

Jurisprudencia Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín

Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez.

VISTOS:

Apelaron el señor defensor y el procesado de la sentencia que, con fecha veinticuatro de marzo del año en curso, dictara en este negocio el señor Juez Primero del Circuito Penal de Medellín, condenando a Ana Teodora o Teodoro Arroyave Atehortúa, como reo del delito de lesiones personales, a sufrir la pena principal de tres años y ocho meses de presidio, y multa de trescientos sesenta y seis pesos, con sesenta y seis centavos, aparte de las incorporales del caso.

Por aquél concepto, así como también por el de consulta, el Tribunal se ocupa hoy de la revisión del fallo de instancia, afin de resolver sobre su legalidad.

Con el mayor cuidado, y a espacio, la Sala tuvo ocasión de estudiar el delicado caso de responsabilidad penal que los autos contemplan, concluyendo por confirmar la resolución del Juzgado *a quo*, por medio de la cual se rescidió en juicio a Arroyave Atehortúa, a fin de darle oportunidad de que desvaneciera —si le era posible— los cargos a él imputados (fs. 133 y siguientes).

Surtidos los trámites propios de la causa, sin que en su adelantamiento se incurriera en vicio alguno de los que generan nulidades que invaliden, en todo, o en parte, la actuación, el señor Juez de instancia dictó el fallo de que hoy se ocupa el Tribunal. Tampoco en la tramitación de segunda instancia resulta ninguno de aquellos vicios.

Dicho lo anterior, se entra en materia, para definir la aplicabilidad de la pena, en su calidad y en su cantidad, que el reo merece por su acto antisocial, lo que se hace, previos los siguientes considerandos:

Las testificaciones de Luis E. Arboleda (fs. 6 y vto.); William Velásquez Vélez (fs. 20 y vto.); y Graciela Maya (fs. 25 y vto.); están de acuerdo en la relación que de lo ocurrido hace la ofendida, Berta Emilia Martínez, en los siguientes términos:

“Desde hace unos dos meses —aseveró la exponente, el veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, fs. 3 y 4 de los autos— llegué a tener relaciones de vista y trato con una negra de nombre Ana Teodora Arroyave que llegó a decirme que era bruja y que se ganaba muy fácil la plata porque sabía hacer muchas cosas. Que yo le gustaba mucho y que estaba profundamente enamorada de mí, que me prestara para que ella tuviese conmigo algo así como relaciones entre hombre y mujer. Yo me negué desde un principio a sus deseos y pretensiones, que por medio de frecuentes visitas tuyas me repetía en conversaciones personales, ordinariamente a solas. Esta resistencia mía como que ofuscaba más a la mujer y por las visitas de esa mujer mi marido llegó a dudar de mi conducta y me abandonó hace algunos días. Por último en los días de anteayer, ayer y hoy la mujer aludida, Ana Teodora Arroyave, me visitó, siempre con sus exigencias de que me entregara, que ella me daría todo el gusto que quisiera y que se estaba muriendo por mí, que no la hiciera sufrir tanto. Esta tarde llegó como a las cinco y volvió a repetirme lo que siempre, convidándome a un paseo el próximo sábado, en el que lo pasaríamos muy bien. Yo, como era natural, me negué a ello, temiendo que la mujer pretendiera hacerme algún mal, pues la notaba como muy exaltada en su empeño. Ella insistió en que la acompañara, que se estaba muriendo por mí, que si no accedía ella me mataba, que si a mí no me daba lástima de ella, que la quisiera, que no la hiciera matar. Yo con disimulo quise evadir la situación diciéndole que se fijara que yo era una mujer casada que tenía mis obligaciones y que no estaba en condiciones de darle el gusto que me pedía que dejara eso que se dedicara a otra persona y me dejase tranquila. Pero ella sin darme lugar a nada, de modo inesperado y alevoso sacando un enorme cuchillo que portaba bajo sus ropas me dio numerosas puñaladas en el vientre, en el costado izquierdo, en el pecho, en los brazos, y en otros lugares que no sé determinar y me dejó en el estado en que me encuentro, completamente de muerte. Pido que me llamen al cura, mi marido y la señora María Vélez donde vivía para decirles algunas cosas. Estoy embarazada desde hace unos cinco meses. Una vez de herirme tan bárbaramente se fue dejándome caída en la puerta de la casa”. (fs. 3 y vto.).

Corroboran la anterior prueba sobre responsabilidad del agente delictivo, los indicios que surgen de los testimonios de María Vélez Herrera (fs. 4 y vto.) y María Restrepo (fs. 24 y vto.).

Lo dicho hubiera bastado para fijar esa responsabilidad; pero resulta que también obra en contra del acusado o acusada la aún más eficiente prueba de la confesión de su delincuencia, confesión que llevara a término tanto extrajudicial como judicialmente.

En cuanto a este último caso, Arroyave atehortúa se expresó así ante el señor funcionario instructor, que practicara la recepción de la indagatoria, y de su Secretario.

“...Berta Emilia Martínez me había invitado —comienza diciendo el delincuente— para que fuera a las cinco de la tarde, no sólo ayer, sino a cualquier hora. Y resulta, doctor, que yo sé una oración de la ‘magia negra’ y como Berta Emilia..., por este sentido..., o sea porque ya tiene seis meses de embarazo, deseaba que le volviera el hombre con quien antes vivía. Algunas veces dice que es casada con él, y otras dice que no; pero lo cierto es que al que desea tener a su lado es a Guillermo Zapata. Ella, o sea, Berta, desde hace cuatro meses me venía rogando que le hiciera el trabajo, es decir, el de la “magia negra”; pero yo le había explicado que eso le costaba mucho, pues yo no lo ejecutaría por menos de ochenta pesos. Vea: yo soy muy franca. Yo había ido desde el lunes de esta semana, a fin de hacer la primera “invocación diabólica”, digamos, porque para ese asunto hay que hacer tres conjuros. Y yo, el lunes, digamos, fui a la casa de Berta, y como hay que hacer invocaciones diabólicas, arrojé sobre la cama de Berta, varias papeletas de yodoformo. Es que como, digamos..., esto es indispensable en los “conjuros”. Ayer, “últimadamente”, me presenté a donde Berta a decirle que no le hacía ningún trabajo, porque desde el lunes de esta semana la había visto en unas “carajaitas” con un hombre de quien no sé el nombre. Y como yo no soy boba y no quise seguir el trabajo. A eso fui ayer: a decirle que no podía hacerlo, y además, a cobrarle once pesos que me debía. Entonces, por el mero hecho de que me retracté en el contrato de magia, se me enojó ayer y me dijo que yo era una embolatadora, que desde hacía varios meses le había prometido hacerle volver el “marido” y que sin embargo no le cumplía. Pero lo peor de la cuestión, fué que me “mentó la madre” y después me pegó una palmada en la cara. Además, con una cuchillita me tiró y me hirió, vea: (mostró unas leves incisiones en el dedo índice de la mano derecha). Afortunadamente lo que me hizo fué casi nada, pero medio me prin-

gó el dedo. Yo no le hubiera hecho nada; pero como me dió esa palmas en la cara, tan duro..., me tuve que defender. Allí había, digamos, un señor que dizque estaba arreglando unas ollas. Yo no sé si él servirá" —PREGUNTADO.— Este cuchillo que se le muestra, lo conoce usted? (se le indicó el decomisado) — RESPONDIO: "Ese cuchillo, digamos, es mío. Resulta que mi padre era carnicero en Angostura, y él me lo regaló. Yo ni andaba con él; pero ayer..., sería que se me metió el diablo..., y también porque lo necesitaba para mi defensa". — PREGUNTADO: — Sabe Ud. o supone por qué se le recibe esta declaración, en la cual no se le exige juramento? — RESPONDIO: — "Pues yo considero, digamos, que será por ese pereque de ayer tarde. Yo soy muy franca. En un acto de rabia, uno hace cualquier cosa. Ella me tiró, y yo le tiré. Pensé que la había matado, y por lo mismo, me presenté a dar aviso a la Inspección de Permanencia...." (fs. 14 y 15).

Sobre confesión extrajudicial del agente delictivo obra la constancia que se dejara en el auto cabeza de proceso, de fs. 3, en la cual se afirma que a la Inspección de Permanencia Nocturna compareció —reacción consumado el ilícito— Arroyave manifestando que acababa de dar de puñaladas a la mujer Berta Emilia Martínez, lo cual se halla corroborado por el testimonio de Luis Eduardo Orozco Martínez —fs. 26 y vto.—, quien oyera en la mentada oficina, de labios de Arroyave, la manifestación anterior, y presenciara cuando éste entregaba el arma con que había delinquido.

Establecida la responsabilidad del agente conforme a la prueba que acaba de analizarse, el Tribunal hará algunas consideraciones tendientes a estudiar dos problemas de gran importancia, que presenta el proceso, son a saber: si, como insiste el señor Fiscal, en su concepto de fondo, hay error en la denominación jurídica del delito; y si al reo Atehortúa, en lugar de penas, le deben ser aplicadas medidas de seguridad.

La primera cuestión fue ampliamente estudiada en el auto de proceder de segunda instancia, en el cual el Tribunal ahondó en argumentos de índole jurídica para justificar su criterio de que la acción delictuosa imputada al reo no podía ser calificada de delito imperfecto, en su grado de tentativa.

Como argumento fundamental para así decidirlo, se citó la indiscutible autoridad del maestro Carrara; y sobre sus doctrinas, con transcripciones de su admirable obra "Teoría de la Tentativa y de la complejidad o del grado de la fuerza física del delito", se procuró estable-

cer que la delincuencia del reo no podía tener carácter alguno que le diera figura de tentativa.

El señor Fiscal, que en un principio propugnó la tesis de que el hecho cometido por el reo constituía una tentativa, modifica en su alegato de conclusión tal criterio, e insiste en sostener que se trata de un delito imperfecto, pero ya con fisonomía de frustrado.

El Tribunal, fiel a su concepto de que todas las tesis son dignas de amplio estudio cuando se trata de buscar la verdad, única meta que debe perseguir el funcionario en los procesos penales, y único concepto que debe guiarlo en tan difícil tarea, quiere ahondar más, si ello fuere posible, en el estudio de este delicado punto, para tratar de justificar la doctrina sobre que edificó el auto en que revisara el de proceder de primera instancia.

Para refutar la tesis de que la calificación jurídica del acto realizado por Arroyave es un delito imperfecto, habría necesidad de negar un hecho que patentiza de manera evidente el proceso: el de que se trata de un delito de ímpetu, no importan las circunstancias mismas en que se consumara, que son, precisamente, las que ofuscan la mente del señor Fiscal en la apreciación del fenómeno jurídico que plantean los autos.

Del testimonio de William Velásquez o Vélez, niño de ocho años de edad, deduce dicho funcionario que en la actividad ilícita del reo se presentaron actos de preparación o ponderación delictuosa, que, junto con sus manifestaciones en la indagatoria, de espontánea confesión del hecho, dan una fisonomía al delito que no se compagina con la que el auto del Tribunal propugna.

Pero si se destacan los motivos determinantes del hecho; si se estudia la personalidad del reo; si se analizan sus deficiencias sexuales, determinadas por causas fisiológicas que las sitúan en el plano del hermafroditismo masculino; si este error de sexo se estudia a la luz de las motivaciones psíquicas, para estructurar una teoría de las reacciones sexuales, que han llevado a Arroyave a delinquir en circunstancias idénticas, otras veces; si, en fin, toda la gama de las pasiones que un sujeto con tamaña personalidad y tamañas anomalías anatómicas, se tienen en cuenta, se analizan, se pesan y se valoran, para individualizar la denominación jurídica del hecho, no puede negarse que la justicia se encuentra en presencia de un caso insólito que, por lo mismo, requiere una prudencia suma en su calificación.

Todo el admirable análisis que del sujeto delincuente hacen en el

proceso los médicos legistas, y cuya reproducción se hizo casi en su totalidad en el auto anterior del Tribunal, revelan que una personalidad tan exótica y tan curiosa como la del reo, tiene necesariamente que presentar aspectos que en la calificación jurídica del hecho por él consumado, ofrezcan a la consideración del fallador puntos de meditación que no sean simplemente el suceso objetivo del delito, sino también el elemento humano, valorado conforme a los principios que integran la estructura personal del delincuente.

Prescindir de este aspecto, como lo hace el señor Fiscal, para dar denominación al delito, sin tener para nada en cuenta al sujeto delincuente, es, sin duda, lo que en este proceso ha llevado la confusión a la mente de ese distinguido funcionario.

Por lo demás, la tesis jurídica del Tribunal, encuentra amplio respaldo en la doctrina del maestro Carrara. Es indudable que dentro del proceso, que marca el fenómeno jurídico del *iter criminis*, proceso que está íntimamente relacionado con los fenómenos de la tentativa o de la frustración, sólo cuando a la fase interna o psíquica, formada por la idea del delito, que surge como reacción a cualquier impulso o estímulo del mundo exterior, sigue la fase externa o física, caracterizada por la exteriorización del propósito para hacerlo práctico, se marca entonces la diferencia entre los actos preparatorios o de ejecución, y los consumativos, cuya interrupción dentro de una u otra figura jurídica, señala y determina la realización de cada uno de esos fenómenos.

Por tanto, es evidente que la intención del agente marca en estos hechos un punto de referencia indiscutible. Dicha intención es necesario acondicionarla a este pensamiento: si el propósito del agente fue lograr por medio de sus actos un fin más criminal que el acto mismo realizado. Si así fuere, la teoría del conato tendría que edificarse sobre la prescindencia del hecho efectivamente logrado, para establecer en realidad cuál fue el que debió suceder, según los cálculos del agente.

Por ello, vistas de esta suerte las cosas, no hay medio ninguno para establecer la intención, sino el del conocimiento de los hechos externos. Son ellos los que en virtud de que las presunciones jurídicas se derivan del curso ordinario de las cosas, y que como advierte el maestro Carrara "es más frecuente que el hombre ejecute lo que se propuso ejecutar, que lo contrario de aquello a que aspiraba", guían el conocimiento hacia aquél hecho subjetivo, cuya comprobación es apenas indiciaria o debida a la propia manifestación del que lo ejecuta.

Según estas ideas, leemos en el expositor citado lo siguiente: "Da-

do el hecho, la situación es de ordinario una figura concomitante y subsiguiente en la determinación del título. En la tentativa, por el contrario, el hecho no existe; en su lugar se destaca el *peligro*. Pero el hecho se mide por un efecto real dinamado de los hechos externos; el *peligro* deriva de la mera previsión de un efecto asequible y no mediante aquellos. Parece, por lo tanto, que la previsión de un hecho no es compañera indefectible de la probabilidad del hecho mismo. En la infinita variedad de relaciones entre el mundo físico y el moral, es harto frecuente que un hombre, para conseguir un fin determinado, ejecute actos desprovistos de la virtualidad suficiente, si bien el actor acaricie la ilusión contraria, así como es muy común la ejecución de actos que pueden conducir a determinado fin, y sin penetrarse no obstante el agente de esa virtualidad, dirija su actividad a dicho fin, sin presumirlo".

"Una cosa es que un *acto externo* lleve en sí la virtualidad necesaria para producir un efecto dado, y otra muy distinta, que el autor de ese *acto proveyese* o quisiese realizar tal efecto. Del hecho se puede deducir una presunción de voluntad; de la posibilidad del hecho sólo puede derivarse una voluntad probable".

"Dedúcese de lo expuesto "que el elemento *moral* del conato requiere una prueba específica, sin que valga decir: este acto podía causar tal efecto, luego su ejecutor tenía la intención de producirlo",

Talvez no encuéntrase mejor argumento para contrarrestar el ejemplo que el señor Fiscal trae como debido a la autoridad indiscutible del maestro Ferri. Con el propósito de sostener la tesis de que los delitos de ímpetu admiten la teoría del conato, aquél funcionario respalda su afirmación con la siguiente transcripción, del profesor citado:

"La tentativa es posible, en principio, en todos los delitos dolosos que no consisten en una sola palabra instantánea: cuando hay un *iter criminis*, aunque imprevisto y rápido, cabe la posibilidad de separación entre actos ejecutivos y actos consumativos. Por lo que es cierto que en los delitos de ímpetu es posible la tentativa, como en el caso del que lanza al sujeto pasivo desde una ventana de gran altura con el propósito evidente de matarlo, pero se salva por caer sobre los hilos telegráficos, o sobre un árbol, o sobre un montón de heno.

Según Carrara no fue precisamente Ferri quien ideara el ejemplo anterior. En efecto, dice el maestro:

"Así Roberti ideó el caso de un hombre airado que arroja a su adversario desde la altura de una torre, en lo cual se da la circunstan-

cia de que el único efecto posible del acto, aparte un milagro, es la muerte'.

Lo que sucede en el ejemplo que cita el señor Fiscal para demostrar que es posible el conato en los delitos de ímpetu, y que, como se ha visto, no es absolutamente original del profesor Ferri, es que en un caso de esa índole la intención del agente corresponde precisamente al objeto que se persigue: la muerte de la persona arrojada desde una gran altura, muerte que indudablemente se produciría, si una causa ajena a la voluntad del sujeto activo, v. gr., un árbol, hilos telegráficos, un montón de heno, no entran como un factor distinto a la propia intención del agresor, que diera al hecho carácter de imperfecto en su ejecución objetiva, si bien en la subjetiva tiene fisonomía de perfecto.

En cambio, en un delito de la índole del de autos, no es posible distinguir los actos preparatorios y ejecutivos de los consumativos, base de la tentativa, porque no siempre que se hiera, la muerte resulta como consecuencia de ello. Entonces no son causas ajenas a la propia voluntad homicida las que evitaron el propósito buscado, sino hechos propios de la misma naturaleza del acto, y por tanto justo es que se atienda únicamente a los resultados conseguidos y no a los posibles riesgos. Si se atiende a éstos, el ejemplo de Ferri es típico, para distinguir esos fenómenos que requiere la tentativa. Si a los sólo resultados, el caso de autos es también típico para sostener una tesis que encuentra franco respaldo en la consideración demostrada por la experiencia, que un golpe sobre el pavimento, a una gran altura, produce siempre la muerte, lo que no ocurre en una lesión en que aquella es la excepción, pues ni todas las heridas son mortales, ni aún siéndolo, puede afirmarse que en todos los casos la produzca.

Por ello, la doctrina de Carrara es la que mejor se acomoda a la índole de este grave y delicado fenómeno. Como dice el gran maestro: "El hecho debe ser el único criterio para definir el título del delito, porque es el único dato en donde la justicia encuentra certeza".

Tampoco resulta un argumento, muy afortunado, en favor de la tesis que propugna el señor Fiscal del Tribunal, la cita que hace del "Tratado de Medicina Legal y Psiquiatría Forense", del profesor doctor Guillermo Uribe Cualla.

Si en este proceso se discutiera la calidad de las lesiones abdominales sufridas por la ofendida y la muerte subsiguiente de la misma, a consecuencia de la peritonitis inherente a aquellas graves heridas, la cita que se comenta habría sido oportuna y procedente. Porque cuando se trata del problema de la concausa, y sobre todo, de decidir si esa

clase de lesiones son susceptibles de producir tal fenómeno, entonces sí se justifica que se estudie la naturaleza de ellas, a fin de determinar si desde el punto de vista jurídico, tales heridas pueden dar a un homicidio el carácter de concausal.

A esa única importante materia tiende el autorizado concepto del doctor Uribe Cualla. De manera que en el caso de autos la cita resulta improcedente, pues en forma alguna el Tribunal ha discutido la gravedad de esas lesiones. Únicamente que esa sola circunstancia no es bastante para configurar un delito incompleto en la delincuencia del reo. Cosa que, como se ve, es muy distinta a la que propicia el señor Fiscal con la cita a que se ha hecho mención.

Mas como el caso de que se trata es uno de aquellos que se prestan para la controversia, el Tribunal no quiere dejar pasar la oportunidad para transcribir todavía algunos argumentos más de la obra del profesor de Pisa, que son irrefutables en el propósito que lo guía: demostrar que el acto criminal de Arroyave tiene características de ímpetu, que implican prescindir de darle fisonomía de delito imperfecto en cualquiera de sus grados. Dícese así:

"Cualquiera que haya observado las operaciones de un hombre a quien la cólera agita o embarga el temor, y le ha visto destruir objetos preciosos, para él muy caros, maltratar a personas amadas, ofenderse a veces a sí mismo, ha de convenir forzosamente en que no es compatible con tal estado de ánimo el concepto de un cálculo director de los movimientos del cuerpo hacia determinado y concreto fin.

"Pero suponiendo que alguna rarísima vez, el dominado por ciega cólera, pueda darse cuenta a sí mismo de la idea concreta de causar la muerte al adversario y propender a ello, todavía sostengo, que si semejante lucidez en la previsión y tan explícito querer, podrán en casos muy contados, madurarse bajo el imperio de la pasión ciega, el Juez, sin embargo, no tendrá un criterio suficiente para llegar a la certeza. Como los actos exteriores del hombre enfurecido, de *ordinario* son *irracionales* o aparecen extraños al *cálculo*, no cabe sostener con seguridad, que en un caso dado, en la herida, por ejemplo, deba verse un *medio* y no un *fin*. Y por lo mismo, es preferible aceptar una regla, que nos lleve a castigar con menor pena un caso excepcional entre ciento, que renegar de aquella, exponiendo a la justicia a sancionar para los noventa y nueve casos restantes mayor pena de la merecida. De los actos se puede deducir la voluntad del hombre a que razona, pero en quien no razona este criterio es falaz. Cuando el Juez lo adopta procede a sangre fría, y de sus propios cálculos deduce también los del

hombre que obra fuera de sí, semejante aplicación de la propia previsión es lógicamente viciosa, porque se funda en la equivalencia de dos estados diversos; esto es, la tranquila situación del Juez y el estado de impetuosa turbación en que el agente se hallaba, lo cual conduce al sofisma de aplicar a casos *diferentes* un raciocinio *igual*, que resultando fallaz en la mayoría de los casos, convierte la sentencia en pura fantasía.

“En donde viene aceptado por la jurisprudencia el principio de la inadmisibilidad de la *tentativa* para los casos de ímpetu o pasión, nadie abriga dudas sobre la suficiencia de la represión. Por el contrario, si se admite que en los actos ejecutados bajo el imperio de violenta cólera es aplicable la noción de la *tentativa*, no ocurrirá lesión causada con arma de fuego, a la cual por una inducción del Juez no sea aplicable el título de *conato de homicidio*. La clase de los medios de dar muerte se sustituirá constantemente a la voluntad de producirla; se confundirán los dos elementos del conato, que son y deben mantenerse esencialmente distintos; se suplirá con el uno lo que al otro le falta, contradiciendo el predicado innegable de la propia existencia de cada uno de ellos; se tendrá en cuenta la índole del acto y vendrá la discordancia indispensable sobre si el que dispara un arma de fuego quiere la muerte o sólo la lesión, o puede querer un daño cualquiera (el que suceda), sin preferir, no obstante, éste o aquél. Tal es, en verdad, el estado del ánimo que dirige al agresor en los casos de riña; el de obtener satisfacción de una ofensa recibida o rechazar una agresión, satisfacción o repulsa que se alcanzan con cualquier daño causado al adversario, sin pensar por eso en su muerte, de la cual no tiene deseo, ni a ello le mueve un interés especial, que no se satisfaga con el mal menor.

“La única objeción jurídica contra esta teoría es la siguiente: Cuando el hombre, ciego de cólera, mata, le imputáis un homicidio voluntario; luego admitís la voluntad de matar, aún en el caso de violenta pasión, y si la voluntad se admite cuando el efecto es producido, por qué no admitirla cuando no se consiguió? Si el efecto se logra, la base para la imputación del homicidio es el hecho verificado de la muerte de un hombre. Sea que el agente, aún en medio de su ira, la preveyesse explícitamente como consecuencia de sus actos, y, por lo tanto, la quisiera; sea que confusamente tendía a causar daño al adversario sin prever con claridad la muerte como consecuencia, es lo mismo en uno y otro caso. La muerte ha tenido lugar; procede de los medios puestos voluntariamente en juego para dañar al enemigo; si el mal excedió de sus previsiones, siempre resultará responsable de él. Esta regla severa

tiene su base en la probable conexión que existe entre los medios usados y el fin que se logra; conexión por virtud de la cual es responsable el agente poco previsor, y cuya razón de ser se determina por la necesidad política de una defensa proporcionada a la ofensa.

“Pero en la tentativa no puede tomarse como base de la imputación el *suceso*; aquélla no se apoya sobre éste, sino que tiene su vida en la voluntad del agente. Pues bien; la *voluntariedad de los medios* no es bastante para determinar el título del homicidio cuando en él no se pensaba; es indispensable la *voluntad* encaminada *directamente* al fin, y esta voluntad no se aprecia con seguro criterio en el hombre cuya mente atormentada por ciega pasión se inclina a obrar sin cálculo y sin raciocinio. El *dolo* se presenta siempre aquí *indeterminado*. Bastará para que el hecho ocurrido se repunte doloso, más no para suplir con aquél el efecto no realizado, porque aquella vaga intención de dañar que dominaba al hombre encolerizado (aunque fluctuase entre la idea de herir tan sólo o de matar), no puede determinarse concretamente si no por el efecto”.

Demostrado queda, pues, que en la acción delictiva consumada por el reo no existen aquellos elementos estructurales que dan fisonomía al delito imperfecto. Es indudable que dentro de la legislación vigente, en la cual la acción psico-física y los motivos determinantes juegan papel preponderante para la fijación de la responsabilidad penal, el hecho de autos se presta a interpretarlo en el sentido de que la doctrina expuesta, de Carrara, no guarda relación alguna con una legislación fundada en bases filosóficas diferentes.

No obstante esta objeción, que podría considerarse como fundamental, el Tribunal encuentra que aún dentro de la doctrina de la defensa social que informa el Código, y conforme a la definición que Ferrer da del motivo determinante como “el acto psíquico (sentimiento e idea) que precede y determina tanto la *voluntad* como la *intención* y que se identifica casi siempre con el *fin*”, no resulta una errada interpretación del Código, frente al problema psicológico que plantean los hechos y las circunstancias mismas en que ellos se cumplieron como causales determinantes de la infracción, señalar que el vocablo *fin* que emplea el artículo 16 del Código Penal, no es extraño a la tesis que en esta providencia se propugna.

En efecto. Si el motivo determinante, como lo dice el sabio maestro de la escuela positiva, es diverso de la voluntad y de la intención, las que precede y determina; y, en cambio, se identifica con el *fin*, que

es el efecto final propuesto prácticamente por el delincuente, es obvio que, dentro de la concepción del estatuto, no resulta extraña una teoría que parte, precisamente de la intención del agente para señalar los efectos que con su acto quiso producir.

Estos efectos, como actos externos, son los únicos que revelan aquella intención; pero también, para no dar fisonomía de imperfecto a este delito, se toman en cuenta los sólo hechos cumplidos, y no los que con su acción hubieran podido cumplirse. Se parte, pues, del daño realizado, no del peligro que pudo surgir de la acción delictuosa.

Por consiguiente, la actividad de Arroyave debe circunscribirse a esos hechos objetivos, y no a las presuntas consecuencias de su actividad criminal. Ello, porque de hacerlo así, se desvincularían de su acción multitud de fenómenos psíquicos que dan categoría al delito, de hecho sucedido en un estado pasional, dentro del cual resulta muy arriesgado jurídicamente hacer suposiciones que le otorguen al ilícito una mayor intención de daño que la que en realidad tuvo.

Es indudable que la ciega pasión, el arrebató psicológico, que determina a obrar al agente, no permite conocer a ciencia cierta la intención que lo conduce al delito. Sí, pues, se prescinde de conocerla mediante la sola exteriorización del daño, para enfocarla como el propósito que estructura la teoría del conato, se corre el peligro de someter a la justicia penal a un procedimiento en extremo delicado, pues ya no son los hechos los que sirven para comprender la intención, sino apreciaciones subjetivas que, por serlo, tienen necesariamente que escapar de los medios de certeza humanos.

Así las cosas, y frente a los anteriores razonamientos, el Tribunal no ve motivo alguno para modificar su concepto en lo que respecta a la calificación jurídica del hecho delictuoso atribuido al reo.

Ahora corresponde entrar en el estudio de otro aspecto que presenta este problema; es, a saber, si dadas las condiciones fisiológicas del individuo y las influencias psíquicas que ellas hayan podido determinar en su actividad y personalidad, puede encontrarse en el proceso base alguna de carácter jurídico para imponerle medidas de seguridad, en lugar de penas propiamente dichas.

El Código de Procedimiento Penal enseña que el dictamen pericial no es por sí mismo plena prueba. Pero para que el Juez lo rechace tiene que motivar su determinación en razones fundadas científicamente. No es inoportuno citar este precepto, en el caso de autos, porque el Tribunal no se atreve a prescindir del admirable concepto que los

médicos legistas, en amplia y detallada exposición, rindieron sobre el caso, y la personalidad del agente delictivo, en los folios 85 a 104 del expediente.

En tal dictamen los expertos concluyen así:

“PRIMERO. — No hay constancia en el proceso, de que existan o hayan existido alienados en los ascendientes o colaterales de ANA TEODORA ARROYAVE ATEHORTUA.

“SEGUNDO. — Solamente, como dato importante, anotamos que su hermana Ana Débora, quien en 1939 se hallaba en Gómez Plata, con el nombre de Jesús María Arroyave, es también pseudo-hermafrodita masculino, y ha tenido tres rozamientos con la justicia.

“TERCERO. — Ana Teodora Arroyave Atehortúa es un pseudo-hermafrodita masculino, y como tal, es un varón.

“CUARTO. — Ana Teodora Arroyave Atehortúa, nó es alienada: existe, sí, en ella, una ligera debilidad mental de conformidad con su degeneración física congénita, pero sin que, en lo que respecta al delito que se le imputa, pueda apreciarse en ella como perturbación psíquica privativa del libre albedrío, como las exigidas por el artículo 29 del Código Penal.

“QUINTO. — Ana Teodora Arroyave Atehortúa, es de baja extracción social sin cultivo mental, extremadamente agresiva y peligrosa”.

Son rotundos, pues, los distinguidos peritos Médico-legistas en la afirmación de que no existe en el procesado perturbación psíquica tal como el artículo 29 del Código Penal la determina, para la aplicación de las medidas de seguridad.

Por consiguiente, cuál la pena imponible al reo? En el auto de proceder, el Tribunal hizo un amplio estudio de la calidad de las lesiones sufridas por la ofendida Martínez García, a virtud de las heridas abdominales de que fuera objeto por parte de la actividad dolosa de Arroyave. Se dijo allí lo siguiente:

Los señores médicos legistas, doctores Ortiz Velásquez y Díaz López, afirmaron: el primero, “que por estar la lesionada en el período de embarazo hacia el quinto mes, hubo necesidad de hacer cesárea abdominal, con extracción de un feto vivo que duró pocos minutos”; y el segundo, al detallar las lesiones, dijo: “... y tres perforaciones del

cuerpo uterino en gestación aproximada de cinco a seis meses; una de estas últimas perforaciones ocasionó la salida de una mano del feto al través del cuerpo del útero”, y concluye así: “al operar a la lesionada se extrajo un feto vivo que murió a los pocos minutos”.

Según esto, para los efectos de la calificación jurídica del delito —se continuó diciendo en el auto de proceder acotado—, habrá aborto causado por las lesiones personales que sufriera la ofendida? Es conveniente explayar un tanto esta cuestión para decidir lo que sea legal.

Qué se entiende por aborto criminal? Desde el punto de vista obstétrico, los expositores distinguen entre parto prematuro, o sea, la expulsión del feto en los tres últimos meses, y el aborto propiamente dicho que, según tal criterio, consiste en la expulsión del feto en los primeros seis meses del embarazo.

Considerando el problema frente a los principios de la medicina legal, tal división carece de interés alguno, desde luego que el grado de desarrollo del producto de la concepción, no cambia ni modifica la calificación del hecho. De donde se deduce que, de acuerdo con aquella ciencia, en todos los dos casos puede tratarse de un delito, el cual deberá ser juzgado conforme a los textos legales.

De manera que si por aborto se comprende la interrupción del embarazo con muerte del feto, siempre que no exista alguna excepción legal que autorice tales hechos, es preciso concluir que hay aborto desde el punto de vista médico-legal y jurídico cuando se expulsa o interrumpe la gestación por motivo de las lesiones producidas a una mujer encinta.

De acuerdo con los principios de la medicina legal, lo que caracteriza el aborto es la interrupción del embarazo, sin que para ello sea preciso la expulsión del feto, que puede ocurrir o no, pues si bien en la generalidad de los casos las dos situaciones concurren, pueden darse también otros en que la expulsión es tardía o no se produce, quedando el producto en la matriz, cosa esta que no modifica el delito, el cual sigue siendo aborto porque todos los elementos que son necesarios para su existencia se encuentran reunidos en un hecho así. Esta conclusión está autorizada por la gran autoridad científica del profesor Tardieu, quien define el aborto criminal: “Expulsión prematura del producto de la concepción, violentamente provocada e independiente de todas las circunstancias de edad, de viabilidad y de formación regular de este producto”.

De lo dicho resulta que en el Código Penal vigente existe una fi-

gura jurídica que podría llamarse “aborto preterintencional”, previsto en el capítulo de las lesiones personales y que consiste en la suspensión del embarazo, teniendo ello por causa determinante las lesiones causadas a una mujer encinta, hecho este que ofrece modalidades propias muy distintas del delito de aborto así llamado genéricamente, para distinguirlo del otro, consistente en las lesiones a una mujer embarazada, cuya denominación genérica o jurídica, para los efectos de la imputación o formulación legal del cargo, no sería otra que le correspondiente al delito de lesiones personales.

Lo que sí sorprende es que en la sentencia de primer grado dictada en este proceso, el señor Juez de instancia haya ignorado lo que acaba de transcribirse de la providencia de esta Sala, y por tal circunstancia hubiese impuesto al reo la pena que determina el artículo 374, y no la que señala el artículo 376 del Código, que es la disposición aplicable al caso, según se tiene dicho.

Aunque en los autos figuran dos copias de sentencias dictadas contra el reo, por distintas infracciones, el Tribunal estima que no hay lugar, propiamente, al fenómeno de la reincidencia, por cuanto que uno de tales fallos se refiere a hechos que no están comprendidos dentro de la definición del artículo 34 del Código Penal; y el otro carece de ciertas formalidades que son indispensables para que, conforme a tal disposición, se compute la reiteración criminal, como agravante de la pena, tales como no figurar copia de la sentencia de segunda instancia; no haber sido notificado a todas las partes aquel fallo, ya que sólo se hizo con el reo y su defensor; y, por último, no constar el auto de ejecutoria, ni su correspondiente notificación (fs. 107 a 110 y 112 v., y siguientes).

Con todo, no por ello el arbitrio judicial que consagra la nueva legislación puede permitir que esas circunstancias no se tengan en cuenta como índice de mayor peligrosidad en el reo, que haga necesario el aumento del mínimo de la sanción impuesta en el artículo violado. Por ello, atendiendo a la segunda de las circunstancias de mayor peligrosidad, que señala el artículo 37, y también la séptima de la misma norma, es notorio que la individualización de la penalidad al reo debe hacerse sobre estas bases específicas, al igual que sobre la peligrosidad genérica que surge del concepto que contiene el artículo 36 del Código Penal; es decir, la personalidad del reo y la mayor gravedad del ilícito que consumó.

Por consiguiente, la sanción que le corresponde no puede ser in-

ferior a tres años de presidio, que resultan del siguiente cómputo: dos años, como mínimo, conforme al artículo 376; y un año más, como aumento por las circunstancias de mayor peligrosidad que se han analizado, pues si bien en favor del reo existen algunas de menor peligrosidad, el artículo 39 del Código impide la fijación del mínimo cuando concurren de mayor y menor peligrosidad. Por tanto, el Juez puede, libremente, calcular en un caso así y sin atender al número de ellas, como es doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia, la cuantía de la pena, con la única limitación de no subir hasta el máximo, ni bajar hasta el mínimo, según el caso, criterio que se ha seguido en este proceso, para la individualización de la pena. La multa anexa a la pena principal, será de trescientos pesos.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Tribunal, de acuerdo, en el fondo, con la opinión del colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

FALLA:

CONFIRMASE la sentencia en revisión, de la fecha y procedencia indicadas, con las siguientes:

REFORMAS: que el reo Ana Teodora o Teodoro Arroyave Atehortúa queda condenado a sufrir la pena de tres años de presidio y multa de trescientos pesos, en lugar de la de tres años y ocho meses y multa de trescientos sesenta y seis pesos con sesenta y seis centavos, que se le impusieron en primera instancia; bien entendido que las penas accesorias susceptibles de aquella reforma, quedan disminuídas en la misma proporción.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Medellín

I

Sólo podrá hacerse uso de la acción ante lo Contencioso Administrativo cuando se hubieren agotado los recursos que existen en la vía gubernativa.

Cuándo se entienden agotados.

Magistrado ponente: doctor Jesús María Rojas.

“Con fecha 23 de Julio último, el doctor Fernando González, en su nombre y también como apoderado de los señores doctor David Velásquez, Leonardo Arango y otros, solicita de este Tribunal que se declare la nulidad de la resolución número setenta (70) de diez y siete de Abril del presente año dictada por la Junta de Valorización de este municipio de Medellín.

En dicha resolución, cuya copia se lee a fls. 42 vto. y 43, se aprobaron los repartimientos de valorización en las vías públicas que allí se anotan..., donde los poderdantes del doctor González tienen ubicadas propiedades inmuebles y sobre quienes por tal causa recayó el reparto en la forma que en la misma resolución se determina.

“Consta, además, que todos estos señores fueron notificados legalmente de esa resolución y que ninguno de ellos hizo uso de los recursos a que tenía derecho por lo cual se halla aquella resolución debidamente ejecutoriada. Esto lo afirma también el señor demandante en el numeral 3.º de la primera parte de su libelo.

“De conformidad con lo dispuesto por el artículo 3.º del Acuerdo N.º 15 de 1944, las resoluciones de la Junta de Valorización son apelables en efecto suspensivo, ante el Concejo y dentro de los diez días a contar de la notificación y ante el Consejo de Administración cuando