

## JURISPRUDENCIA PENAL

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia, según la cual la aminorante del artículo 28 del C. P. sólo tiene operancia en el homicidio cuando el Jurado expresamente atribuye a la PROVOCACION sus dos notas características de injusticia y gravedad, no puede acogerse en forma indiscriminada y con la singular rigidez como lo hace el Juzgado. Ante todo precisa confrontar los autos para saber si el hecho provocador que se acepta por los señores jueces de conciencia es de por sí grave e injusto, aspecto éste de índole esencialmente probatoria, y en segundo término, debe tenerse en cuenta el arbitrio interpretativo que la ley da al fallador de las circunstancias o modalidades que el jurado resuelva reconocer sobre el hecho sometido a su juzgamiento.

.....

SENTENCIA RECAIDA EN LA CAUSA POR HOMICIDIO CONTRA OLIVERIO BUSTAMANTE.

MAGISTRADO PONENTE: DR. GUSTAVO RENDON G.

Tribunal Superior.

Medellin, once de marzo de mil novecientos cincuenta y ocho.

### VISTOS:

Ocho años de presidio, con las accesorias de ley, impuso el Juzgado 2o. Superior de este Distrito a **OLIVERIO BUSTAMANTE MON-**



**TOYA**, como responsable del delito de homicidio intencional, según sentencia de 14 de agosto del año próximo pasado, a conocimiento del Tribunal, tanto por **apelación** interpuesta por la defensa, como por **consulta**.

Habiendo sido rituada la causa con la debida observancia de las normas procesales la Sala entrará de fondo en el estudio del fallo para decidir de su mérito, no sin antes compendiar los hechos que, en síntesis, fueron:

En la noche del 5 de marzo de 1956, en una cantina del barrio de tolerancia del municipio de Venecia, se hallaban ingiriendo licor y en son de parranda, Gildardo y Luis María Herrera Sánchez-hermanos—y la mujer pública Marina Mejía. Entusiasmados con las repetidas libaciones, ya al filo de la media noche, resolvieron arreglar un paseo para la estación “Palomos” y para el efecto contrataron los servicios de Oliverio Bustamante, chofer de profesión, quien en ese momento estaba también de farra en el mismo establecimiento, en compañía de la mujer Leticia Urrego.

Convenido el viaje, las cinco personas nombradas ocuparon el automóvil de Bustamante y salieron en la dirección ya dicha, con el ánimo de seguir apurando licor a lo largo del camino. Por lo avanzado de la hora no encontraron cantinas abiertas y tuvieron que limitarse a beber en la del señor Antonio Estrada Restrepo, situada en el paraje “Las Peñas”, establecimiento al que arrimaron tanto de ida como de regreso, y ello porque el propietario accedió a abrirles.

Precisamente en esa fonda y cuando en ella estuvieron de regreso de “Palomos”, aproximadamente a las tres de la madrugada, ocurrió el homicidio de que da cuenta esta investigación, sobre cuyos pormenores y circunstancias no pudo ser muy clara la actuación, dado el alicoramiento de los contertulios la parcial percepción que de los hechos tuvieron quienes atendían la cantina, la hora en que ellos ocurrieron y al ignorarse por los testigos lo que procesado y ofendido se dijeron momentos antes de consumarse la acción homicida.

Entresacando los datos que suministran las distintas versiones se concluye que el acusado, cuando se encontraba por segunda vez en la cantina de Estrada Restrepo, trató por todos los medios de persuadir al occiso, a su hermano y a la mujer que los acompañaba para que regresaran a Venecia sin más dilaciones, alegando que tenía que madrugar a trabajar, pero no logró convencerlos porque el ánimo de ellos era el de continuar la parranda. En vista de esta negativa pidió entonces que le pagaran el viaje para él irse con la Urrego, lo que debió motivar la dis-

cusión entre Bustamante y Gildardo Herrera, en la parte de afuera de la cantina; discusión en el curso de la cual Bustamante dice haber sido ultrajado de palabra y abofeteado por el occiso, lo que determinó la reacción de aquél, quien ya desde el interior del automóvil disparó su revólver lesionando a Herrera mortalmente, después de lo cual emprendió viaje de regreso a Venecia en asocio de su compañera de ocasión.

Resumidos así los hechos que dieron origen al proceso, entra la Sala al examen de la actuación que sirvió de base al fallo condenatorio de Bustamante. De esa actuación **resulta:**

1o.—Con la prueba que exige el artículo 429 del C. de P. P. y previo concepto afirmativo del fiscal colaborador (fls. 106 a 112), la instancia llamó a Oliverio a responder en juicio, con intervención de jurado, por el cargo de homicidio común o intencional, consistente “en haber lesionado con proyectil de arma de fuego (revólver) y con propósito de matar, a GILDARDO HERRERA SANCHEZ, a consecuencia de lo cual falleció instantes después y hecho ocurrido en el paraje “Las Peñas”, jurisdicción del distrito de Venecia en las primeras horas de la madrugada del día seis de marzo de mil novecientos cincuenta y seis” (fls. 113 a 121).

2o.—No atendió el proveído calificador las peticiones que en oportunidad hicieron y fundamentaron los señores apoderado y representante del Ministerio Público, en orden a obtener, el primero un sobreseimiento definitivo por haber obrado el acusado en legítima defensa, y el segundo, el reconocimiento de la causal específica de atenuación prevista en el artículo 28 del C. P.—En consecuencia, la fórmula enjuiciatoria fue por un homicidio común, pero las partes se conformaron con lo resuelto por el Juzgado ya que ningún recurso hicieron valer contra la providencia.

3o.—Con el mismo acervo probatorio de la etapa sumaria, Oliverio compareció ante el Jurado el 30 de julio de 1957, asistido por su defensor Dr. Gil Miller Puyo Jaramillo y representado el Ministerio Público por el Dr. Leonidas Villegas Giraldo, funcionario distinto al que emitió el concepto de fondo para la calificación del proceso.

4o.—En esta oportunidad dio el acusado, consecuente con declaraciones anteriores, la siguiente explicación de su conducta, ante los señores miembros del Jurado:

...La noche de los sucesos estaba yo en el barrio de tolerancia de Venecia en compañía de una mujer llamada Leticia, hacía unas cuatro horas estábamos tomando cerveza, cuando se presentó a dicho lugar Gildardo Herrera con un hermano y otra persona y me solicitaron les tra-



bajara en un viaje para Palomos lo que acepté y emprendimos en dirección a tal lugar. Desde el timón que yo manejaba oí que los Herrera Sánchez cuchicheaban manifestando que si quiera habían sacado ese hijo de puta-refiriéndose a mí-que si les cobraba caro me apuñalarían, a mí me dio temor naturalmente, pero continué el viaje y como estaban cerrados todos los establecimientos regresamos a "Las Peñas" donde primero habíamos estado. Yo me dirigí en compañía de Leticia a una mesa y los otros se pararon en el mostrador. Como a las cinco de la mañana cobré el valor de mis servicios y fue entonces cuando Gildardo Herrera me dijo hijo de.....que me pagaba a puñal, yo salí fuera del establecimiento, él me siguió, diome una bofetada a la vez que trató de sacar un cuchillo, entonces yo de miedo saqué el revólver que llevaba dentro del bolsillo y le hice un disparo, sin saber qué consecuencias tuvo ese acto. Acto seguido salí en mi carro....." (fls. 129).

Por su parte, el señor Fiscal del Juzgado, luego de hacer el examen crítico de la prueba testimonial y de la confesión cualificada del homicida, concretó su tesis en los términos que el acta de audiencia sintetiza así:

".....Para sostener la legítima defensa se requiere que exista un peligro inminente.—Oliverio dice que presintió ese peligro, pero testimonios hay que dicen que no existió.—No hay esa agresión injusta que se requiere para la legítima defensa.—Ni la necesidad de defenderse puesto que estando en el carro, pudo ponerlo en marcha, sin que ello significara huida, sino simplemente terminar lo que se había propuesto, que era marcharse.—Si se cree a la Urrego en cuanto dice que Herrera hijeputió a Bustamante, y a este mismo que así lo afirma, podría cuando más aceptarse un estado de ira por grave e injusta provocación, lo cual no es forzado, por ello y por la personalidad del occiso.—Lee la cuestión y dice que debe contestarse afirmativamente y si se le cree a la Urrego y al acusado, poner que ello fue en estado de ira por grave e injusta provocación".

6o.—La defensa, como era lógica, invocó la plena absolución de su cliente "porque obró en legítima defensa de su vida" y no aceptó, si quiera como petición subsidiaria, la aminorante de responsabilidad admitida por el representante de la sociedad (fls. 132).

7o.—Concluido el debate, el Jurado desató la cuestión propuesta con este veredito:

"SI, PERO DEBIDO A LA INJUSTA PROVOCACION Y PELIGROSIDAD DEL OCCISO". (fls. 132).

El Juzgado acogió el pronunciamiento del Jurado interpretándolo como simplemente afirmativo de la responsabilidad del acusado. Por ello le impuso en la sentencia la pena mínima establecida en el artículo 362 del C. P.

Visto lo anterior, procede hacer las siguientes **consideraciones**, en orden a desentrañar el alcance que en derecho cabe dar al veredicto transcrito y cuya interpretación por parte del Juzgado explica la inconformidad del señor representante del acusado ante el Tribunal:

1a.—Admitido, porque es evidente, que Oliverio Bustamante dio muerte a Gildardo Herrera, y que el deceso de éste fue consecuencia natural de la lesión que con proyectil de arma de fuego se le causara, según lo demuestra plenamente los autos, el problema de fondo radica en definir el grado de responsabilidad del homicida, es decir, saber si su conducta, de acuerdo con los términos del veredicto recaído en su causa, está justificada, específicamente atenuada o es simple y completa frente a los preceptos de la ley penal colombiana.

2a.—Que no hay legítima defensa en la acción atribuida a Bustamante es cosa fácil de afirmar, pues no empece los tenaces e inteligentes esfuerzos de su procurador, ni los términos de la confesión del acusado, el Juzgado descartó esa hipótesis en el veredicto ya que, tras afirmar la cuestión fundamental de la responsabilidad, se limitó a explicarla o atenuarla al expresar que el hecho fue "debido a injusta provocación y peligrosidad del occiso". No cabría, pues, encajar la conducta así juzgada en conciencia como justa, puesto que no se aceptó la situación contemplada en el ordinal 2o. del artículo 25 del C. P.

Tan evidente es lo anterior que en esta instancia el señor defensor ha orientado toda su campaña a obtener se coloque al acusado, atendiendo a la modificación que el veredicto contiene, en el caso del artículo 28 *ibidem*, y en orden a este resultado aportó el brillante y ponderado alegato que se lee a fls. 152 y ss.

3a.—Descartada la primera hipótesis, que nada tiene que ver con el veredicto y que más fue debatida para efectos de la calificación del sumario, la cuestión se centra en la tesis del **estado de ira causado por grave e injusta provocación**, como predica el citado artículo 28, cuestión que no es fácil de desatar porque con ella se entrelazan puntos de cierta complejidad atinentes a la prueba de cargo y a los equívocos términos de la respuesta del Jurado.

Por el aspecto probatorio hay que tener en cuenta:

a).—De las personas presentes en el lugar de los hechos, dos de ellas-Luis María Herrera, hermano del occiso y Marina Mejía- no pu-



dieron darse cabal cuenta de los antecedentes inmediatos generadores del homicidio, en primer lugar por su estado de alicoramiento, y en segundo, porque la discusión que pudo haber entre procesado y occiso, debió ocurrir en la parte de afuera de la cantina, cerca del automóvil de Bustamante, sin que les fuera dado a los testigos percibir, visual o auditivamente, lo que ocurría.

Tampoco esos mismos deponentes presenciaron la culminación de los hechos, el acto mismo de la agresión armada, pues solo al riudo del disparo salieron al corredor de la cantina, cuando ya Herrera había sido lesionado y su agresor había huído en el automóvil.

Se sabe si por esos declarantes que mucho insistió Bustamante ante el occiso y ante ellos para que regresaran a Venecia o se le cubriera el valor del viaje y que por varios minutos y por el motivo dicho discutieron afuera Bustamante y el ofendido.

b). El propietario de la cantina, señor César Estrada Osorio y Juan de Jesús Castro, Ayudante, tuvieron oportunidad de darse cuenta de algunos detalles sobre el incidente entre Oliverio Bustamante y sus clientes, motivado por la renuencia de estos a regresar a Venecia, pero concretamente sobre la disputa habida y el homicidio mismo no se percataron.

c). De suerte que, en cuanto al hecho principal y sus inmediatos antecedentes, no obran en los autos otras fuentes de información que el testimonio de Leticia Urrego y la confesión del procesado. En sana crítica hay que afirmar que el dicho de aquella es acomodado a los intereses de Bustamante y ello explica que haya empezado por negar que hubiera presenciado la agresión armada, para luego admitir que sí y dar pormenores sobre los ultrajes del occiso al acusado. Y explica igualmente que en diligencia de careo con Bustamante se hubiera esforzado con derroche de imaginación y de fábula por acomodar su versión a la compleja cualificación del homicida.

Pero con todo y las sospechas que ofrecen la declarante de marras y el acusado, no puede descartarse que hubo provocaciones del occiso, verbales o de hecho, pues nadie desmiente la cualificación y se inclina el ánimo a admitirlas, ya que de otra manera resultaría inexplicable la reaoción armada de Bustamante, quien hasta momentos antes del trágico suceso se había limitado prudentemente a pedir a los viajeros que regresaran o le pagaran su trabajo.

d). Para hacer todavía más admisible la cualificación pesan mucho los testimonios del hermano de Herrera y del propio padre. Según el primero, desde antes de salir de Venecia él le había quitado a Gildar-

do un cuchillo, temeroso de cualquier acto violento, conoedor como era del temperamento pendenciero y agresivo de su hermano. Según el padre de Gildardo era mucha la peligrosidad de éste, mucha su belicosidad, especialmente bajo el influjo del licor.

4a. Debe entenderse que todos esos elementos de juicio sirvieron al Jurado para estampar la agregación contenida en la frase "pero debido a injusta provocación y peligrosidad del occiso". No obstante el reconocimiento de la provocación y su calificación de injusta, la instancia acogió el veredicto en su contenido simplemente afirmativo de responsabilidad, haciendo hincapié en algunas doctrinas de la Corte Suprema de Justicia, según las cuales la aminorante del art. 28 solo tiene operancia cuando el Jurado expresamente atribuye a la provocación sus dos notas características de injusticia y gravedad.

Esa interpretación jurisprudencial no puede acogerse en forma indiscriminada y con la singular rigidez con que lo hace el Juzgado. Ante todo precisa confrontar los autos para saber si el hecho provocador que se acepta por los señores Jueces de hecho es de por sí grave e injusto, aspecto éste de índole esencialmente probatoria, y en segundo término, debe tenerse en cuenta el arbitrio interpretativo que la ley da al fallador de las circunstancias o modalidades que el Jurado resuelva reconocer sobre el hecho sometido a su juzgamiento.

Si el Jurado, en el caso debatido, aceptó una provocación injusta, ella no puede ser otra que la alegada por el acusado, objetiva y subjetivamente grave como que fueron ultrajes de hecho y de palabra de tal entidad que sería imposible restarles trascendencia. Claro está que sobre la naturaleza de los actos provocadores la única versión es la de Bustamante, pero a ella debió atenderse el Jurado cuando aceptó la provocación.

En principio hay que entender que cuando el Jurado acepta la responsabilidad de un acusado pero agrega al "sí" modalidades o circunstancias de algún contenido modificador, compete al fallador de derecho valorar esas circunstancias y apreciar su influencia en la responsabilidad del procesado. Esa libertad o arbitrio del Juez de derecho indica a su vez que no puede exigirse en un veredicto palabras sacramentales, términos precisos que reproduzcan los propios a una determinada disposición penal porque eso sería contrario a la misma naturaleza de la institución del Jurado, que juzga de hecho, sin sujeción a fórmulas jurídicas y dentro de un arbitrio otorgado por la ley procesal.

Para que se vea hasta dónde es de peligrosa la aceptación de una determinada doctrina sin ninguna reserva, no es inoportuno recordar aquí



qu edurante muchos años, a raíz de jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia, fueron entendidos como condenatorios veredictos que reconocían la defensa de la vida, simplemente porque los Jurados omitían en el texto de su respuesta la palabra "legítima", doctrina que por fortuna recogió la misma Corporación en fallo con ponencia del Dr. Carlos Arango Vélez, con el simple pero irrefutable argumento de que en parte alguna el c. p. habla de legítima defensa, sino de la necesidad de defenderse o defender a otro.

5a. Con todo detenimiento la Sala ha pesado los argumentos contenidos en el alegato presentado por la defensa en la segunda instancia y encuentra acertada su tesis central de que justa y racionalmente interpretado el veredicto proferido en la causa contra Bustamante debe ubicarse su conducta en el art. 28 del código penal.

En dicho sentido el Tribunal reformará el fallo, no obstante el concepto adverso del Ministerio Público, e impondrá como pena principal la de treinta y dos meses de presidio en lugar de ocho años .....

.....  
(fdo.) Gustavo Rendón G..... (fdo.) Luis Javier Velásquez M.....  
(fdo.) Jairo Villa Vieira..... (fdo. Emilio Montoya M.....Srio.



## CRONICA UNIVERSITARIA