectamente, ¿por qué no se le cree? ¿Cómo es posible que hasta en los más mínimos detalles haya sido respaldada, y se le venga a negar credibilidad en este aspecto? Más adelante examinaremos si lo que su dicho transunta es posible y verosímil.

⁹ Cfr. Lo dicho en la nota 5.

Tercero. Hay contradicción en el auto en cuanto a la aceptación de la cualificante reconocida: el estado de ira. En principio acepta el estado de ira, pues este dizque se originó en las ofensas que la víctima endilgó al procesado en aquella madrugada: “Es más bien aceptable el planteamiento que hace en cuanto actuó dentro de un estado de ira e intenso dolor por las ofensas recibidas, las que le produjeron una especie de locura dentro de la cual mató a su esposa”. De manera que, según el aparte anterior, la idea de ultimarla surgió en el momento de los hechos.

Sin embargo, más adelante agrega: “Simplemente lo que ocurrió en este caso es el hecho de que el sindicado, viéndose desligado afectivamente de su cónyuge y el ningún estímulo de ella, alimentó *desde su arribo a la casa la idea de atentar contra su esposa*, pues por muchas horas, sentado y cabizbajo, incitado por el dolor y la ira al mismo tiempo, formalizó la idea criminal y esperó la hora y el sitio preciso para darle rienda suelta a sus impulsos y atentar contra su esposa”.

¿En qué quedamos? ¿O en lo primero o en lo segundo? Analice el señor magistrado con detenimiento todos estos hechos, porque el segundo párrafo es tan grave que casi va hasta hablar de premeditación. Y de esto sí no hay ni asomo. Y no se hable del cuchillo que portaba el sindicado. La razón es simple. Dice en su injurada: “Soy hacendado”. (Lo era desde que se separó de su esposa). Si usualmente se mantenía en el campo, manejando además dinero, lógico es que, por razones de seguridad, lo portara. El auto de proceder, es contradictorio en cuanto a la misma cualificante que reconoce.

Cuarto. Esta es una gran divergencia jurídica: “Es que —dice— para la concurrencia de los factores que tipifican la legítima defensa, ya sea objetiva o subjetiva, es necesario que el acto conlleve todos los requisitos del art. 25 del C. P.; si hay ausencia de algunos de esos requisitos, la legítima defensa se desvirtúa en su esencia y no tiene cabida por consiguiente la aplicación del art. 24 del C. P.”.

Precisamente la diferencia entre la defensa subjetiva y la legítima defensa objetiva de la vida radica en que, en la primera, falta uno de esos requisitos como paso a analizar. Por lo demás, en ningún momento se ha dicho que el ataque en el caso *sub judice*, para configurar la legítima defensa, haya sido las ofensas verbales de la occisa.

LEGÍTIMA DEFENSA OBJETIVA DE LA VIDA

El art. 25 del C. P. dice: “El hecho se justifica cuando se comete: “...2º) Por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”.

Según lo anterior, son requisitos indispensables para la justificante, los siguientes:

- a) Que haya una violencia.

- b) Que esa violencia sea injusta.
- c) Que esa violencia ponga en peligro la persona, el honor o los bienes.
- d) Que exista proporción entre ataque y defensa.

No voy a entrar a analizar cada uno de los elementos, pues ya lo ha hecho bastante la doctrina y sería profanar el sagrado tiempo de quien va a impartir justicia. Solo diré que la defensa frente a la agresión es un derecho natural del hombre, reconocido por todas las legislaciones a través del tiempo y el espacio. Derecho natural, por cuanto obedece a una de las leyes imprescindibles del ser: la ley del instinto de conservación.

Ya decía MARCO TULIO CICERÓN, en célebre defensa en favor de Milón, acusado de dar muerte a Clodio, que "no siempre que hay muerte se debe castigar, pues algunas veces las mismas leyes nos alargan la espada para ejecutarla". "Y por cierto, que si en algún tiempo hay derecho para quitar la vida a un hombre (y lo hay en muchas ocasiones), sin duda que el de hacerlo con justicia, y aun por la necesidad, es cuando se repela la fuerza por la fuerza". "¿Para qué son nuestros acompañamientos, para qué nuestras espadas? Las cuales ciertamente no se podrían traer, si de ningún modo fuera lícito usar de ellas. Es pues esta, jueces, una ley no escrita, sino natural: que no la hemos aprendido, oído, o leído; sino que la tomamos, bebimos y sacamos de la misma naturaleza: en la que no hemos sido enseñados, sino criados, no se nos ha impuesto, sino imbuido; de que si nos viésemos caer en una emboscada o invadidos por la fuerza y armas de salteadores o enemigos, fuese justo y bueno todo medio por donde nos pudiésemos salvar. Porque callan las leyes entre las armas, y no mandan que se las atiendan cuando el que quiera atenderlas, antes ha de sufrir una pena injusta, que reclama una justa satisfacción". (*Oraciones escogidas*, de BOURET, t. II, París-México, 1884, págs. 17 a 21).

También MAGGIORE dice: "La legítima defensa consiste en el derecho que tiene cada uno para rechazar la agresión injusta, cuando la sociedad y el Estado no pueden proveer a su defensa". (*Derecho penal*, t. I, Bogotá, Edit. Temis, 1956, pág. 403).

Ahora bien: ¿qué es la defensa subjetiva? ¿En qué diverge de la defensa objetiva? Eso es lo que examinaremos a continuación.

DEFENSA SUBJETIVA DE LA VIDA

En anterior alegato había definido la defensa subjetiva de la vida así: "De un modo extenso podemos decir que es la reacción violenta contra un ataque que no existe objetivamente, pero que el sujeto cree existir". Seguiré sosteniendo esta definición, demostrando su respaldo en la doctrina, en la jurisprudencia, en la sicología y en la lógica de las cosas.

Ambas clases de defensa se diferencian solo en el primer requisito, vale decir, en el de la agresión. En la defensa *objetiva* el peligro que se corre es *real*, porque *real* es la agresión. En la *subjetiva* el peligro *aparece como real* para el sujeto. De resto todos los requisitos son iguales.

Injusticia de la agresión: En cuanto debe ser una agresión que el sujeto no deba aguantar.

Peligro para la vida, el honor y los bienes como consecuencia de esa agresión.

Proporción entre la agresión y la defensa: Por eso dice SISCO:

"Necesidad racional del medio empleado. La confusión de ideas que se crea en la mente del presunto invadido le llevan a dar carácter de real a un ataque hipotético. Él ve un ataque allí donde no existe, y se coloca en actitud de defensa; respecto a un acto totalmente inofensivo.

"La repulsa, en este caso, deberá estar condicionada al hecho hipotético como si este fuera real; la proporcionalidad deberá establecerse, pues, entre el medio utilizado para defenderse y la gravedad del ataque, tal como racionalmente pudo el agente imaginar a este último. Así, si por una falsa estimación de la realidad, una persona supone que se le va a agredir a golpes de puño (y tal agresión no existe), y para repeler esa agresión hipotética que él cree real dispara su revólver y mata al presunto agresor, no habría legítima defensa putativa, por faltar uno de los requisitos esenciales de la legítima defensa. Podemos decir, pues, a este respecto, que no habrá defensa putativa, en los casos que no habría legítima propiamente, por falta de algunos de los elementos que la configuran". (LUIS P. SISCO, *La defensa justa*, Buenos Aires, Edit. El Ateneo, 1949, pág. 228).

También JOSÉ PECO anota: "La defensa subjetiva es aquella basada en un error de hecho en la cual el medio se proporciona al peligro imaginario". (*Proyecto de Código Penal*, Exposición de motivos, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, Instituto de Criminología, 1942, págs. 68 y 69).

Repetimos que solo no hay tal concordancia en cuanto al primer requisito. Cumplamos lo prometido en el sentido de demostrarlo a la luz de la doctrina.

LA DEFENSA SUBJETIVA EN LA DOCTRINA NACIONAL

Todos nuestros autores resaltan el hecho de que en esta figura el ataque no es real sino imaginario o supuesto, o pensado. Por eso se le denomina también *defensa putativa*, pues en latín el verbo *pensar* se enuncia así: *puto-putare-putavi-putatum*, de la primera clase.

Veamos pues lo que dicen nuestros tratadistas:

"La defensa subjetiva o putativa tiene, por consiguiente, un elemento material imprescindible y así instituye su sentencia como la reacción necesaria determinada por la creencia razonable, fundada en hechos externos, de un peligro actual, grave e injusto que realmente no existe.

"La causa por la cual lo putativo se transforma en realidad para el actuante es el error de hecho. La consecuencia se produce por una equivocada estimación de las circunstancias objetivas que se presentan, *debido al miedo que embarga al espíritu*". (LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de derecho penal*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1967, pág. 124).

Es de recordar lo dicho por el sindicado en uno de los apartes de la indagatoria: "...me encontraba en un estado de ira y miedo a la vez..." (fl. 8, copias)

“La legítima defensa subjetiva o putativa consiste, según los comentadores, en que el sujeto cree hallarse en las condiciones de la ley cuando estas no se hallan reunidas, sobre todo la de la violencia actual”. (AGUSTÍN GÓMEZ PRADA, *Derecho penal colombiano*. Parte general, Bucaramanga, Imprenta del Departamento, 1952, págs. 240 y 241).

“La legítima defensa subjetiva es una ilusión de injusto peligro convertida en realidad síquica. En ella el sujeto tiene el íntimo convencimiento de hallarse en presencia de un peligro y persigue como fin defender el derecho que juzga amenazado”. (JORGE GUTIÉRREZ GÓMEZ, *Comentarios al Código Penal colombiano*, Bogotá, 1940, págs. 131 y 132).

“La legítima defensa es, como se ve, «La ilusión de un injusto peligro convertida en realidad síquica»”. (SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO, *Elementos de derecho penal*, Medellín, Ediciones Universidad Pontificia Bolivariana, 1953, pág. 269).

“La legítima defensa con relieves subjetivos puede estructurarse como la posibilidad de un peligro, que dentro de la conciencia tiene una resonancia que supera la efectividad del riesgo, no precisamente en virtud de los hechos externos, dentro de los cuales se cumple el delito, sino de la interpretación que a estos otorga el sujeto que los sufre...” (ÁNGEL MARTÍN VÁSQUEZ ABAD, *Tratado de derecho penal colombiano*, Medellín, Ediciones Universidad Pontificia Bolivariana, 1948, pág. 118).

LA DEFENSA SUBJETIVA EN LA DOCTRINA UNIVERSAL

FRANCESCO CARRARA: “*Grave*. La gravedad del mal no debe buscarse en la verdad absoluta que puede haber quedado oculta para el agredido sino en la opinión razonada del mismo agredido”.

En nota: “Si un enemigo se me lanza apuntándome al pecho un arcabuz y yo, más listo, le disparo mi revólver y lo mato, habré obrado legítimamente, aun cuando después se me compruebe que el arcabuz estaba descargado. Habrá entonces una legitimidad basada en la opinión, que, cuando es razonable, se equipara a la verdadera. Caí en un error de hecho invencible y no tuve conciencia de violar la ley”. (*Programa de derecho criminal*, § 298).

VINCENZO MANZINI: “La opinión errónea no culposa de la necesidad de la defensa (legítima defensa putativa), fundada sobre elementos de hecho y no sobre meras fantasías, equivale, a los efectos de la justificante, a la necesidad real de la misma” (*Tratado de derecho penal italiano*, t. III, Buenos Aires, Soc. Anóm Editores, pág. 91).

GIUSEPPE MAGGIORE: “Necesidad de la defensa. La defensa debe ser necesaria. La necesidad —a diferencia de la «injusticia», que tiene siempre valor objetivo— resulta de una apreciación subjetiva. Lo mismo vale, pues, la necesidad real que la necesidad supuesta o presunta. Si creo por error, y sin culpa de mi parte, que corro un peligro actual del que es necesario defenderme, tengo derecho a invocar la causa justificativa de la legítima defensa, aunque efecti-

vamente la necesidad no existiera. Tal es la llamada legítima defensa putativa” (*op. cit.*, pág. 402).

REINHART MAURACH: La legítima defensa subjetiva, es para él la “compreensiva dentro de la falsa suposición de que ocurre una situación de legítima defensa, como del error sobre las acciones de defensa requeridas para rechazar un ataque actual”. (*Tratado de derecho penal*, t. II, Barcelona, Edic. Ariel, 1962, pág. 153).

JOSÉ PEÇO: “El exceso recae sobre un error culposo derivado de una evaluación imprudentemente exagerada o en el uso de medios exuberantes, la defensa putativa es un error de hecho en la cual el medio se proporciona al peligro imaginario (*Proyecto de Código Penal*, exposición de motivos, La Plata, Universidad Nacional de La Plata, Instituto de Criminología, 1942, págs. 68 y 69).

SEBASTIÁN SOLER: “En tal caso, el sujeto conoce todas las circunstancias de hecho que integran la figura pero no determina porque «además», erróneamente, cree que existen otras circunstancias que le autorizan o le obligan en efecto a proceder, y esas otras circunstancias son de tal naturaleza, que si realmente hubieran existido habrían justificado su conducta. Esos son los casos de legítima defensa putativa, y, en general, de justificación putativa” (*Derecho penal argentino*, t. I, Buenos Aires, 1953, pág. 89).

JIMÉNEZ DE ASÚA: “La defensa putativa, como lo indica la palabra, es la creencia en que nos hallamos de ser atacados y que, subjetivamente nos hace pensar que es necesaria la defensa”. (*La ley y el delito*, 3ª ed., México, Ed. Hermes, 1954, pág. 300).

En fin, tanto los autores nacionales como los extranjeros coinciden en que en esta clase de legítima defensa el *peligro no es real, sino imaginario*. Solo existe en la mente del sujeto.

LA DEFENSA SUBJETIVA EN LA JURISPRUDENCIA

“La legítima defensa subjetiva consiste, según los comentadores, en que el sujeto cree razonablemente hallarse en las condiciones de la ley cuando estas no se hallan reunidas, sobre todo, el de la actualidad o realidad de la violencia o el peligro”. (Cas., 4 de junio de 1950, LXVII, pág. 576).

“La defensa subjetiva o putativa no viene a ser otra cosa que el miedo o el temor producido por un peligro imaginario o aparente que el sujeto exagera por la exaltación síquica que padece en el momento de obrar”. (Cas., 20 de abril de 1961, XCV, pág. 609).

Pero es que también hay un argumento lógico para estar en desacuerdo con el señor juez, en aquello de que “para la concurrencia de los factores que tipifican la legítima defensa, ya sea objetiva o subjetiva, es necesario que el acto conlleve todos los requisitos del art. 25 del C. P.”.

Tan no es cierto que deben reunirse los mismos requisitos en una y otra defensa, que si el ataque existiera en la objetividad material el hecho quedaría encajado en el art. 25 del Código Penal. Si se exigen los mismos requisitos, ¿por qué situarla en el art. 23? No encuadra en la norma del art. 25 precisamente porque ella se basa en un error esencial de hecho no proveniente de negligencia con respecto a la existencia real del ataque, el cual error queda comprendido en el ord. 2º del art. 23¹⁰.

LA DEFENSA SUBJETIVA DE LA VIDA EN EL CASO CONCRETO

N N cualifica su confesión: "...cuando yo me acerqué a despedirme de la niña... y empezó a buscar algo detrás de la almohada, donde estaba acostada, entonces... yo pensé que ella iba a matar la niña para que no fuera ni para ella ni para mí, pues la niña estaba a un lado de ella y al mismo tiempo pensé que me iba a tirar a mí, entonces...".

El creyó, pues, que su vida o la de su hija estaba en peligro. Para no creer esta confesión, sus aseveraciones tendrían que estar "*perfectamente contradichas*" (Corte Suprema); de lo contrario, se impone su creencia.

Ahora bien: ¿cómo debe ser la creencia del peligro? Ya hemos dicho que la creencia debe ser *razonable*. Por tal debe entenderse la que tiene algún asidero en la realidad. Es decir, que según las circunstancias, el sujeto pudo haber creído en la realidad de la agresión. Como lo dice CARRARA: "El modoramen siempre debe medirse de acuerdo con las razonables opiniones del que vio amenazada su vida, y no según lo que con frío cálculo y maduro examen ha llegado a conocer el juez". También ERICO FERRI dice: "Para que la necesidad subjetiva se admita, es necesario que represente un estado tal de cosas que *constituya al menos el comienzo de una agresión y por tanto una creencia razonable y sincera según la experiencia ordinaria*, a no ser que resulte probado un acceso de loco terror en que se defiende...". "Pero cuando se dan las *circunstancias plausibles del hecho y la sinceridad del fin defensa en el agredido, la defensa legítima debe ser reconocida con arreglo al criterio del estado psicológico de los contendientes*". (*Principios de derecho criminal*, Madrid, Edit. Reus, 1933, pág. 440).

No menos claro es VINCENZO MANZINI: "La buena fe, y lo racional (relativamente) de la errónea opinión pueden deducirse de condiciones de tiempo y de lugar, de la personalidad del supuesto agresor y de la del que reacciona, de la categoría intelectual y de la fuerza síquica ordinaria de este, del estado

¹⁰ La diferencia se ve más clara a la luz de la concepción dogmática: mientras que la legítima defensa objetiva es causal de justificación y excluye la antijuridicidad (C. P. de 1980, art. 29) la mal llamada "legítima defensa subjetiva", hoy error de prohibición indirecto, descarta la culpabilidad (art. 40-3), siempre y cuando sea invencible.

de ánimo en que él mismo se encontraba sin culpa suya en el momento del hecho, de las relaciones eventuales existentes entre los dos, etc...". (Obra citada).

Es posible entonces que esa creencia razonable hubiese existido en N N, lógico que sí. Veamos por qué: uno de los niños le había dicho que su esposa había comprado un revólver y alguien se lo enseñaba a manejar; había tensión entre ambos; su atención estaba debilitada; estaba angustiada por las infidelidades de su esposa; conocía los antecedentes de su mujer (mujer de cafés, como consta en el mismo expediente); su mujer lo ofende y a más de ello ve que mete la mano por debajo de la almohada.

¿Es posible todo lo que el sindicato dice en su injurada? Sí, señor magistrado. El bolsillo es el lugar donde generalmente se guardan las armas cuando las personas salen de casa; bajo la almohada se guardan también generalmente las armas cuando la persona se entrega al sueño y ello precisamente para tenerlas "a mano" en caso de necesitarse.

Cualquier gesto, cualquier movimiento hizo la occisa que fue mal interpretado por el sindicato. Por eso dice el doctor LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ, actual presidente de la honorable Corte Suprema de Justicia:

"La defensa putativa se presenta cuando por un error sustancial de hecho, por una equivocada interpretación de una circunstancia, el sujeto cree hallarse en la necesidad de defenderse, sin que exista realmente ningún peligro... La violencia apenas existe en la mente del sujeto, por un error de hecho inimputable en la interpretación de un *gesto, actividad, movimiento, circunstancia inofensiva*". (*Lecciones de derecho penal*, Medellín, Ed. Universidad de Antioquia, 1962, págs. 263-265).

¿Por qué niega el señor juez la defensa subjetiva?

a) Porque en aquella noche la occisa dormía con sus hijas.

Esta razón es tan de poco peso que francamente no vale la pena analizarse.

b) No hay legítima defensa subjetiva por saberse "por él mismo y algunas personas que conocían la conducta de la víctima, que ella no poseía o al menos no cargaba o llevaba consigo arma alguna". Nada más errado que la anterior afirmación. Véamoslo:

La conducta de la víctima. Su comportamiento y sus antecedentes, demuestran que era una mujer agresiva y en cierta medida peligrosa: ¿quién no conoce los antecedentes de G G?

¿Acaso no adulteraba con F F?

¿Acaso no es peligrosa para un hombre una mujer que ya no ama y que, por lo mismo, en brazos de otro se entrega y por ello también quiere retirarlo a toda costa librándose de toda traba?

¿Acaso no era una mujer que últimamente permanecía de continuo en los cafés de su pertenencia?

¿No es razonable que todo esto influya en el sindicato para formarse la idea de que su mujer lo atacaba?

No acostumbraba armas. Aquí sí que es aberrantemente contradictorio el auto que se apela. En un principio acepta lo siguiente:... "el hijo mayor

de ella, declara que su madre sí tenía un revólver pero guardado en el armario y que casi no lo sacaba de allí..."; no obstante más adelante dice que se sabe por "algunas personas que conocían la conducta de la víctima que ella no poseía o al menos...".

Entonces, ¿qué? ¿Acostumbraba o no acostumbraba armas? En este punto el auto de proceder es tan huérfano de contenido fáctico como ningún otro. O sí no, veamos: J J (folio 30): "Hace días, no recuerdo cuántos, llegó a la casa de mi mamá G G, y entonces se puso a enseñarle a manejar un revólver a ella...".

M M (folio 12 vto.): "Ella no tenía armas de ninguna clase debajo de la almohada ni en la casa, pues ella sí tenía un revólver pero lo mantenía en el café...".

P P (folio 22 vto.): "Ella sí tenía un revólver en la casa y hace más de veinte días que ella sacó ese revólver de la casa y se lo llevó, pero no sé dónde se lo llevó...".

C C (folio 15): "Ella sí tenía un revólver, pero lo mantenía en un armario con llave, pues no lo tocaba porque no sabía manejarlo y le daba mucho miedo...".

Repárese el señor magistrado qué abundamiento de declarantes; y así viene el señor juez a decidir que era sabido "por él mismo y algunas personas que conocían la conducta de la víctima, que ella no poseía o al menos no cargaba o llevaba consigo arma alguna...".

Que él mismo sí sabía que su esposa mantenía arma, lo demuestra el siguiente aparte de su injurada. "Preguntado: Sírvase decirnos si usted vio qué tenía la señora G G debajo de la almohada, o si era que esta acostumbraba a tener algo en este sitio? Contestó: «Pues como ella administraba esos cafés, yo creo que ella tenía revólver para defender su plata, a ella no le llegué a ver esta clase de armas pero uno de los niños de ella de nombre J J me dijo que la mamá había conseguido un revólver y que un policía le había estado enseñando a manejar y a tirar...»" (7, de la copia).

Repetimos la declaración del niño J J: "Hace días, no recuerdo cuántos, llegó a la casa de mi mamá G G y entonces se puso a enseñarle a manejar un revólver a ella...".

¡He aquí cómo se perfila la legítima defensa de la vida en el caso de autos! ¡He aquí cómo sí había base para una creencia razonable!

Y por último "no habérsele hallado elemento alguno capaz de ser utilizado para atentar contra la vida de alguna persona...". Esta es la última razón para no reconocerse la eximente de responsabilidad¹¹.

Pero, ¿quién dijo que encontrar armas en el lugar de los hechos, por ejemplo, es requisito para el reconocimiento de la defensa subjetiva? No. Precisamente, ahí reside el *quid* del asunto: no importa que no haya habido ni ataque material ni instrumento: lo que importa es que en la mente del sindicado se haya presentado ese "ataque" como real.

Si un enemigo —dice CARRARA— se me lanza apuntándome con un arcabuz y yo, más lito, le disparo mi revólver y lo mato, habré obrado legítimamente, aun cuando después se me compruebe que el arcabuz estaba descargado.

"Habrá entonces una legitimidad basada en la opinión, que, que, cuando es razonable, se equipara a la verdadera. Caí en un error de hecho invencible y no tuve conciencia de violar la ley" (*Programa*, § 298).

En fin, después de todo el *a quo* remata así: "Factores todos estos que contrarrestan, la posibilidad de esa falsa creencia". No quiero insistir más sobre el asunto. Solo quiero que veamos las anteriores refutaciones en esquemas:

No hay defensa subjetiva de la vida

- 1.- Estaba en el lecho con sus dos hijas.
- 2.- No acostumbraba armas.

- 3.- No se encontró arma.

Si hay defensa subjetiva de la vida.

- 1.- No vale la pena analizar.
- 2.- ..."Llegó a la casa de mi mamá y entonces se puso a enseñarle a manejar un revólver...."
- 3.- "Habré obrado legítimamente, aun cuando después se me compruebe que el arcabuz estaba descargado" (CARRARA).

¿Se contrarrestará la creencia en el ataque?

Señor magistrado: al momento de decidir, no puede dejar de considerar que el delito es un hecho esencialmente sociológico, telúrico y antropológico. De ahí que no podamos prescindir del examen de la personalidad del hombre. Administrar una justicia justa, es captar al hombre en la plenitud de su dinamismo. Nunca habrá una justicia justa si no nos sumimos en la realidad palpitante de la vida. Cuando se trata de juzgar al hombre, tenemos que ser excesivamente humanos so pena de volvernos fieramente inhumanos. Por eso ha de tenerse en cuenta la limpia vida del sindicado.

Tenemos que comprender que en el caso de autos no hay base para aplicar sanción de ningún carácter. Una sanción en el caso de autos, sería inconveniente a la luz de la política criminal. El señor magistrado decide no solo sobre la suerte de un hombre: decide sobre la suerte de una niña de 2 años; decide sobre la suerte de un hogar.

El estado de ánimo del señor magistrado en relación con el reconocimiento de la defensa subjetiva de la vida, puede ser de *plena certidumbre* o el de la *duda*. Personalmente, creo que usted, señor, está tan convencido como yo sobre la justicia de esta causa. Pero si alguna duda tuviere, le ruego repare en lo siguiente:

En nuestro estatuto procedimental penal existe la consagración de la gran norma de sabiduría, la regla del *in dubio pro reo*. Es un error creer que esta norma solo ha de aplicarse al momento de dictar sentencia. Esta norma ha de aplicarse siempre que de apreciar una prueba se trate. El art. 216 del Código de Procedimiento Penal, dice:

¹¹ Cfr. lo dicho en la nota 8.

“En los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla”.

Hemos tratado en este proceso de la prueba de la confesión. Esa confesión no ha sido infirmada *plenamente*, como lo dice la Corte Suprema de Justicia. Pero si alguna sombra de duda cayera sobre ella, entonces, señor magistrado, dignese dar aplicación a la regla del *in dubio*, porque esa duda no se podría eliminar ni aun en la etapa probatoria del juicio.

Socialmente, se pide el sobreseimiento definitivo. Toda la sociedad de Armenia ha lamentado la tragedia. Ya está propalado el escándalo; propalada la deshonra y el dolor acrecentado. Pero aquí el deber nos impone no compungirnos, sino analizar los hechos con frialdad, con equidad.

El enjuiciamiento de N N sería más maléfico que conveniente: “Todos, como dice FRAMARINO, pensarían de qué modo, bajo el falso nombre y la falsa divisa de la justicia social, puede la sociedad entera en un momento dado caer sobre la persona individual hasta aniquilarla y hundirla, como grano de trigo bajo la acción de las máquinas de potente molino.

“El símbolo adecuado de la justicia ya no sería una matrona con la frente olímpicamente serena y con su balanza para pesar las acciones humanas, sino que parecería a los ojos de los hombres, buenos o malos, como una diosa terrible, monstruosamente ciega y sorda a la verdad; en su rostro se verían las líneas y las sombras con que la imaginación de los antiguos solía caracterizar la terrible e impenetrable figura del *Fatum*.”

Yo estoy plenamente convencido de que el señor magistrado enrutará la nave de su conciencia hacia el puerto de una providencia de paz, de verdad, de libertad y de justicia, porque sé que tanto el señor magistrado como yo creemos que *solo en la justicia está la paz, y el reposo solo en la verdad*¹².

De los honorables magistrados con respeto,

Armenia, agosto 26 de 1971.

¹² El honorable Tribunal Superior de Armenia, aceptó la tesis de la defensa subjetiva de la vida y dictó un auto de sobreseimiento definitivo en favor del encartado.

Legislación

PROYECTO DE LEY

“POR LA CUAL SE ESTABLECEN
UNAS CONTRAVENCIONES DE POLICÍA”

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Del proyecto de ley “Por la cual se establecen unas contravenciones de policía; se crea como medida correctiva el internamiento en centros de capacitación laboral; se fija competencia; se regula su procedimiento; se crean cargos de jueces especializados y se establece procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo; se dictan disposiciones sobre calificación del sumario, competencia en materia civil, penal y laboral, captura, detención preventiva y excarcelación y se dictan otras disposiciones”.

El proyecto de ley que se presenta a consideración del Congreso Nacional encuentra su fundamento en las siguientes razones:

Capítulo I

Contravenciones especiales de policía

Uno de los problemas fundamentales con que se ha enfrentado el gobierno ha sido el incremento exagerado de la delincuencia, lo que obliga a promulgar estatutos que permitan una rápida investigación, al menos para ciertos hechos punibles que de acuerdo a las estadísticas se presentan con mayor frecuencia amenazando la seguridad de los ciudadanos, en especial su patrimonio y que afectan por tanto el normal desarrollo de las actividades sociales.

Dentro de las normas legales y constitucionales y respetando primordialmente el derecho de defensa, es indispensable dar la categoría de contravenciones a ciertas ilicitudes y atribuir su conocimiento a los alcaldes e inspectores de policía, en primera instancia, y en segunda a los gobernadores de departamento, al Consejo Distrital de Justicia, a los intendentes y comisarios, según el caso, para que con base en un *procedimiento abreviado* se logren decisiones definitivas en dichos procesos.

Es cierto que el juzgamiento de las personas debe hacerse en igualdad de condiciones, pero en ocasiones se requiere, mediante formas procesales adecuadas, contrarrestar la delincuencia que bien puede denominarse habi-