

de combatir desde sus raíces y causas directas y remotas el magno problema de la delincuencia infantil. En otros países se les llama fundaciones, dotaciones, asociaciones, etc., y su finalidad en Colombia sería la de dedicarse al estudio y al combate de las plagas sociales. Esos organismos son justamente el vehículo para lograr la eficiencia requerida por los propósitos de una bien entendida filantropía social, que hoy, como la caridad en general, anda dispersa. Es evidente para nosotros que la beneficencia organizada en centros especiales, con personal científico y a base de estadísticas y de estudios serios de las reales necesidades del pueblo, producirá mucho mejores frutos que dejándola al acaso o al suministro accidental o individual de los auxilios.

Dijimos antes, en la primera parte de este trabajo, cómo influye la miseria; cómo labran las necesidades materiales en la psiquis del niño y cómo, en fin, ese ambiente de limitaciones familiares lo conduce de manera fatal al delito, cuando no recibe el ejemplo de sus progenitores o familiares empujados a tomar lo ajeno para la subsistencia propia y la de su prole. Si es imposible eliminar la miseria, en cambio sí es factible aminorarla por medio de la organización de la caridad pública. Muchos impulsos caritativos individuales producen sus efectos benéficos, es indudable. Pero si se lograra encauzar esa caridad por vías de orden, científicamente administrada, avanzaríamos gran trecho por el camino de prevenir y de tratar la delincuencia infantil y aún los estados de pre-delincuencia, que son los que mayormente reclaman la atención del Estado y de la sociedad.

(Continuará)

# Jurisprudencia Penal

**MAGISTRADOS PONENTES:**

**Drs. Angel Martín Vásquez**

y

**Samuel Barrientos Restrepo**



## JURISPRUDENCIA PENAL

---

TRIBUNAL SUPERIOR

SALA DE DECISION.

Medellín, julio treinta y uno de mil novecientos cuarenta y ocho.

Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez.

### V I S T O S :

El veinticuatro de noviembre del año próximo pasado, el señor Juez Primero Superior de este Distrito Judicial dictó sentencia en el presente negocio, condenando a Juan María David, como reo del delito de homicidio, a sufrir la pena principal de diez años de presidio, juntamente con las accesorias de rigor legal, y absolviendo a Pedro A. David, por igual cargo.

La Sala revisa aquel fallo únicamente por la vía de consulta, ya que ninguna de las partes interpuso recurso alguno contra tal decisión.

Para resolver, se considera:

El cargo que se formulara a Juan María David lo hizo consistir el señor Juez, al redactar el cuestionario para el Jurado, en lo siguiente:

«El acusado Juan María David es responsable de haber herido, con propósito de matar, con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos y con arma cortante y de peso (machete o peñilla) a Luis Eduardo Correa, a consecuencia de lo cual murió éste poco después, hechos ocurridos en las horas de la tarde de un sábado del mes de agosto de mil novecientos cuarenta, en el paraje denominado «El Naranja» jurisdicción del Municipio de Buriticá?».

El tribunal popular dio respuesta en los siguientes términos: «Sí, con propósito de matar, sin premeditación». Decisión tomada por unanimidad.

Es el caso de ver si el veredicto se compadece o concuerda con las constancias de autos en cuanto a este procesado.

Los autos son pródigos, y en ello han abundado los distintos funcionarios que han intervenido en el proceso, en la relación minuciosa de las circunstancias todas que culminaron con la muerte de Luis E. Correa. Sábese que este hombre fue muerto para quitar un estorbo que surgía por las relaciones ilícitas existentes entre Juan María David y la esposa legítima del occiso, Virgelina Ochoa. El descubrimiento del crimen presentó distintas incidencias, por cuanto que no fue posible que se produjera inmediatamente se perpetró. Así, el auto del diez y nueve de julio de mil

novecientos cuarenta y dos, inicial del inquirimiento, anuncia que el hecho tuvo su ocurrencia «hace unos diez y ocho meses, más o menos». La investigación, iniciada desde entonces, no logró concretar una responsabilidad efectiva a quienes se sindicara como autores del delito.

Fue preciso que el señor Juez 5° Superior, a quien primero correspondiera el negocio, antes de declararse impedido (fs. 162 y vto.), por auto de cinco de abril de mil novecientos cuarenta y tres, ante la gravedad intrínseca que ofrecía el hecho, emprendiera la tarea de conseguir, mediante la ampliación de folios 16 a 17, una concreción más auténtica y cierta de quiénes habían cometido el homicidio en la persona de Correa.

Practicada esa ampliación, cumplida en todas sus partes, ya se patentizó con mejor fuerza que Juan María y Pedro Antonio David no habían sido extraños al hecho, como que ambos gozaban de los favores sexuales de la adúltera esposa del ofendido.

A folios 50 a 54, rindió una amplia declaración indagatoria Juan María David; y fue allí en donde hizo esta paladina y espontánea confesión, después de relatar algunas incidencias del caso:

«Yo fuí ese hombre que mató a Luis Correa, y luégo lo enterré en el lugar que se me pregunta, en compañía de Luis Aníbal y Pedro, pero lo maté porque así me dijo Virgelina que lo hiciera, lo mismo que a Pedro David le dijo lo mismo, y lo enterramos para que no nos castigaran, pero Aníbal no tiene parte en nada. Pues Virgelina nos dijo que lo matáramos para que así no corriera ningún riesgo Pedro Antonio David, a quien ella quería mucho, y así poder vivir más tranquilos, sin peligro, como han seguido viviendo juntos después de la muerte de Luis. Virgelina no quería a su esposo, quería más a Pedro, y por eso fue que lo hizo matar».

Es cierto que Juan María, en la misma diligencia, a que se ha hecho referencia, al relatar las circunstancias que rodearon el momento de la consumación del homicidio, pretende hacerse aparecer como atacado por parte de Correa. Mas es obvio, que dados todos los acontecimientos, juzgadas todas las incidencias anteriores y concomitantes al delito, resulta imposible aceptar tales explicaciones, porque ellas están reñidas con la realidad. Hay un hecho indiscutible: había interés por parte de este procesado en eliminar a Correa, bien fuese por las insinuaciones que en tal sentido le hiciera la infiel esposa de aquél (menor de diez y ocho años al tiempo del delito, y por ello no justiciable por la jurisdicción común), para quitarlo de en medio, y así proseguir sus relaciones sexuales, sin estorbo alguno; o que en su calidad de *súcubo* se dejase sugestionar por la capacidad de *íncubo* que pudiera tener Pedro Antonio David para instigarlo hasta que lograra aquel propósito, si fuere cierto que los autos ofreciesen la demostración de que estos dos hombres actuaran como pareja criminal, con todas las características que este complejo fenómeno señala.

Más, en todo caso, no cabe duda que por virtud de las mismas confesiones de Juan María, la responsabilidad que reconoció el Jurado como autor de la muerte de Luis E. Correa, resulta patente. No podía el tribunal de conciencia abstenerse de reconocer una participación en un hecho criminoso de la gravedad del de autos, cuando era el mismo procesado

quien descubría ante él todos los episodios que rodearon la muerte de la infeliz víctima.

Precisamente, anotan los autores, que la confesión espontánea y rendida judicialmente, con el lleno de todos los requisitos que la ley exige, constituye un elemento probatorio de sin igual valor, porque está basado en dos circunstancias especialísimas, y que son: una razón de orden psicológico, y otra razón de orden lógico. Mediante la primera se argumenta que el hombre tiene la tendencia instintiva de apartarse de todo aquello que, por una u otra causa, puede perjudicarlo. Tanto que aunque pudiera afirmarse que el hombre es en la generalidad de las veces, verídico, sin embargo, calla la verdad cuando quiera que puede ésta encontrarse en pugna con su interés. Por lo mismo, si a pesar de este interés y de ese perjuicio consiguiente, afirma la existencia de un hecho que le conviene negar, es manifiesto que la fuerza preponderante de la verdad ha obrado en el confesante, y, en consecuencia, debe ser creído.

En cuanto a la razón de orden lógico, ella dimana de que la Lógica es ciencia que nos enseña a conocer la verdad. Siendo ello así, no puede negarse de que quien conoce mejor un hecho es el mismo que lo ha consumado. De allí que deba atribuírse fuerza más eficaz de convencimiento a la confesión, que al testimonio de terceros. Esto porque la verdad va directamente del sujeto que lo ha realizado al Juez, sin intermediario alguno que pueda modificar los hechos, por cualquiera circunstancia que altere la verdad del testimonio.

De manera que es un hecho incontrovertible en el proceso, que el veredicto afirmativo de la responsabilidad de Juan María David, tiene respaldo en los autos, y respaldo tan auténtico como que proviene de las mismas revelaciones del procesado, a las cuales el tribunal de conciencia podía atribuírles el máximo de credibilidad, desechando los hechos a los cuales pudiera acogerse el reo para producir determinados efectos en orden a su defensa.

Es que para quien, a fuerza de un concepto espiritualista, crea en los imponderables del espíritu, este proceso manifiesta cómo obraron esas fuerzas en evitar que un delito tan grave se quedara impune. Casi tres años después de cometido, la verdad fue abriéndose paso, hasta que alumbrada por la misma luz que produjeran las declaraciones de los que directamente habían intervenido en el delito, ya éste salía de la sombra para penetrar en el camino que impediera su impunidad.

Así lo reconoció el Jurado al suscribir una afirmación de responsabilidad que se compagina con las pruebas de autos. Y se afirma lo anterior, porque si bien negó la premeditación, es incuestionable que tal negativa no peca contra la evidencia procesal, porque es apenas natural que un delito rodeado de tantas incidencias para su descubrimiento, dejara sin comprobación adecuada un fenómeno psicológico, que escapa tan fácilmente a la justicia penal, cuando su establecimiento no aparece demostrado con una prueba que admita la más severa discriminación de todos los elementos que rodean aquel fenómeno. No es posible pretender que el sólo lapso cronológico que mediara entre el primer impulso de cometer un delito, o las primeras manifestaciones de la intención que permanecen en

la conciencia del agente, sin manifestación ninguna externa, hasta que esa intencionabilidad se patentiza en un hecho que es precisamente el que se deseara consumar, y el que se ejecuta en virtud de toda aquella preparación psíquica que lo ha convertido en acto o realidad, es lo que constituye la premeditación. Esta exige algo más; que cuando no está demostrada plenamente, resulta mejor suspender el juicio sobre un fenómeno de tan difícil esclarecimiento probatorio.

En este proceso pudiera afirmarse que hubo cierta ponderación para consumarlo; pero que esa ponderación tenga los relieves de una premeditación en el sentido jurídico del vocablo, no puede afirmarse de manera tan evidente como para contradecir la resolución del Jurado. Fundado el veredicto, aparte de otras pruebas colaterales, principalmente en la confesión del reo, era difícil aceptar que este fenómeno subjetivo de la premeditación surgiera con certeza para afirmarlo en contra de quien había confesado la ejecución del hecho, pero no la premeditación con que actuara. De aquí que la respuesta del tribunal de conciencia tenga que acogerse como una forma de duda que influyó en la determinación tomada, precisamente por la imposibilidad de eliminarla.

No puede decirse lo mismo respecto de las demás afirmaciones que contiene el veredicto. Juan María confesó espontáneamente haber dado muerte a Correa, y dentro de las circunstancias todas que rodearon el hecho, especialmente de los motivos determinantes que lo explican, y de la invitación que le formulara para llevarlo a un sitio en donde su ejecución fuera más favorable, necesariamente tiene que excluir toda forma que le dé fisonomía diferente de la de un homicidio cometido intencionalmente, como lo afirmara el mismo veredicto al aceptar el *animus necandi* con que procediera el reo.

No encuentra, pues, tacha alguna el veredicto, y su aceptación se hace necesaria.

En cuanto a la responsabilidad de Pedro Antonio David, élla fue propuesta al Jurado en la siguiente cuestión:

«El acusado Pedro A. David es responsable de haber prestado a Juan M. David intencionalmente, su cooperación, en forma no necesaria, en la ideación y realización del homicidio a que se refiere la cuestión primera y de haber prestado al mismo Juan M. David, intencionalmente, una ayuda posterior al homicidio, cumpliendo promesas anteriores al mismo. Hechos ocurridos así: la cooperación, en fecha no precisada anterior a un sábado del mes de agosto de mil novecientos cuarenta; la realización del homicidio, el día sábado que acaba de citarse, y la ayuda con posterioridad a dicho día en los mismo año (sic). Todo ello en el paraje denominado «El Naranjo» jurisdicción del Municipio de Buriticá?».

«No, habiendo sido encubridor», fue la respuesta que rindiera al cuestionario transcrito, el tribunal popular, por unanimidad (fs. 195).

Lo relativo a la responsabilidad de este procesado fue objeto de una interesante controversia entre los distintos funcionarios que intervinieron en el caso.

Para el señor Agente del Ministerio Público del Juzgado de instancia, a David no podía responsabilizársele como autor en el delito, ni como cooperador al mismo. Porque para que fuera autor, sería necesario que hubiese prestado su concurso activo o pasivo, pero efectivo, en la realización del hecho mismo. Para que fuera cooperador urgía que se precisara en él una actividad determinada exactamente hacia una finalidad conocida, que sería la muerte de Correa. Más como la cadena que debería existir entre el convenio y el hecho, o entre el hecho y el ocultamiento del delito, se rompe para este procesado, solamente podría aparecer contra él el cargo de encubridor, puesto que conoció o supo el mismo día, por boca del autor material del hecho, que se había cometido el delito, y ayudó al delincuente a ocultar el fruto del mismo, concurriendo al enterramiento del cadáver.

Planteada así la cuestión por el colaborador del Juzgado de instancia, en el auto de proceder se hicieron algunas consideraciones, confusas y vagas, para rebatir esa tesis, mediante las cuales la responsabilidad de este procesado se vino a concretar en que por no haber participado en la acción física criminosa, resultaba siempre responsable, con solidaria responsabilidad principal, por el concurso moral aportado, concurso que fue una de las causas determinantes para que Juan María David ejecutara materialmente el homicidio de autos.

Fue, así, como en la parte resolutive del auto de proceder, se hizo consistir el cargo contra Pedro Antonio, en haber determinado a Juan María David a cometer el ilícito especificado en el numeral anterior, incitándolo con eficacia para que lo ejecutara materialmente, y en haberle prestado una colaboración posterior para ayudarle a eludir la acción de la justicia, habiendo precedido acuerdo o concierto previo en la asistencia mutua en la comisión del reato, tantas veces citado.

De esta misma opinión fue el señor Agente del Ministerio Público del Tribunal, quien calificara la actuación de Pedro Antonio David como la de un verdadero cómplice necesario, aunque no tuviera participación física en el delito.

El Tribunal, al analizar esta aguda y difícil cuestión, se apartó de la calificación hecha tanto por el Juez de instancia, como por su colaborador, en lo tocante con este procesado, y acudió a una tesis intermedia, afirmando que fue un cómplice secundario, o lo que es lo mismo, no necesario, dándole fisonomía de auxiliador en la comisión del delito, y sin determinar, en forma clara y explícita, en qué consistía esa complicidad secundaria, al mismo tiempo que incluyó otra forma de cooperación más en lo tocante a su delincuencia: la de la ayuda posterior del acusado para su compañero, sin especificar, por cierto, si esa ayuda se había hecho cumpliendo promesas anteriores al delito, que es la forma jurídica como puede constituirse un cargo de tal naturaleza, pues como muy bien lo anota el señor Juez de instancia, no existiendo esa condición, la simple ayuda queda como un delito de encubrimiento, consistente en el hecho de haber ayudado a enterrar el cadáver de Luis Eduardo Correa, y no haber dado aviso a la autoridad de que se había cometido un delito.

Así las cosas, este proceso es una clara muestra de las múltiples di-

facultades que se operan en la justicia penal, gracias a la reglamentación que el Código da a la cooperación criminal, o el concurso de delincuentes, en una misma acción delictiva.

Dentro de la casuística legislación penal de 1.890 sería imposible encontrar en las pruebas del proceso, que la participación de Pedro Antonio David confluiera a una autoría intelectual, en virtud de la forma como obrara para forzar o abusar u ordenar al autor material la comisión del crimen. Tampoco cabría la de ser mero cómplice, entendiéndose por tal a quien, sin ayudar a la ejecución física del hecho, sugiere o aconseja o incita a cometerlo. Mas cabría la forma de auxilio, si por él se entiende el concierto para la ejecución de su delito, que llegue a tener efecto, pero sin la cooperación ni la ayuda en su perpetración, en el momento de cometerlo. Sin embargo, para que esto fuera así, habríase necesitado que en la acción dolosa de Juan María David apareciera comprobada la forma como pudo influir en la sugestión o en el consejo Pedro Antonio, y fuera esta la causa determinante para que el primero realizara el ilícito; prueba que de manera alguna presenta el proceso.

Y trayendo este mismo conflicto al Código vigente, aparece que la cooperación principal, bien fuese en su forma intelectual, para determinar al autor material a obrar, o bien en la del auxilio o cooperación sin la cual el hecho no habría podido cometerse, tampoco encuentra respaldo en las constancias de autos.

Quizá dentro de las modalidades del delito, la cooperación de Pedro Antonio David podría circunscribirse a la accesoria, o no necesaria, que el Código estatuye en el hecho de prestar una ayuda posterior al delito, pero cumpliendo promesas anteriores al mismo. Más aparece de manifiesto en el proceso, que precisamente la falta de comprobación adecuada de este elemento fundamental para la existencia de aquella clase de codeincuencia, constituye un factor decisivo para que sea necesario abstenerse en la decisión del caso, en el que, como se ha visto, la misma divergencia o controversia suscitada alrededor de la participación de Pedro Antonio David en el delito, puede considerarse como una causa determinante, de bastante eficacia, para que el Jurado no concluyera afirmando su responsabilidad como cómplice secundario, y, en cambio, le diera carácter de simple encubrimiento a su participación en los hechos.

Ello mismo indica que habiendo sido para los jueces de derecho un agudo problema penal circunscribir la calificación del caso a todas las circunstancias que determinan la presencia de Pedro Antonio en el proceso, para el Jurado era labor muy delicada afirmar cualquiera de aquellas hipótesis, o aceptar la que ya había sido formulada en el auto del Tribunal. Sin duda fue la falta de comprobación adecuada de que la cooperación de este procesado se había hecho cumpliendo promesas anteriores, lo que influyó en forma decisiva para que el Jurado encontrara una modalidad distinta que se conjugase con lo que aparecía demostrado en el proceso, es decir, que Pedro Antonio, sin concierto previo, apenas ayudó al delincuente a eludir la acción de la autoridad, prestándose a acompañarlo en la inhumación del cadáver, y también negándose, en un principio, a suministrar el denunció de su comisión a las autoridades.

Hubiese intervenido en alguna forma material o física, Pedro Antonio, en el desarrollo de cualquiera de los distintos momentos en que el delito tuvo su cumplimiento, y sería labor sencilla establecer una cooperación en el crimen. Mas no sucediendo así, todas las razones apuntadas, tienen que llevar a concluir que en la imposibilidad de establecer una delincuencia más grave, el Jurado fue exacto en atribuirle la única que nadie desconoce, consistente en aquellos hechos que antes se han mencionado.

Ello implica que es imposible declarar la contraevidencia del veredicto, porque la certeza es aquí motivo de hondas cavilaciones jurídicas y probatorias.

Consecuente con el veredicto, ya que, como se ha dicho, resulta imposible declarar su contraevidencia, el señor Juez de instancia resolvió, con base en el artículo 103 del Código Procesal Penal, que la absolución que necesariamente debería recaer en favor del procesado, Pedro Antonio David, por los cargos que le fueron formulados en el cuestionario, dada la respuesta negativa a la responsabilidad de ellos, que diera el Jurado, debía, por ello mismo, traer como consecuencia que la agregación «habiendo sido encubridor», apenas constituía una simple motivación del veredicto negativo o explicación de los motivos que el Jurado tuvo en cuenta para negar la responsabilidad formulada, por lo cual la forma de delito autónomo constitutiva de encubrimiento, ya no podía traer nuevo motivo de juzgamiento para aquel procesado.

De aquí que dedujese el funcionario de instancia que, ejecutoriada este fallo, el proceso no podía pasar al Juez competente para conocer del cargo de encubrimiento que el Jurado adujo, porque no corresponde a éste la calificación de los delitos, sino tan sólo la de la responsabilidad. Por ello, con base en el artículo antes citado, del Código Procesal Penal, apenas absolvió al reo, sin otra decisión al respecto.

Se plantea aquí un interesante problema, que el Tribunal tratará con alguna profundidad.

Es de todos sabido que la interpretación histórica de la ley resulta, de inmensa conveniencia para conocer el espíritu que animara al legislador en el momento de proferirla. Por esta circunstancia, la Sala hará una síntesis de las ideas que más importancia tuvieron en la discusión a que dio lugar en la Comisión redactora del Código Procesal Penal (Ley 94 de 1.938) el texto del artículo que en la numeración del estatuto corresponde al 103.

Este artículo fue propuesto, según consta en el Acta N° 125 de la sesión del día 30 de noviembre de 1936, por el doctor Carlos V. Rey. El comisionado, Dr. Rafael Escallón, lo consideró como la consagración del principio «non bis in idem», declarándolo de una evidente necesidad. No fue de esta misma opinión el comisionado, Dr. Luis Rueda Concha, quien aduciendo como ejemplo el caso de abuso de confianza, sostuvo que si el Jurado contesta que no es responsable quien se acusa de ese delito, «pero obtuvo el dinero valiéndose de engaños», bien podía el Juez encontrar que esa frase aditiva del veredicto contiene los elementos del delito de estafa, pudiéndose en tal caso dictar sentencia de acuerdo con el veredicto, absolviendo al procesado por el abuso de confianza, y ordenar al mismo tiempo que

se adelantara por el Juez competente la iniciación de un nuevo juicio por la estafa. Agrega el Dr. Rueda Concha que en el caso del artículo se cerraría completamente la puerta que dejaba abierta la posibilidad de aceptar el veredicto negativo de un delito para reiniciar el juicio por el que reconoció el Jurado.

Apoyó esta misma tesis el Dr. Moncada, haciendo la consideración de que el caso es muy frecuente en los delitos de homicidio, cuando el Jurado contesta negativamente a la pregunta sobre ese delito, pero agrega que hubo heridas.

El Dr. Escallón insistió en sus puntos de vista, sosteniendo que el trámite indicado en tal caso sería declarar la nulidad, por error jurídico en la denominación del delito, oponiéndose, así, a la tesis del Dr. Rueda Concha de la iniciación de un nuevo juicio contra el mismo procesado, basándose en el veredicto.

La tesis de la nulidad sustentada por el Dr. Escallón, fue combatida por el Dr. Moncada, alegando razones que, por cierto, no se compadecen con un criterio jurídico, porque para él la nulidad no puede declararse con posterioridad al auto de proceder, en virtud del veredicto del Jurado, ya que tal oportunidad apenas existe cuando se apela del auto de proceder ante el Tribunal Superior, pues llegado un expediente allí para conocer de tal auto, esa Corporación, deberá examinar detenidamente todas las pruebas, para ver si está bien delimitado el delito por el cual se ha llamado a juicio, o es otro.

No parece ser esta razón valedera, porque, en primer término, no siempre se usa del recurso de apelación contra los autos de proceder; y, por otro lado, cuando ese recurso se interpone, este no es el procedimiento. El Tribunal puede y debe corregir la denominación jurídica del delito, sin necesidad de declarar ninguna nulidad. Esto es de práctica constante en todas estas Corporaciones.

Si se atiende a otros conceptos emitidos en la misma discusión, se observa que el propósito buscado con el artículo 103 es ponerle un límite a la actuación de la justicia penal para que ésta no continúe indefinidamente contra un mismo individuo por un mismo hecho, lo que constituye una garantía individual para el procesado.

Al debate fue traído el texto del artículo 49 de la Ley 169 de 1896, incorporado en el capítulo IV del Título X, Libro III del Código de Procedimiento Penal derogado, y que dice:

«Si el hecho declarado por el Jurado estuviere comprendido en el género de delito por que se procede, el Juez dictará sentencia de acuerdo con el veredicto; pero si fuere de un género distinto, declarará terminada la causa respecto del hecho o hechos a que se hubiere contraído ésta y procederá entonces a abrir un nuevo juicio por el delito, contra quien haya lugar, si fuere competente para ello. Caso contrario, pasará la actuación al Juez o Tribunal a quien corresponda conocer de la infracción declarada por el Jurado».

Dijo entonces el Dr. Escallón, después de la lectura de esta disposición, que élla se refería al género del delito y no a la especie, y, por tanto, en realidad no se trata del mismo hecho, sino de un hecho distinto.

Pero como el doctor Rueda Concha pusiera el caso del abuso de confianza en anteriores ejemplos para demostrar su tesis, replicó a aquella observación que el género «estafa», es un género distinto del género «abuso de confianza» y del género «hurto».

Como preguntara el Dr. Rey si el hurto es un género, cuáles, entonces, son las especies de ese género? El Dr. Rueda Concha replicó: «Sencillamente, los distintos casos contemplados en el Capítulo del Código Penal que trata del hurto. El género es la denominación que se da al delito en el respectivo capítulo del Código Penal, o del respectivo título, si éste no está subdividido en capítulos. Así lo dice una disposición expresa: el artículo 345 de la Ley 105 de 1.890, y el 431 del Código Procesal Penal vigente. Como es sabido, se distinguen tres clases de elementos en el delito: elementos genéricos, elementos específicos y elementos individuales. La configuración genérica se hace en el auto de proceder; esta configuración se circunscribe luego a la especie en el cuestionario que se somete al Jurado; por último se individualiza en la sentencia, con las circunstancias atenuantes o agravantes.

A pesar de estos razonamientos, el Dr. Escallón insistió en su tesis de que en tales casos lo que procede es la declaratoria de nulidad, en lugar de sentencia absolutoria. Alrededor de esto afirma que al Jurado no le es dable contestar al veredicto sino con una afirmación o negación rotundas, sin agregar nada. Precisamente esta facultad de agregación, que no existe sino en Colombia, es necesario modificarla por un sistema, en el cual al Jurado le sean preguntadas todas las hipótesis posibles, todas las preguntas, a fin de que no tenga que contestar sino «sí» o «no», en cada caso, técnica ésta acostumbrada en todos los países que son considerados como los más adelantados en la institución del Jurado.

Agrega que por ser el artículo 49 de la Ley 169 de 1896 una ley posterior al Código, puede decirse que no forma parte de él, ya que el estatuto «consagraba claramente la técnica de la nulidad de lo actuado, cuando hubiera existido error jurídico sobre la denominación del delito. La ley de 1896 vino a modificar esa técnica, según parece, aunque bien puede interpretarse que el Juez, a pesar de dicha ley, siempre tiene que dictar la nulidad y no una sentencia absolutoria. Porque, como he sostenido, la estafa no es género, ni lo es el abuso de confianza: son especies del mismo género».

A este respecto, el Dr. Rueda Concha replica «que géneros puede haber indefinidamente: existe el género delito, existe el género acto humano. Pero yo considero acertada nuestra actual legislación cuando da a entender que el género en materia de delitos lo constituye la denominación del respectivo capítulo o del respectivo título, si éste no está subdividido en capítulos, del Código Penal».

El Dr. Escallón manifiesta que está bien que al individuo se le llame a juicio por la denominación del respectivo capítulo. Pero eso no quiere decir que tal denominación sea el género.

Al enfocarse la discusión en el sentido de que el legislador, como lo afirmara el Dr. Moncada, no podía tener en cuenta los posibles errores de técnica que vaya a cometer el Jurado en la contestación del veredicto, el

Dr. Escallón mantuvo su criterio de que el tribunal de conciencia no puede suministrar el cuerpo del delito de otro delito, de un delito distinto por el que se ha procedido hasta el momento del veredicto, porque ello equivale a establecer que el Jurado puede dictar un auto de calificación.

A esto replica, de manera rotunda, el Dr. Rueda Concha, afirmando que el Jurado no califica nada. Que él no agrega que hubo estafa, por ejemplo, o que hubo abuso de confianza. El Jurado habla de hechos. Dirá que hubo engaños o que recibió en calidad de depósito.

Extendiendo este argumento a casos de posible ocurrencia, pudiera decirse también que al Jurado le es dable contestar en un homicidio que no hubo este delito sino el de lesiones personales, o que el sujeto pasivo apenas fue vulnerado en su integridad personal; o también negar el propósito de matar, lo que equivale a darle al hecho una denominación jurídica distinta.

Conforme a las tesis hasta aquí expuestas, cabría decir a este respecto que bien sea la tesis de la nulidad propugnada por el Dr. Escallón, la que tendría como fundamento el numeral 8º del artículo 198 del código procesal penal vigente, que, por cierto, al cambiar la locución «error en la denominación genérica», que empleaba el ordinal 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887, incorporada en el código procesal penal derogado, por la cláusula «haberse incurrido en error relativo a la denominación jurídica de la infracción», que contiene aquel ordinal, precisamente presenta un motivo más para que dicha tesis tenga efectividad jurídica en casos como los aquí contemplados.

En todo caso, de las discusiones de que fue objeto el artículo 103 del Código Procesal Penal, se deduce que para su aceptación obró en el espíritu de los autores del proyecto la idea de que al Jurado no podría concedérsele la facultad de agregar nada a la simple afirmación o negación contenida en el veredicto. Y como ésta fue la reglamentación que se dio a la intervención de aquel tribunal en los artículos 500 y siguientes del código de procedimiento penal, que fueron derogados por la Ley 4º de 1.943, artículos 24 y siguientes, para volver al sistema del código de procedimiento penal anterior, es decir, a permitir a los jurados «que si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación», según el artículo 29 de tal ley, quiere ello decir que el propósito perseguido no está hoy vigente, y, por lo tanto, fuerza es interpretar las leyes acomodándolas a esta realidad jurídica. Derogado el sistema de que el Jurado no podía contestar sino sí o no a cada interrogatorio que se le formulara, en donde debían contenerse todas las hipótesis posibles que dieran alguna fisonomía al delito, es obvio que funciona otro diametralmente opuesto que conduce a permitirle agregaciones que pueden, en un determinado momento, dar una denominación distinta al delito, sin que pretenda constituirse en fallador de derecho para la calificación del mismo, sino que conserva su facultad de apenas hacer mención de circunstancias de hecho, que es lo que le incumbe.

Así las cosas, se pone más de relieve la razón que tuvo el Dr. Rueda Concha cuando al sustentar el Dr. Rey la tesis de que el Jurado no tie-

ne atribución de juzgar cuestiones de derecho, contestó que en esos casos no se trata de cuestiones de esa índole, porque a dicho tribunal popular no se le preguntan sino cuestiones de hecho.

Concluyó el Dr. Rueda Concha: ambas soluciones: nulidad o auto de proceder por el hecho reconocido por el Jurado, confluyen a la misma finalidad: nuevo auto calificador. Por eso sostuvo que el artículo 103 podía ser votado, siempre que se salvara el principio contenido en el artículo 49 de la Ley 169 de 1896, porque, según su pensamiento, constituye una preciosa garantía social.

En este punto de la discusión, el autor del artículo 103, o sea, el Dr. Rey intervino diciendo lo siguiente:

«Yo creo que el Dr. Rueda no se ha fijado bien en la redacción del artículo que propuse. Dice: «No será sometido a nuevo proceso». De manera que si es el mismo proceso, sí se puede llamarlo por otro delito. Y agregó después: «El error en todo caso residiría en absolver al procesado. Por qué va a absolverse, si el Juez tiene convencimiento de que el mismo hecho puede recibir otra denominación distinta y constituir base de un nuevo auto de proceder?».

Pero, hay todavía más. De conformidad con las Actas de la Comisión se dejó expresa constancia de que el artículo 103 no era incompatible con el artículo 49 de la Ley 169 de 1896, tantas veces citada. Ello implica que la no existencia de igual principio en la legislación vigente, no constituye óbice alguno para que se concluya:

a). La tesis de la nulidad cuando el Jurado dé fisonomía distinta al hecho, está acorde con el pensamiento que guió a la Comisión redactora del Código;

b). Que bien sea esta declaratoria de nulidad, o la de reiniciar nuevo juicio, ambas conducen al mismo objetivo: un nuevo auto calificador del proceso; y

c). Que el error de los que admiten otra doctrina es que no han parado mientes en que el artículo 103 habla para que se cumpla lo que él estatuye, de que el procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada de Juez colombiano sea «sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta. Es decir, que cuando se trata de un nuevo juicio, no cabe aplicar esa disposición. Porque de no ser así, ella, en lugar de la expresión nuevo proceso, habría dicho «nuevo juicio», en cuyo caso sí no cabría discusión alguna al respecto.

Todo lo dicho hasta aquí no conduce sino a esta conclusión: que en el caso de autos, y por lo mismo que no se trata de un nuevo proceso, sino de reabrir el juicio, porque hubo error en la denominación jurídica del delito, ya que el Código procesal penal vigente no contiene idéntica norma a la consagrada en el artículo 49 de la Ley 169 de 1896, la solución posible es la declaratoria de nulidad, por lo mismo que no es contraevidente el veredicto que asigna a Pedro Antonio David el cargo de encubrimiento en la muerte de Luis Eduardo Correa.

Como ya queda demostrado que no hay lugar a la aplicabilidad del artículo 103, en virtud del cual el señor Juez de instancia se abstuvo de

enviar este proceso al Juez competente para conocer del cargo pendiente contra Pedro Antonio David, no es el caso de disponer que así se haga, puesto que el Tribunal carece de facultad para decidir nada al respecto. Mas, comprobado que tampoco tiene autorización legal esta Corporación para obrar conforme al principio derogado, que constituye aquella norma, la solución más lógica y jurídica es la antes esbozada, es decir, la nulidad.

Por lo que respecta a la aplicación de la ley penal al caso *sub-judice*, el Tribunal encuentra que estuvo acertado el señor Juez de instancia en la pena de diez años de presidio que impuso al reo Juan María David, pues las circunstancias de peligrosidad que determinaron el arbitrio para elevar el mínimo de ocho años en dos, encuentran franco respaldo en el informativo.

Podría pensarse que los autos esbozan la circunstancia de peligrosidad que señala el ordinal 5º del artículo 37, esto es, la preparación ponderada del delito. Mas como el Jurado negó expresamente la premeditación, es necesario decir que en tesis general este fenómeno incluye dicha ponderación, aunque no sea lo contrario.

En virtud de las consideraciones expuestas, la Sala, de acuerdo, en parte, con la opinión fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

1º — CONFIRMASE el fallo en revisión, en lo que hace a la condenación de Juan María David; y,

2º — SE DECLARA NULO el proceso en cuanto a la calificación del delito atribuido a Pedro A. David; y se dispone que las anteriores diligencias pasen al funcionario con jurisdicción para conocer del cargo que queda pendiente contra dicho sujeto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase, cumplido el término de casación que pueda intentarse.

Angel Martín Vásquez.

Jairo Villa Vieira.

Cicerón Angel.

José Almazán A.

Srio.

## JURISPRUDENCIA PENAL

### DOCTRINA:

Mientras dura la audiencia puede el juez practicar pruebas. Pero no le es permitido suspender el juicio oral para hacerlo, porque ello equivaldría a conceder nuevo término probatorio y a extender indefinidamente la tramitación procesal. La oficiosidad, en materia penal, va únicamente hasta el límite señalado por el legislador.

Magistrado ponente: SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO

Tribunal Superior  
Sala de Decisión  
Medellín, seis de octubre de mil novecientos cuarenta y siete.

### Vistos:

Se trata aquí de saber cuál es el sentido verdadero del art. 472 del C. de P. P., que a la letra dice:

«Durante la audiencia, el Juez gozará de amplias facultades para suscitar los careos que crea oportunos, para exigir a los testigos o peritos las relaciones que considere necesarias y para practicar las diligencias que estimare convenientes al mejor esclarecimiento de los hechos».

En efecto, sostiene el señor Juez lo Superior y con éste el fiscal de aquel despacho, que el arbitrio a que se refiere el artículo copiado, va hasta ordenar la práctica de pruebas que no pueden obtenerse, mientras la audiencia se celebre, y suspendiendo, para ese efecto, el cumplimiento de la vista pública. Cree, en cambio, el señor defensor del procesado Bustamante que los careos, relaciones y diligencias que se estimen convenientes al esclarecimiento de los hechos, deben

cumplirse durante la audiencia, esto es, mientras se celebra ésta, sin que sea dado al Juez la suspensión del juicio oral.

Dice el artículo 28 del Código Civil que «las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras». Por consiguiente, la partícula «durante», que la ley emplea, se interpretará en forma gramatical, atendiendo para ello el uso general de las gentes que hablan bien. Y la Real Academia Española, en su Diccionario, explica así el significado de la voz «durante»: «p. a. de Durar. Que dura. 2o. Usase con significación semejante a la del adverbio **mientras**, precediendo a nombres con los cuales forma ablativos absolutos. Durante la guerra; esto es: durando o mientras dura, o duraba, la guerra».

Este y no otro parece ser el significado que quiso dar el legislador a la voz **durante**. Por consiguiente, el juez tendrá facultad amplia para practicar careos, obtener relaciones y lograr diligencias convenientes al esclarecimiento de los hechos, mientras dura la audiencia. No es, pues, que exista un nuevo término probatorio en el juicio, a voluntad del juez.

Ciertamente, a fs. 250 del Tomo III de los Trabajos preparatorios del nuevo código de procedimiento penal, se encuentra un artículo propuesto por el Dr. Jorge Eliéser Gaitán, disposición que sí daría campo, de haber sido adoptada, para suspender la audiencia, mientras se obtiene la práctica de pruebas que no lo fueron durante el término probatorio, ni lo pueden ser en la misma sesión pública. Ese artículo dice así:

«Artículo 25. Cuando en el curso de la audiencia se presentare la necesidad de la práctica de una diligencia que, a juicio del juez, sea de importancia para el esclarecimiento de la verdad, ordenará que se suspenda la audiencia, si durante ella no hubiere podido practicarse para que pueda llevarse a efecto».

La Comisión preparatoria del Código de P. P. no adoptó esta forma, quizás porque consideró que no era lícito, sin obtener un entorpecimiento de los procesos, suspender las audiencias para practicar pruebas, que no lo fueron oportunamente o que no pudieron practicarse durante la audiencia.

De manera que la interpretación que ha dado al art. 472 del C. de P. P. y en especial a la palabra «durante» que

allí se usa, por el señor Fiscal de esta Corporación, parece ajustada al criterio que guió a la Comisión. Con ella no se desatiende un sentido claro, so pretento de buscar el espíritu.

El arbitrio judicial en nuestra legislación penal es restringido. Las disposiciones que lo estabelcen son de carácter excepcional y para casos excepcionales. No está bien, por consiguiente, que se extienda ese arbitrio hasta convertirlo en absoluto. La oficiosidad, en materia penal, va únicamente hasta el «límite señalado por el legislador».

Sea suficiente lo dicho para revocar la providencia o disposición de cuya revisión se trata.

No obstante, bueno es anotar también que hay otras disposiciones del C. de P. P., que muestran a las claras cómo el pensamiento del Legislador era el que se deja expresado. El art. 451 de la obra citada permite la práctica de pruebas decretadas y que no se hubieren logrado en el término probatorio, «en la audiencia pública». Los arts. 473 y 474 indican la manera de obtener la comparencia de los peritos y testigos a la audiencia pública, cuando ellos residan fuera del lugar del juicio.

Todo está enseñando que el legislador no pretende que los procesos se extiendan indefinidamente, sino que se obtenga cuanta prueba se estime necesaria, pero dentro de la audiencia pública, cuando no se practicare en el término probatorio respectivo.

Las partes renunciaron la fijación en lista.

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal, de acuerdo con el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

Acéptase la renuncia que hacen las partes en memorial de primero de los corrientes; y

**Se revoca** la disposición del señor Juez 1o. Superior, por medio de la cual ordenó la suspensión de la audiencia pública en este juicio para practicar algunas pruebas fuera de aquella diligencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo.—Bernardo Botero Mejía.—Pedro Claver Gómez.—José Almazán A.—Srio.».

## DOCTRINA:

La ignorancia y el error en la legislación colombiana. La defensa legítima subjetiva o putativa. Diferencias entre el error esencial de hecho o de derecho y la defensa putativa.

Magistrado ponente: SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO

Interesante, por demás, es la cuestión suscitada por el señor fiscal 2o., en la vista de fondo por él presentada a esta Sala. Cuestión sobre la cual se han presentado ya, de parte de connotados expositores, diferentes comentarios.

Quiere saberse si la llamada **legítima defensa putativa o subjetiva**, es en realidad una verdadera defensa legítima, existente con todos sus presupuestos procesales, o si ella, por el contrario, equivale a un **error esencial de hecho**, el que haría que el acto no fuera imputable al sujeto activo.

Si la legítima defensa putativa es ciertamente una defensa legítima, será ella una causa de justificación del obrar, tal como la contempla el art. 25, numeral 2o., del Código Penal. Si en cambio, lo que se ha dicho defensa legítima putativa es un error esencial de hecho, ella encajaría en el numeral 2o. del art. 23 de la obra citada.

La legítima defensa subjetiva o putativa es —se ha dicho— **«la ilusión de un injusto peligro convertida en realidad psíquica»**. La ilusión debe fundarse en algo concreto, en algún hecho que exista verdaderamente, pues en la **defensa legítima putativa** se exigen los mismos requisitos necesarios para la legítima defensa objetiva, esto es: necesidad de defensa, peligro actual e injusto, derecho protegido en peligro y proporcionalidad entre la agresión y la defensa.

Quiere decir lo anterior que para que se presente la **legítima defensa putativa** se requiere, por lo menos, un principio de agresión, aunque ese principio sea falso intrínsecamente. Se verá un peligro, se presentará real e injusto y actual y ante él vendrá la reacción defensiva, aunque posteriormente se demuestre que el tal peligro no tenía una existencia cierta, que era una mera ilusión.

En sana doctrina, es necesario, si se pretende hablar de una legítima defensa putativa, que la reacción de quien se

defiende corresponda a algo concreto, a un hecho cierto en su existencia, aunque en su contenido sea apreciado falsamente. Tal es el caso de quien al encontrarse con su enemigo capital y al ver que éste mete la mano en su bolsillo, cree que trata de tomar un arma para agredirlo. Si quien tales hechos observa, se defiende, obra legítimamente, aunque posteriormente, se compruebe que el movimiento del presunto agresor era inocente de manera absoluta.

El error es un estado positivo de la mente, ya que es conocimiento falso, o por mejor decir, recortado de un hecho material o de un hecho jurídico, conocimiento que no se ajusta a la realidad de lo conocido. Está en el error, por ejemplo, quien toma una cebra por una yegua, y lo está el corruptor de un menor, que se cree libre de pena, por haber obtenido el consentimiento de quien ha sido corrompido.

Del anterior ejemplo se desprende la conocida división del error, en **en error de hecho y de derecho**, según que verse sobre algo material o sobre un objeto jurídico.

El error puede además ser **sustancial o accidental**, sea que verse sobre la esencia misma del objeto o sobre las condiciones accidentales del mismo. Error sustancial sería tomar un árbol por un animal. Error accidental sería tomar un guayacán por un almendro.

Para que el error, de acuerdo con el numeral 2o. del art. 23 del Código Penal, exima de responsabilidad, se requiere que sea **esencial**, esto es, sobre la sustancia misma y que no provenga de algún descuido, de negligencia. Fuera de ello, la ignorancia o el error han de proceder en individuo que obre **«con plena buena fé»**.

Parece, pues, que se encuentra alguna diferencia, si se atiende a estas definiciones —extraídas de textos de estudios penales— entre la **legítima defensa putativa** y el **error de hecho o de derecho**, causal justificativa del acto aquella, y eximente de responsabilidad ésta.

En la **defensa putativa** hay, en verdad, un **error**, una apreciación falsas de un hecho, pero no se requiere precisamente que ese error verse sobre la esencia misma del acto. Allí hay «ilusión de falso peligro», y en el error hay un reconocimiento recortado sobre hecho existente. En la **defensa legítima putativa**, en realidad no existe el hecho, que se presen-

ta a la imaginación; en el error, sí existe un hecho, pero con relación a él se tiene un conocimiento falso.

Lo que exime de responsabilidad en el **error** es la buena fé con que obra quien lo comete. El profesor Ferri lo explica en estos términos:

«La **ignorancia** y el **error** pueden referirse al derecho o a un hecho; pero si la acción aparece determinada de modo exclusivo por ignorancia o error sustancial, esto es, sobre la esencia de la norma legal o del hecho y no sobre los detalles, el individuo procede de buena fe, y no es, por consiguiente, delincuente».

Es claro el concepto. La **ignorancia** y el **error** deben referirse a la esencia misma de la norma legal o del hecho y no a sus detalles o accidentes.

Pero hay algo más. La **ignorancia** y el **error** son eximentes de responsabilidad, cuando hubo buena fe y no se obró con negligencia o descuido. Se nota ya, en el campo científico, una marcada tendencia a exigir la prueba de la diligencia puesta por el actor para salir de la ignorancia o del error.

El Código Penal de Letonia de 1.933, mostraba esa tendencia, al sentar los principios siguientes:

«Si el autor de un hecho reprimido por la ley ignoraba una circunstancia que constituye la criminalidad del hecho o que agrava la responsabilidad, como tal, o la circunstancia agravante, no le serán imputados. Esta disposición no se aplicará a los hechos reprimidos por la ley que fueron cometidos por imprudencia, si la ignorancia en sí misma, provenía de su imprudencia. Sin embargo, si el autor de un hecho reprimido por la ley no sólo no ha tenido conocimiento, sino que no ha podido tenerlo, de la prohibición del hecho, éste no lo será imputado».

Y en la **legítima defensa putativa**, la diligencia podría dar campo a que el derecho protegido no lograra ser defendido eficazmente por su titular.

Cierto es que la **legítima defensa real** nace de una apreciación objetiva. Pero en la **defensa putativa** debe existir igualmente un hecho externo, que dé nacimiento a la apreciación objetiva. De lo contrario, se llegaría al extremo de decir que quien obra con simple miedo o temor ejercita la defensa de su derecho.

Por ello, dicese que los presupuestos probatorios son idénticos cuando se trata de la **defensa objetiva** y de la **defensa putativa**.

La Sala encuentra interesantes, por demás, las apreciaciones del señor fiscal. Y no podrá negar que hay casos —numerosos por cierto— en que las dos figuras —error y defensa putativa— se confunden en la práctica, a tal punto que es imposible separación completa. Pero no llega hasta afirmar, en forma absoluta, que toda defensa legítima subjetiva se resuelva en error esencial de hecho o de derecho.

En el caso a estudio, el Jurado afirmó la legítima defensa subjetiva. No se habló de error sustancial de hecho o de derecho. Pudiera haberse hecho, con éxito notorio. Es preciso, por tanto, en aplicación de normas procesales claras, atender a ese veredicto, si él no aparece contrario a la evidencia de los hechos o si no es injusto.

---

Quisiera la Sala disponer de suficiente espacio para entrar en el estudio científico de la cuestión propuesta por la jurídica exposición fiscal. Las líneas anteriores tienden a crear la inquietud sobre la materia discutida, sin pretensiones de ninguna naturaleza.

---

Por lo expuesto, esta Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo absolutorio consultado.

Cópiese, notifíquese y, ejecutoriado devuélvase.

Samuel Barrientos Restrepo

---