

Tango y Delito

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma Latinoamericana



Tango y Delito

Autor

Andrés Felipe García Fernández

Asesor del trabajo de grado

Santiago Trespacios Carrasquilla

Abril 2021

Facultad de Derecho

Universidad Autónoma Latinoamericana

Dedicatoria

In memoriam Luis Alberto Fernández Díez.

Agradezco:

A mi abuelo Luis Alberto Fernández Díez (q.e.p.d.) quien hasta su último suspiro fue mi mayor admirador.

A mi padre por su incasable esfuerzo.

A mi madre por su abnegada dedicación.

A mi hermano que se convirtió en la fuerza motriz que me fue negada.

A Juana Ramírez Posada, mi compañera de viaje durante todos estos años por su incuestionable devoción y paciencia.

A la familia Villegas Velásquez por hacerme uno de los suyos.

Al Doctor Gustavo Villegas Muñoz por entregarme su legado profesional y académico.

Al Doctor Jorge Iván Villegas Muñoz por ser mi benefactor y hacer posible que este proceso profesional llegara a su fin sin ninguna traba.

Al Doctor Santiago Trespalacios Carrasquilla por abrirme las puertas al apasionante mundo del derecho penal y por enseñarme que un defensor es todo lo que quiero ser.

¡Con todos mi lealtad y gratitud perenne!

RESUMEN

El presente es un trabajo de investigación donde se exploró ampliamente las relaciones entre el derecho el derecho y la cultura, particularmente las que se pueden evidenciar en la música argentina tango y el derecho penal. En el desarrollo se convirtieron las letras de los tangos en casos penales los cuales fueron analizados a la con base en los elementos problemáticos que surgían a la luz de la teoría del delito.

Palabras clave: tango, derecho penal, delito, teoría del delito, cultura, música.

ABSTRACT.

This monograph is the result of a research process where the relationships between law and culture were analyzed, particularly these that tango and criminal law show. In the development of this text the lyrics were adapted as criminal cases, the problematic topics of which were discussed in the light of crime theory.

Keywords: tango, criminal law, crime, crime theory, culture, music.

1. EL TANGO.....	5
1.1. EL TANGO CANCIÓN.....	5
1.2. LETRAS DEL TANGO SUS TEMAS.....	7
2. ¿QUÉ ES EL DERECHO PENAL?	8
2.1. ¿CUÁL ES EL OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO PENAL?	8
2.2. ¿QUÉ ES LA TEORÍA DEL DELITO Y DE QUE SE COMPONE?.....	10
2.2.1. <i>La acción</i>	10
2.2.2. <i>Tipicidad</i>	11
2.2.3. <i>Antijuridicidad</i>	12
2.2.4. <i>Culpabilidad</i>	12
2.3. LA IMPORTANCIA DE LA TEORÍA DEL DELITO.....	13
3. SELECCIÓN DE LETRAS Y METODOLOGÍA.....	14
4. TANGO Y CRIMINALIDAD.....	14
5. EL PRINCIPIO DE ACTO.....	17
5.1. CASO 1. MATA LA.....	17
6. LA LEGÍTIMA DEFENSA.....	18
6.1. CASO 2. CULPAS AJENAS.....	18
7. EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO.....	21
7.1. CASO 3. A LA LUZ DE UN CANDIL.....	21
8. INIMPUTABILIDAD DE LOS IMPÚBERES.....	25
8.1. CASO 4. CUATRO LÍNEAS PARA EL CIELO.....	25
9. ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE.....	29
9.1. CASO 5. PAN.....	29
9.2. CASO 6. OIGA AGENTE.....	30
10. DELITO PASIONAL.....	33
10.1. CASO 7. DICEN QUE DICEN.....	33
10.2. CASO 8. EL CIRUJA.....	34
10.3. CASO 9. JUSTICIA CRIOLLA.....	35
10.4. CASO 10. NOCHE DE REYES.....	36
11. UN FEMINICIDIO.....	42
11.1. CASO 11. AMABLEMENTE.....	42
12. ERROR DE PROHIBICIÓN.....	45
12.1. CASO 12. LADRILLO.....	45
13. BIBLIOGRAFÍA.....	53

Figura 1 Caso 1	17
Figura 2 QR Matala	17
Figura 3 Caso 2	19
Figura 4 QR Culpas Ajenas	19
Figura 5 Caso 3	22
Figura 6 QR A la luz de un candíl	22
Figura 7 Caso 4	26
Figura 8 QR Cuatro líneas para el cielo	26
Figura 9 Caso 5	29
Figura 10 QR Pan.....	29
Figura 11 Caso 6	30
Figura 12 QR Oiga agente	30
Figura 13 Caso 7	33
Figura 14 QR Dicen que dicen.....	33
Figura 15 Caso 8	34
Figura 16 QR El ciruja.....	34
Figura 17 Caso 9	35
Figura 18 QR Justicia criolla	35
Figura 19 Caso 10	36
Figura 20 QR Noche de reyes	36
Figura 21 Caso 11	43
Figura 22 QR Amablemente	43
Figura 23 Caso 12	46
Figura 24 QR Ladrillo.....	46
Figura 25 Caso 13	48
Figura 26 QR Desdén.....	48

Introducción

Los historiadores y críticos del tango han coincidido que el tango tiene su origen en las clases marginales de la ciudad Argentina de Buenos Aires, alrededor del año 1880, reconociéndolo como la morada de los delincuentes y rechazados sociales (Varela, 2005). Por su parte, el derecho penal es un área del derecho con un abundante desarrollo doctrinario, particularmente en lo que respecta a la teoría del delito, siendo los pensadores alemanes los referentes en este ámbito, por lo que se comprende el panorama de la teoría del hecho punible con autores como: Roxin, Jakobs, Jescheck, Wessels, etc. Así, esta monografía es el resultado de la investigación que se realizó con el fin de establecer las instituciones jurídico-penales presentes en el tango canción producido entre el año 1900 y el año 1955, partiendo de la premisa defendida por Narváez (2009) de que al reconocer el derecho como cultura es pertinente que se realicen investigaciones a su alrededor partiendo de otras manifestaciones culturales.

En ese sentido, primero se realizó una exhaustiva revisión de los tangos producidos en la etapa del tango canción (1900-1955) con el fin de establecer las instituciones jurídico-penales presentes en sus letras, encontrando elementos problemáticos en todos los elementos del hecho punible, siendo abundantes en la antijuridicidad y la culpabilidad. Una vez identificadas estos elementos con relevancia penal en las letras de los tangos se decidió analizar algunas letras de manera individual y otras de manera conjunta por encontrar similitudes en los casos narrados que permitieron que se describieran bajo un mismo tópico. Así, se decidió dividir esta monografía en tres capítulos, de los cuales uno es el capítulo preliminar donde se brinda un acercamiento al significado del tango y su contexto; el capítulo uno donde se explicitó la metodología usada para seleccionar las letras de los tangos y se abordó su relación con la criminalidad en general; y, por último, el capítulo dos en el cual se describieron cada una de las instituciones jurídico-penales identificadas en las letras ofreciendo una toma de posición sobre el caso que relatan.

Por último, esta investigación se desarrolló en su totalidad con base en la técnica de revisión documental, incluyendo la revisión de abundante bibliografía sobre la teoría del delito, la historia del tango, las representaciones sociales y la escucha de las canciones en diferentes formatos tanto en plataformas digitales respetuosas de los derechos de autor (Spotify, YouTube Premium) como en los medios análogos como CD y discos de vinilo. Sin embargo, este trabajo en su mayor parte es el resultado de un profundo ejercicio hermenéutico llevado a cabo con el fin hallar, en las profundidades de la historia de una ciudad y sus canciones algunas intersecciones con el derecho penal. Con base en la amplia revisión documental, se seleccionaron las letras a estudiar y se realizó un primer proceso

consistente en la identificación del caso en la canción para luego formularlo en términos de hechos jurídicamente relevantes, de esta forma fue posible identificar algunos elementos problemáticos los cuales fueron la base para el desarrollo del segundo momento hermenéutico, el estudio de la problemática jurídico penal a partir del caso formulado.

Capítulo Preliminar

El tango: una aproximación a su origen y a la importancia de su estudio.

1. El tango.

Este fenómeno proviene de la palabra “tambó” que es la manera en que los negros esclavos denominaban a sus bailes acompañados con música. Nombre que se dice proviene de la degeneración de la palabra “tambor”, que a su vez nace del “tam-tam”, que es la onomatopeya del ruido característico de los tambores (Matamoras, 1969). Esto no es tan alejado de la realidad pues como lo relatan algunos estudiosos, el tango es un fenómeno musical, cultural y de movilización social que tiene su origen en la clase más baja de Buenos Aires, como una especie de válvula de escape para la presión que agobiaba a los marginados, malevos, prostitutas e inmigrantes de la década del ochenta del siglo XIX (Varela, 2005).

En ese sentido, igual que los negros esclavos arreglaban sus jolgorios en las cercanías de los ríos al ritmo del “tambó”, el grueso de la población menos favorecida se reunió en los burdeles de la boca del puerto de Buenos Aires a entrelazar los cuerpos a compás del piano, la flauta y el violín (Borges, 2016). Varela (2005) afirma que el tango es “(...) *el devenir en música y en poesía, donde van a escribir su morada el inmigrante, la puta, el niño bien y el bandolero*” (p. 27). Lo que está en armonía con lo que nos enseña Zurita (2016) y es que el tango no pudo haber nacido ni en otro lugar, ni en otro tiempo porque es el retrato de las vivencias particulares de la sociedad porteña de finales del siglo XIX y por eso para entender el tango no solo debe estudiarse como fenómeno artístico sino como una manifestación cultural compleja. Poéticamente, afirmaba Enrique Santos Discépolo, citado en Varela (2005), que “*el tango es un sentimiento triste que se baila*”, y le asiste la razón pues las vivencias de las personas que habitaban los arrabales en esta época eran todo menos felices.

1.1. El tango canción.

El tango como producto cultural atraviesa por una serie de etapas evolutivas con características bien diferenciadas, las cuales pueden resumirse en tres: tango prostibulario; tango canción y tango renovación. Esta monografía se centrará en la segunda etapa de la evolución la cual puede definirse como la *adecentación* del tango, pues pasó de ser la música lupanaria del aquelarre de los compadres y las prostitutas, a

ser música que podía ser tocada en los salones elegantes de Buenos Aires por haber triunfado en París.

A este trabajo no le compete profundizar en la historia y evolución del tango como fenómeno cultural, pero sí comprender las características de la manifestación social que será objeto de estudio por parte del derecho penal. En ese orden de ideas, se eligió la etapa del tango canción para ser analizada con el candil de la teoría del delito por la riqueza en las situaciones que narra. Pues, el tango de esta etapa abandona las cortas e hipersexualizadas letras, para convertirse en una manifestación del romanticismo tardío en Latinoamérica. De tal suerte que sus letras están plagadas de los más profundos sentimientos de los autores, donde se exalta el sufrimiento por el amor y se celebran los crímenes pasionales. Quedando claro, entonces, que en esta fase ya no estamos frente a una incipiente manifestación del folclor porteño sino a un serio producto que presenta situaciones de relevancia jurídica. José Gobello (1999), afirma que cuando el tango encontró al poeta y a la voz se hizo canción. El tango hizo suyas las palabras que hasta entonces le eran distantes, pues la copla generalmente obscena que acompañaba a la música del tango prostibulario se transformó en un ejercicio reflexivo donde se hicieron poesía las vivencias del arrabal.

Los historiadores del tango sitúan el nacimiento del tango canción en las primeras dos décadas del siglo XX, atribuyéndolo a dos personajes paradigmáticos, *Pascual Contursi* (el poeta) y *Carlos Gardel* (La Voz¹); uno por ser el primero de quien se tiene registro que cantó sistemáticamente los tangos y el otro por ser el primer cantor de tangos propiamente dicho (Gobello, 1999) en cuya interpretación se encontró el equilibrio entre la música y elemento novedoso de la letra. A propósito, dijo:

El cantor de tangos es un traductor de sentimientos, pero no solo de los sentimientos de los creadores, sino, principalmente, de los oyentes, del pueblo. Un cantor de tangos no es el lenguaraz de Contursi ni de Manzi; es el lenguaraz de la gente. (Gobello, 1999, p. 77)

En sentido, como se desprende de lo dicho por Varela (2005), en la etapa del tango canción paulatinamente abandona origen marginal y su carácter prostibulario, mudando sus cavilaciones a los problemas del novecientos y por eso le canta al desborde de sentimientos, a la muerte, a Buenos Aires y a la patria.

¹ Apodo con el que se conoce popularmente al intérprete de tangos Carlos Gardel.

1.2. Letras del tango sus temas.

Como lo afirma Arnaldo (1990) trayendo a Schlegel (1962), el estilo romántico es la compenetración del individuo consigo mismo en la búsqueda de la identidad de la expresión del espíritu con el medio estilístico. En ese sentido, como se adelantó arriba, se considera que el tango canción es una expresión del romanticismo tardío en Latinoamérica porque según lo dicho por Gobello (1999), el tango encierra la vida misma, nada le es extraño y se nutre de las contradicciones de sus intérpretes y de las suyas propias. Así, es recurrente que el tango le cante a la orilla, al barrio, a la justicia, al coraje, al arrepentimiento y al tango mismo.

Y, en desarrollo de esos temas que trata el tango se encuentran retratadas diversas conductas delictivas, así como sus consecuencias procesales y personales. En las letras de estos tangos los autores retratan la conducta desviada, donde presenta al protagonista hundido en la reflexión de lo que justifica su actuar, a la comunidad reprochando la consecuencia penal que recayó sobre el sujeto o simplemente el protagonista se culpará por su actuar desprevenido que lo hizo víctima de un delito.

Instituciones Jurídico-Penales

2. ¿Qué es el derecho penal?

Hans Welzel, (1956), afirma que “*El derecho penal es la parte del ordenamiento jurídico que determina las acciones de naturaleza criminal y las vincula con una pena o medida de seguridad.*” (p. 1). En ese mismo sentido comprende que la naturaleza de la ciencia de esta área del derecho es desarrollar e interpretar de forma sistemática las normas que rigen la materia. El profesor Juan Fernández Carrasquilla (1993) presenta el derecho penal a partir de una visión tripartita, a saber: subjetiva, objetiva y dogmática. Entendiendo la primera como la facultad que tiene el Estado para castigar a aquellos que realizan comportamientos prohibidos. Por su parte comprende que el carácter objetivo del derecho penal se refiere al compendio normas expedidas por el estado que regulan los comportamientos que considera prohibidos y sus consecuencias jurídicas. Y la última característica se refiere a la “ciencia”² que tiene como objeto de estudio el derecho penal, con el fin principal de desarrollar los “dogmas” que sirvan para aplicar y sistematizar el conjunto del derecho positivo.

Las anteriores definiciones ubican de manera suficiente, conforme a los fines de este trabajo, en el concepto de lo que es el derecho penal. No obstante, es preciso ahondar en algunos conceptos particulares que será necesario comprender de cara a los siguientes capítulos, por lo cual adelante se examinará el objeto de estudio del derecho penal y las discusiones que se presentan a su alrededor.

2.1. ¿Cuál es el objeto de estudio del derecho penal?

El objeto de estudio del derecho penal es el delito, pues se considera este como presupuesto para su aplicación. En concordancia con lo arriba expuesto, el estado no puede ejercer la facultad de castigar a un individuo por un hecho que no considere “prohibido” en virtud del límite formal que le impone el principio de legalidad, que dispone que nadie podrá ser juzgado sino por la ley preexistente al acto que se le imputa. En ese mismo sentido, es impensable hablar de conjunto de normas que regulan comportamientos prohibidos, sus consecuencias y su estudio sistemático, sin pensar primero en el concepto de delito.

² La palabra ciencia se presenta entre comillas toda vez que se omitirá la discusión de si el derecho penal debe entenderse como tal o, por el contrario, entenderse como disciplina.

Con Bacigalupo (1989), entendemos el delito como un comportamiento socialmente divergente que debe ser penado (concepto material del delito), o la consideración de que un determinado hecho reúne las características de un tipo previsto en la ley penal (concepto formal del delito). A la par enseña Roxin (2008) que el legislador en desarrollo de esa facultad subjetiva, revisada en apartes anteriores, crea los diferentes tipos penales, sin embargo, dicha tipificación no proviene *ex nihilo*, sino que con estos se pretende asegurar los diferentes bienes jurídicos que la sociedad considera valiosos. Sin embargo, no todo aquello que la sociedad considere valioso, puede considerarse como bien jurídico y por tanto requerir la intervención del derecho penal, pues están excluidas, de suyo, las inmoralidades, la infracción a las normas administrativas o las finalidades ideológicas. Según lo expuesto, el concepto de bien jurídico se deriva de los reconocidos por el estado en su constitución o ley fundamental (Roxin, 2008).

No obstante, el concepto de bien jurídico es la consagración positiva del estado axiológico de la comunidad en su ley fundamental que luego se refleja en las codificaciones penales. Pues como lo recuerda Fernández Carrasquilla (1993) trayendo Bettiol y Maurach, el derecho penal es una expresión de la fisionomía de la sociedad que regula y, por tanto, no puede entenderse al margen de los presupuestos éticos, económicos y políticos de ésta.

No se puede obviar, sin embargo, la discusión sobre si con el derecho penal se protegen los bienes jurídicos o valores ético-sociales. Al respecto Zaffaroni, evaluando el panorama de la doctrina afirma que:

En otras palabras, entendemos que el derecho penal tiene la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la tutela de bienes jurídicos, previniendo la repetición o realización de conductas que los afectan en forma intolerable, lo que, ineludiblemente, implica una aspiración ético-social. Dicha aspiración ética no es un fin en sí mismo, sino que es la razón del por qué y para qué del derecho penal. (1998, p. 50)

A modo de ejemplo respecto de la cultura y el poder como presupuesto para la creación de los delitos, y siguiendo el contexto de este trabajo, se recuerda lo relatado por Varela (2005, 2016) sobre los grandes esfuerzos de los poderes y clases dominantes en la Argentina de finales del siglo XIX y primera mitad del XX, por reprimir las expresiones de las clases lupanarias en las cuales se desarrolló el fenómeno del tango. Las clases altas, encabezadas por los médicos y políticos higienistas, jugaron un papel fundamental en la búsqueda de criminalizar las manifestaciones sucias y carnales de las clases bajas, la

cual se fue moderando conforme estas iban siendo aceptadas en los círculos sociales dominantes.

2.2. ¿Qué es la teoría del delito y de que se compone?

El derecho penal y su objeto de estudio requieren de una técnica para su estudio y puede afirmarse que desde hace poco más de ciento cincuenta años la dogmática penal aceptó que ese método para estudiar los hechos que tienen relevancia penal es la teoría del delito. La cual, siguiendo a Roxin (2008), puede entenderse como el ejercicio dogmático cuyo fin principal es la búsqueda de los principios básicos para estudiar los hechos punibles partiendo de la abstracción de los tipos concretos. Se encuentra formulada en términos similares en Velásquez (2009), en la doctrina nacional, como en otros exponentes foráneos como Stratenwerth, (2000) y Mir Puig (2008).

Lo anterior no significa que el campo de la teoría del delito sea pacífico, todo lo contrario. Sin embargo, las discusiones en esta materia no están en definir lo que esta es, pues existe un acuerdo sustancial en considerar que es el estudio sistemático de los principios generales del hecho punible, y que este se compone por una acción, típica, antijurídica y culpable; los afanes teóricos se centran en cómo se llenan esas diferentes categorías. Por lo cual, se dará un acercamiento a cada una de las precitadas categorías dogmáticas, no sin antes hacer mención que el fin de esta investigación no es proponer una nueva visión de estas, ni entrar en las profundas discusiones de la materia, por lo cual se tomará partido por alguna de las corrientes teóricas y sobre esta se desarrollará el resto del trabajo.

2.2.1. La acción.

El desarrollo dogmático de este elemento de la estructura del hecho punible ha sido profuso en los últimos años. No es para menos teniendo en cuenta que en este se encuentra la génesis del análisis de cualquier situación con alguna relevancia penal, pues no es posible hablar de la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, sino existe un acto que haya causado una modificación en el mundo externo que pueda ser penalmente relevante.

Sobre el particular dos han sido las corrientes más relevantes: el concepto causal y final de acción. Acerca del primero Stratenwerth, (2000), afirma que es un desarrollo de la dogmática penal de finales del siglo XIX, en virtud del cual se concebía como la generación o no evitación de un resultado que modifique el mundo exterior. Frente al concepto final su precursor Hans Welzel, (1956), se decanta por el concepto de que la

acción no es un mero acontecer causal, sino que parte de la base del conocimiento previo del autor sobre las posibles consecuencias de su actuar.

Por su parte Roxin (2008), presenta los cometidos del concepto de acción en la teoría del delito considerando que: (i) debe entenderse como el elemento básico que se adecue tanto a las conductas dolosas como a las culposas de toda la parte especial de la ley penal; (ii) como concepto neutral transversal a los demás elementos de la estructura del hecho punible que en palabras Maihofer, (1953, p. 8), citado por Roxin, (2008, p. 234), “*como sujeto de esos predicados, el concepto de acción ha de ser completamente indiferente frente a todos esos predicados*”; y, por último, (iii) es el límite que se encarga de excluir todo aquello que debe ser ajeno a valoraciones jurídico-penales.

En ese orden de ideas, para el profesor Claus Roxin, la teoría de la acción que más se acerca a las condiciones propuestas en el párrafo anterior es el concepto personal de acción, a partir del cual se entiende que esta es la manifestación de la personalidad del sujeto agente. Así, cumple el cometido de servir como elemento básico habida cuenta que todo aquello que lo que emane expresión anímica-espiritual del sujeto estará comprendido (intención, imprudencia, acción u omisión); cumple, también con la condición de servir a los “predicados”, toda vez que la manifestación de la personalidad del sujeto tiene un carácter prejurídico libre de valoración; finalmente es un claro límite, pues, de suyo, excluye los actos de las personas jurídicas, de los animales y los actos reflejo ausentes de influencia psíquica.

2.2.2. Tipicidad.

Siguiendo la lógica propuesta por Maihofer, el primer predicado de la acción en este análisis sistemático es la tipicidad, el cual puede entenderse fácilmente como aquel elemento que define las cualidades que debe cumplir la acción para que sea penalmente relevante. Pues, en palabras de Welzel, (1956), los tipos parten de una generalización de los casos individuales posibles, que en el caso de los tipos penales debe ser estricta y limitada.

Lo anterior se complementa con Roxin (2008), quien afirma que el tipo cumple las siguientes funciones: sistemática, entendida como la descripción de la serie de elementos que debe reunir la acción para permitarnos saber de qué delito se trata; de garantía, en tanto se relaciona directamente con el principio de legalidad *nulla pena sine lege* que impone al legislador el mandato de delimitar de manera estricta aquello que merece el reproche estatal; y, por último, este autor considera que cumple una función

dogmática al proporcionar los elementos que debe conocer el agente de la conducta para poder actuar dolosamente.

Al respecto de este componente estructural del hecho punible se refiere que en su evolución dogmática partió de no considerarlo como tal, por tener en cuenta únicamente su función descriptiva y avalorada, hasta llegar a la doctrina dominante que le reconoce un carácter bipartito compuesto por un tipo objetivo, donde se encuentran todos los elementos que permiten identificar el delito en que se puede encuadrar la acción, y por un tipo subjetivo compuesto por la dirección que el autor de a su actuar, esto es el dolo y la culpa (Roxin, 2008).

2.2.3. Antijuridicidad.

La antijuridicidad puede entenderse de manera básica como la contradicción entre la acción y el mandato jurídico-penal, que según Wessels, Beulke, Satzger & Pariona Arana (2018), se sospecha una vez que la acción se considera típica pero que debe ser constatada de manera independiente. Esta verificación es particularmente relevante en el sentido de que la antijuridicidad no puede reducirse tan solo a esa intuición ya mencionada, pues si así fuera su estudio de manera individual sería inane.

Entonces, con el predicado de la antijuridicidad lo que se pretende es decir que la acción, que ya se verificó que es típica, contraviene el mandato penal (antijuridicidad formal), causa una lesión a los bienes jurídicos que no puede ser combatida por los medios extrapenales (antijuridicidad material)³ y que, además, no está amparada por una causa de justificación.

2.2.4. Culpabilidad.

La culpabilidad es el último estadio de valoración para afirmar la existencia de la conducta punible, el cual siguiendo la lógica usada en los apartes anteriores no es ya un predicado de la acción, pues lo que se dice de esta queda completamente satisfecho en la antijuridicidad y determinando la existencia del injusto penal. Esta categoría dogmática le corresponde realizar un juicio de reproche de ese injusto a su autor diciéndole: “pudiste adecuar tu comportamiento conforme a derecho y no lo hiciste”.

³ Sobre la discusión de si debe ser admitido el concepto de antijuridicidad material puede revisarse lo dicho por Zaffaroni en el Tomo III, Capítulo XXIX, del Tratado de Derecho Penal Parte General, 1996.

A propósito, Roxin (2008), recuerda que este elemento no ha sido estático en el desarrollo de la dogmática penal, esto ya que en un principio tuvo una concepción psicológica donde se ubicaban como formas de la culpabilidad el dolo y la imprudencia (culpa). Posteriormente comenzaron a evidenciar las fisuras del sistema al llenar la culpabilidad únicamente con las formas que el sujeto direcciona su conducta y, en ese orden de ideas, se dio un giro copernicano con la llegada del finalismo, que trasladó el dolo y la culpa a la esfera de la tipicidad, en lo que respecta al tipo subjetivo. Permitiendo el desarrollo de la culpabilidad como se conoce hoy, esto es, como categoría que imputa el injusto penal a su autor verificando: (i) la imputabilidad del sujeto; (ii) posibilidad del conocimiento de antijuridicidad; y, (iii) la exigibilidad de otra conducta conforme a derecho.

2.3. La importancia de la teoría del delito.

A manera de conclusión de este acercamiento preliminar con la dogmática penal y con la teoría del delito, es necesario resaltar su importancia en esta clase de investigaciones, pues, el estudio sistemático que se desarrolla con la teoría del delito es fundamental cuando se trata de analizar casos concretos, en la medida que, como lo afirma Roxin (2008), el estudiante, abogado o juez que se enfrente a unos hechos, cualesquiera que sean, podrá verificar de manera escalonada que se cumplan los presupuestos de su punibilidad y en ese sentido encontrar estrategias de defensa u obtener la certeza en la resolución del caso.

En esta investigación es notablemente útil el uso de la teoría del delito porque lo que se pretende es sustraer los casos concretos de las letras de los tangos y realizar sobre estos un análisis de los elementos problemáticos que presenten. De tal suerte que se podrá revisar si los hechos narrados encajan dentro de la descripción de una norma penal, si concurren causas de justificación o si con los datos conocidos se puede reflexionar acerca de la condiciones de la culpabilidad del autor.

Capítulo I

El delito en el tango.

3. Selección de letras y metodología.

La selección de las letras es el resultado de incontables *horas de garufa*⁴ escuchando cientos de tangos, en los cuales se pudo evidenciar que el derecho penal no es ajeno a esos cantos desgarrados. Son profusos los temas que se han cantado al ritmo de ese *malevo compás* (Stazo, Candicamo, 1956) y el delito es quizá uno de los más recurrentes, está presente ora como la exaltación de la vida del delincuente ora como la narración precisa de hechos punibles.

En ese sentido y no obstante ser relevantes todas las expresiones que del derecho penal se presentan en la *canCIÓN ciudadana*, de cara al objetivo de este trabajo que se centra en explorar la teoría del delito con base en el tango, fue preciso limitar los esfuerzos en aquellas letras que pudieran convertirse en hechos de relevancia jurídico penal y que ofrecieran algún elemento merecedor de estudio desde la teoría del hecho punible. Para tales efectos, posterior a la exposición de la letra de cada tango se dispuso una figura donde se convierte la letra en un caso práctico, acompañada de una segunda figura que es un código *QR* que dirige al lector al reproductor de música digital *Spotify* para que pueda seguir el caso a la par que la canción. Cada tango, entonces, fue explorado de manera individual o agrupado con aquellos que se ofrecieran al estudio de la misma problemática jurídico penal, realizando en primera medida una ubicación temática seguida de la reflexión sobre los hechos, ofreciendo para cada uno una toma de postura.

4. Tango y criminalidad.

Borges (2016), recuerda al poeta José Hernández en su notable *Martín Fierro* cuando mostró al gaucho en una especie de baile *orillero*, y como *no faltan empujones cuando un pobre se divierte*⁵, el guapo cortó con su *facón*⁶ las cuerdas de la guitarra que amenizaba la velada, para luego retar en duelo al cantor que lo injuriaba. Así, cuenta el poeta, que lo mató y dijo: “*Ahí lo dejé con las tripas como pa’ que hiciera cuerdas*”. Los pobladores de las *orillas* del Buenos Aires de la época eran una mixtura entre descendientes de esclavos africanos, migrantes europeos, y criollos (Matamoro, 1969). Ahora, esos criollos dieron grandes aportes a la ecología del tango, pues el *compadre*, que se refiere a ese hombre versado en el arte del puñal, es descendiente directo del misterioso y solitario pastor ecuestre que se ha denominado *gaucho* (Borges, 2016). En efecto, el tango como principal representación social del arrabal glorificaba el valor y el coraje del

⁴ En lunfardo *garufa* hace referencia a diversión.

⁵ Estrofa 331 del poema popular *Martín Fierro* de José Hernández.

⁶ *Facón* en lunfardo se refiere a un cuchillo grandes proporciones.

enfrentamiento entre los varones por el favor de las *minas*. Como ejemplo el tango Mandria donde dice: *“Tome mi poncho y no se aflija que hasta el cuchillo se lo presto, cite que en la cancha que usted elija e’ dir y en fija no pondré mal gesto”* siguiendo con la contundente afirmación: *“Pa’ matar o pa’ morir viene a pelear y el hombre ha de cumplir”* (Brancatti, Velich, Rodríguez, s.f.).

Mismo valor que se ve en el payador y en el taura, que murieron bajo la débil luz de un farol por los favores de la mujer que ambos amaban en Duelo Criollo de Bayardo, Rezzano (1928). Igual que en el zurdo Cruz Medina luego de recibir cuatro impactos de bala le dice al agente de la ley que lo encuentra tendido en el suelo: *“No me pregunten agente quién fue el hombre que me ha herido, será tiempo perdido porque no soy delator. Déjenme, nomás, que muera y de esto nadie se asombre, que el hombre para ser hombre no debe ser batidor”* (Platas, Velich, s.f.). Y del *taita* entre matones que relata el tango de Platas y Velich, se pasa al *Taita* de Manco (1910) que dice: *“Si me topan me defiando con mi larga fariñela y lo dejo al parnela como carne de embutir”*, en cuyo relato no es posible diferenciar lo que efectivamente realizó y lo que se reduce a la mera expresión chabacana donde se afirma a sí mismo su guapura al decir: *“Si quiere peliar conmigo me lo llevo a la cortada y le doy una trompada de truco, retruco y flor”* (Manco, 2010).

Por otra parte, los *chorros*⁷ son comunes en las letras de los tangos, así pueden apreciarse letras como la de Enrique Santos Discépolo (1928) que dice: *“¡Chorra! Me robaste hasta el amor”*, que básicamente cuenta la historia de una mujer que engaña a un comerciante con supuestas historias de gloria familiar para lograr su cometido de apoderarse de todos los bienes de su comercio. En esa misma línea temática Sotullo (2010) trae a colación el tango *Ivette* cuya letra fue escrita por Contursi (1920) o *El Poeta*⁸, que es del siguiente tenor: *“No te acordás que he robado pa’ que no falte el bullón”*⁹ y posteriormente le recuerda a la mujer, a modo de reproche, que ella ha disfrutado del producto del hurto como cuando le entregó el cinturón y el sombrero que le quitó a otra mujer.

Se comprueba entonces la abundancia de los fenómenos criminosos en las letras de los tangos por lo que no le es tan extraño el apodo de música lupanaria, arrabalera, y un largo etcétera de epítetos peyorativos que la relacionan con las clases rechazadas de la sociedad de su época. Esta connotación debe abrazarse porque precisamente así se veían a sí mismos los pobladores de las orillas, donde como excusa para no llorar acompañaban

⁷ En lunfardo chorro hace referencia al ladrón.

⁸ A propósito, Gobello op. cit como denomina al letrista Pascual Contursi.

⁹ En lunfardo hace referencia a la comida.

los cantos que resonaban de la voz de los perdedores con los suspiros angustiosos
bandoneón (García, 2003).

Capítulo II

Casos Penales en el Tango

5. El principio de acto.

5.1. Caso 1. Matala.

Hace muchas noches me gritan en sueños mil voces airadas de duda y rencor, ¡Matala!, ¡matala!... y despierto y miro, cruzar por mis ojos, manchadas de rojo, sus carnes de lirio, que son mi obsesión.

Pero, no, yo tengo la culpa, Señor, si fueron mis besos sabios en amor quién puso en su cuerpo la llama dorada todos sus deseos, loco de gozar.

Pero no, yo tengo la culpa Señor, yo puse en su cuerpo la sed del amor, mis besos malditos la hicieron así, por eso es que lloro por ella y por mí.

¡Matala!, ¡matala!... si ya no te quiere, aúllan las palabras del odio al pasar. Y al verla sonriente que va en otros brazos, se nubla mi frente, de fiebre, de abraso y entonces quisiera besarla y matar. (Bonessi, Bonnet, Gardel, 1930)

Síntesis del *Caso 1*: A derivado de una decepción amorosa tiene pensamientos incesantes de acabar con la vida de B, la causa de su desamor.



Figura 1 Caso 1

Figura 2 QR Matala

El profesor Fernando Velásquez (2009), afirma que el derecho penal liberal y de todo estado democrático sienta sus bases en el principio de acto el cual dicta que *nulla iuria sine actione*, esto es, no hay delito sin conducta humana y solo es tal cuando se exterioriza en la naturaleza del mundo, por cual se excluyen los pensamientos, la personalidad y todas

aquellas situaciones que no superen el fuero interno de la persona o como se concebía en el derecho romano *cogitationes poenam nemo patitur*.

Por lo anterior es que este tango es un ejemplo paradigmático en lo que respeta al derecho penal de acto o de hecho y en la categoría dogmática de la acción. Y es que si se analiza, el sujeto relata “*Hace muchas noches me gritan en sueños mil voces airadas de duda y rencor, ¡Matala!, ¡matala!... y despierto y miro, cruzar por mis ojos, manchadas de rojo, sus carnes de lirio, que son mi obsesión.*”, posteriormente la mismas voces en su interior le dicen “*Y al verla sonriente que va en otros brazos, se nubla mi frente, de fiebre, de abraso y entonces quisiera besarla y matar.*” (Bonessi, Bonnet, Gardel, 1930)

Todas estas situaciones son preocupantes, quizá moralmente reprobables, pero estrictamente no llegan a ser siquiera conductas, pues todas son figuraciones mentales derivadas de la posible celopatía del sujeto A, que ni siquiera requieren un mayor análisis pues no se materializan en la lesión de ninguno de los bienes jurídicos de B. Todo se resume a un “*quisiera besarla y matarla*”, sin superar el límite del fuero interno.

Ahora, desde el punto de vista de la acción en el finalismo, que es muy útil para efectos prácticos, y echando mano de la explicación que hace Nodier Agudelo (2002), veremos que para que efectivamente exista una acción y se pueda pasar al examen de los demás elementos del hecho punible, se debe atravesar su fase interna y externa. Siendo la primera donde se ubican la anticipación del fin, la selección de los medios y la consideración de los posibles efectos concomitantes; la segunda, como se intuye desde su nombre, la manifestación externa del sujeto por la cual dirige el curso causal al fin anticipado. En ese sentido es claro que la letra de *Bonessi* y *Bonnet* no narra una conducta, más bien se queda en la patente anticipación del fin de matar, pero que no va más allá de la fase interna y por tanto es penalmente irrelevante.

6. La legítima defensa.

6.1. Caso 2. Culpas ajenas.

Volvió de nuevo a mi barrio tal vez condolido y un poco más viejo. Aquel que entre los muchachos era el más querido, era el más travieso; pero hay congojas en su alma, su acento es sombrío, se ve que sufrió y trae para sus amigos consejos muy sanos que solo aprendió.

Recuerdo una noche, mi amigo ultrajado, se jugó la vida con otro varón. Porque provocado e injuriado sin razón lo hirió la vergüenza y a conciencia lo ultimó.

La cárcel maldita, lo hundió en sus sombras cuando en su defensa esa noche mató.

Hoy se ve en su rostro que la huella del dolor marchitó la vida de aquel hombre en la prisión.

Salió... ya está entre nosotros cumplió su condena, está en libertad, y piensa formar un nido de amor y ternura, de gloria y de paz. Y echar un manto de olvido al tiempo pasado, de su perdición. Luchar y reivindicarse con todas las fuerzas de bravo varón. (Ponzio, Curi & Gardel, 1929)

Síntesis del *Caso 2*: A decide defenderse de B por las injurias que este cometió en su contra por lo cual decide matarlo y efectivamente logra su cometido.



Figura 3 Caso 2

Figura 4 QR Culpas Ajenas

El tango *culpas ajenas* narra un caso que, de manera preliminar, puede entenderse como la defensa en contra de una agresión a un bien jurídico. Es por esto por lo que el concepto que se estudiará con base en este caso es la legítima defensa, para determinar si A estaba amparado en su actuar por dicha causa de justificación. La legítima defensa tiene como elemento principal la existencia de una agresión, pero que no puede ser cualquiera, sino que esta debe cumplir con una serie de características, a saber: (i) ser una acción humana; (ii) antijurídica; y (iii) actual.

Si se revisa el caso de A, en efecto, las ofensas son proferidas de manera voluntaria por una persona, a quien denominamos B. En nuestra codificación penal son antijurídicas en tanto pueden encuadrarse en los tipos penales de injuria e injurias por

vías de hechos, reguladas en los artículos 220 y 226 de la Ley 599 de 2000, respectivamente, afectando el bien jurídico de la integridad moral del sujeto agraviado.

En esta primera parte la característica que se muestra problemática es la actualidad de la agresión. Esto, ya que se dice que la agresión es actual siempre y cuando persista el peligro para el bien jurídico amenazado (Wessels, Beulke, Satzger & Pariona Arana, 2018). En el **Caso 2** se dice: “*Recuerdo una noche, mi amigo ultrajado (...)* ”, a continuación se cuenta que “*(...) provocado e injuriado sin razón lo hirió la vergüenza y a conciencia lo ultimó*” (Ponzio, Curi & Gardel, 1929), es decir, que cuando A tomó la decisión de externalizar sus actos defensivos no había nada que defender, la lesión a su integridad como bien jurídico tutelado es este caso, ya había sido consumada.

Adicional a los requisitos que debe cumplir la agresión del tercero para que se pueda repeler, también se han dispuesto una serie de condiciones que debe cumplir la acción defensiva que despliegue el sujeto ofendido, las cuales han sido clasificadas y denominadas de forma distinta por la doctrina, pero que pueden resumirse en las siguientes: (i) estar dirigida en contra del agresor; (ii) ser idónea; (iii) elegir el medio menos lesivo; y (iv) la exigencia de la defensa¹⁰.

Desde ya se adelanta que en el **Caso 2**, la acción defensiva de A, no cumple ni de cerca con la totalidad de las exigencias, sin embargo se analizará frente a cada una la razón. En ese orden de ideas, la única condición que cumple “*el más travieso y querido de los amigos*” (Ponzio, Curi & Gardel, 1929), en la acción que comete es que la dirigió en contra de quien profirió los improperios en su contra, pues de los hechos narrados se desprende que se “*se jugó la vida con otro varón*” una vez realizados los ultrajes.

Frente a las circunstancias que se reclaman a la acción defensiva de quien recibe una agresión o amenaza de sus bienes jurídicos, encontramos en el segundo lugar de la lista propuesta, la idoneidad, entendida como la elección de un medio de defensa que pueda detener, obstaculizar o retardar la agresión injusta que se esté presentando contra un bien jurídico. Inicialmente, en el caso que nos ocupa puede pensarse que una persona muerta pierde toda capacidad de proferir imputaciones deshonrosas en contra de otro y por tanto se detiene la agresión, motivo suficiente para considerarla idónea. Pero esto es

¹⁰ En Wessels, Beulke, Satzger & Pariona Arana, op. cit. los requisitos exigidos a la conducta defensiva son más pormenorizados que los aquí expuestos, sin embargo, se omite hacer referencia a estos toda vez que se refieren a circunstancias específicas que no concurren en el caso bajo análisis. Roxin, op. cit. congloba la idoneidad y elección del medio menos en la necesidad de la defensa.

incorrecto toda vez que no existe ninguna manera idónea de detener, obstaculizar, o retardar aquello que efectivamente se ha consumando.

Ahora, está claro que la legítima defensa autoriza como consecuencia de la agresión se produzca la muerte de quien la produce, pero ello no significa que está avalada en todas las circunstancias. Véase, si el ultraje que se narra en este tango hubiese consistido en la amenaza o asalto con un cuchillo, como es común en los tangos, bien podría aceptarse que el resultado de repeler dicho embate fuera la muerte del agresor, pero esto no fue así, el sujeto A con el fin de reivindicar su honor, su carácter de “*bravo varón*” decidió que el medio idóneo para poner frente al ataque que se hacía en contra de su integridad moral era quitarle la vida al ofensor.

Uno de los elementos que generan un mayor debate en sede de la legítima defensa es cuándo es realmente exigible (entendida como necesaria). La discusión deviene de que por medio de este elemento se busca limitarla con base en criterios ético-sociales, lo cual genera rechazo en algún sector académico que considera esto como una afrenta a la seguridad jurídica de la legítima defensa (Roxin, 2008). Pero como bien explica Roxin, esta restricción se fundamenta en que no puede permitirse el abuso del derecho a la defensa de los bienes jurídicos, cuando la agresión no sea relevante o bagatela. Por su parte (Wessels, Beulke, Satzger & Pariona Arana, 2018) refieren frente a este concepto la teoría de los tres niveles, en los cuales se considera que en primer lugar el ofendido debe verificar si puede evitar la confrontación huyendo, sino puede huir recurrir a una defensa protectora con un medio disuasivo y, por último, solo en el caso necesario recurrir a una defensa agresiva.

La defensa que se hace del honor con la muerte es, definitivamente, una muestra de la desproporción que se puede presentar. En efecto, hay una agresión injusta contra un bien jurídico, pero el daño que se causa al ofensor con la acción defensiva, supera de manera extrema al causado por la injuria, de tal suerte que no puede ser amparado como legítima defensa.

7. El trastorno mental transitorio.

7.1. Caso 3. A la luz de un candil.

¿Me da su permiso, señor comisario? Disculpe si vengo tan mal entrazao, yo soy forastero y he caido al Rosario, trayendo en los tientos un güen entripao. Acaso usted piense que soy un matrero, yo soy gaucho honrado a

carta cabal, no soy un borracho ni soy un cuatrero; ¡Señor comisario, yo soy criminal!...

¡Arrésteme, sargento, y póngame cadenas! ¡Si soy un delincuente, que me perdone Dios!

Yo he sido un criollo güeno, me llamo Alberto Arenas. ¡Señor, me traicionaban, y los maté a los dos! Mi china fue malvada, mi amigo era un sotreta; cuando me fui a otro pago me basureó la infiel. Las pruebas de la infamia las traigo en la maleta: ¡las trenzas de mi china y el corazón de él!

¡Párese, sargento, que no me retobo! Yo quiero que sepan la verdad de a mi. La noche era oscura como boca'e lobo; testigo, solito, la luz de un candil. Total, casi nada: un beso en la sombra, dos cuerpos cayeron, y una maldición; y allí, comisario, si usted no se asombra, yo encontré dos vainas para mi facón.

¡Arrésteme, sargento, y póngame cadenas!... ¡Si soy un delincuente, que me perdone Dios! (Rivero, E., & Diez, I., 1963).

Síntesis del *Caso 3*: A encuentra a su compañera sentimental B siéndole infiel con su amigo cercano C, movido por esta situación acaba con la vida de ambos. Posteriormente se presenta ante la autoridad local enseñando el corazón de C y las trenzas cortadas de B.



Figura 5 Caso 3

Figura 6 QR A la luz de un candil

Desde el capítulo preliminar se dijo que la culpabilidad como categoría dogmática se refería al juicio de reproche que se le realiza al autor de un injusto penal por encontrarse en plenitud de condiciones para adecuar su comportamiento conforme a

derecho y no hacerlo. Una vez verificado este último elemento el sujeto es responsable, esto, por lo cual se hace acreedor a una sanción.

En este caso nos lleva, de manera especial, a la reflexión sobre un de los presupuestos positivos de la culpabilidad: la imputabilidad, que se entiende como la capacidad que tenía el autor de una determinada para comprender la trascendencia del hecho injusto y determinarse a su realización (Agudelo, 2001). Entonces, será relevante porque se discutirá su aspecto negativo, esto es, la inimputabilidad.

Veremos entonces, la inimputabilidad, particularmente aquella derivada del trastorno mental transitorio, el cual ha sido tratado ampliamente en la doctrina penal nacional por el profesor Nódier Agudelo Betancur, en sus obras *El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad penal* (1991) y *El trastorno mental transitorio sin base patológica* (2019), donde da importantes luces sobre su concepción, diagnóstico y consecuencias jurídico-penales.

Antes de iniciar con el análisis concreto del **Caso 3** frente a los criterios diagnósticos del trastorno mental transitorio debe tenerse claro su importancia en la responsabilidad penal. Esto, porque como le explica Agudelo (1991), cuando se está en presencia de un trastorno mental transitorio sin base patológica y sin secuela se excluye la responsabilidad penal, pues el sujeto no tuvo la capacidad de juicio para comprender el alcance del injusto para posteriormente determinarse a su realización, y, por otra parte, las medidas de seguridad están excluidas por la propia naturaleza de esta perturbación mental.

Ahora sí, Agudelo (2019) presenta cinco fundamentos para diagnosticar si se está o no en presencia de un trastorno de estas características, a saber: (i) motivos de la reacción; (ii) estructura de la personalidad; (iii) resonancias fisiológicas; (iv) resonancias psicológicas; (v) goce pasional por diátesis de incoercibilidad psíquica. Se pasará ahora a verificar uno por uno estos elementos de cara al **Caso 3**.

Los motivos de la reacción deben ser anteriores al hecho y provenir de una fuente externa que tenga la entidad suficiente para privar al sujeto de su capacidad de juicio, la cual está generalmente asociada con un fuerte impacto emocional. Esta situación es evidente en el **Caso 3** habida cuenta que A está unido a B y C, por vínculos amor romántico y de amistad, los cuales se ven defraudados en el acto de infidelidad que, A presencia, y que desencadena la reacción violenta. La obnubilación del juicio de A salta a la vista cuando el sujeto narra los hechos al sargento, pues describe una oscuridad total y

una serie de deshilvanados y desafortunados sucesos, que tuvieron como fin que los cuerpos de aquellos que alguna vez le fueron cercanos fueran la vaina de su *facón*.¹¹

El segundo aspecto, no menor, pero sí de difícil exploración por los datos que aporta el tango, es aquello de los rasgos de la personalidad del autor. Sin embargo, como bien los explica Agudelo (2019), este elemento no es indispensable para considerar la existencia del trastorno, pues este, en la mayoría de los casos lo que permite es facilitar su diagnóstico por identificar una base patológica pues, de suyo, estaría predispuesto a que una situación como la que se presentó derivara en la explosión violenta.

Siguen ahora dos elementos de alto calado en este caso, las resonancias fisiológicas y psicológicas. Las primeras entendidas como la manifestación externa de los sentimientos y emociones de una persona, que en el *Caso 3* se evidencian en la forma en como se presenta ante la autoridad. En efecto, le manifiesta al comisario que le trae un buen *entripao*, que en lunfardo significa disgusto, está lidiando con la explosión emocional que acaba de padecer, razón por la cual le solicita que lo arreste y le ponga cadenas.

Vistas las repercusiones de la conducta en el aspecto físico de su autor, es necesario detenernos en las psicológicas que son las que abundan en el *Caso 3*. Al respecto Agudelo (2019), presentó una serie de manifestaciones psicológicas características en los casos ya diagnosticados como trastornos mentales transitorios, dentro de las cuales podemos rescatar las siguientes: obnubilación, entendida como el oscurecimiento de la consciencia de un sujeto relacionadas, entre otras, con la conducta apática; enturbiamiento, asociado a las exaltaciones emocionales, las alucinaciones y las actuaciones incoherentes dentro de las cuales se contempla incluso la propia conducta; y, por último, la amnesia total o parcial del hecho.

El maestro Nódier es muy preciso al indicar que en la práctica cuando los autores son cuestionados sobre los hechos, suelen responder que vivieron un oscurecimiento del mundo. Entonces, si revisamos ese primer concepto de la obnubilación que anticipamos en los primeros párrafos referidos a este caso, veremos que *A* hace referencia a la oscuridad de la noche, asemejándola a la boca de un lobo, y luego se refiere a beso en la sombra que resulta en la *maldición*. Ahora, en lo atinente a la conducta apática, se puede ver en la exhibición que realiza ante el comisario puesto que, además de presentarse en un estado de alteración del ánimo, presenta de manera descarada o, más bien, apática, lo que denominó las pruebas de la infamia: el corazón de *C* y las trenzas cortadas de *B*.

¹¹ Véase la nota al pie 6.

Por su parte, la incoherencia del comportamiento de A la evidenciamos sobre todo en la justificación que hace de sí mismo y la comprensión del carácter reprochable que tiene del hecho, de manera posterior a su consumación. El sujeto cuando se presenta ante el comisario le repite de manera incesante que es un “*criollo güeno*”, que no es un hombre deshonesto que rehúye de la justicia, no es un borracho y que respeta el ganado ajeno; pero, acto seguido afirma sin dubitación que es un criminal. Lo anterior, es una clara muestra de la lucha interna que está viviendo de manera posterior al hecho, se puede ver que no comprende cómo una persona de sus características personales llega a cometer un hecho de esa naturaleza y por eso le ruega a Dios por su perdón.

La última de las resonancias psicológicas mencionadas es la amnesia. En el *Caso 3* fue de carácter parcial y se ve en la forma en que narra el suceso pues tan solo se refiere a tres hechos deshilvanados que dan cuenta de que el sujeto no aprehendió los detalles, tan solo tiene estos a manera de imágenes dispersas.

Todo lo anterior da cuenta que el *Caso 3* es una conducta inculpable, pues, en efecto, el sujeto acabó con la vida de dos personas, lo cual contraviene el mandato normativo del tipo de homicidio¹² y su conducta lesionó el bien jurídico. Sin embargo, al momento de realizarse la conducta el autor no pudo comprender su alcance y dirigir finalmente su voluntad por lo cual no es imputable. Además, como bien lo expone Agudelo (1991), por tratarse, como se sostiene, que es un trastorno mental transitorio sin base patológica y sin secuelas no hay lugar a responsabilidad penal por no tratarse de un inimputable peligroso.

8. Inimputabilidad de los impúberes.

8.1. Caso 4. Cuatro líneas para el cielo.

Llevando a un muchachito sujeto de la mano se presentó al sargento que estaba de facción. "El mundo está perdido", le dijo entre asombrado, "apenas siete años, tan chico y ya ladrón". El pibe mientras tanto lloraba amargamente. "¿Y qué es lo que ha robado?", dijo la autoridad. "Robó un ovillo de hilo", le respondió el librero, "a todos estos pillos debieran encerrar".

¹² Artículo 103 de la Ley 599 del 2000. El que matare a otro, incurrirá en prisión de doscientos ocho (208) a cuatrocientos cincuenta (450) meses.

Señor, yo no lo niego. Es cierto que he robado, me faltaba tan poco para poder llegar con este barrilete hasta el azul del cielo, allí donde se ha ido ayer nomás mamá...

¿No ve que hay una carta pegada al barrilete? No me alcanzaba el hilo, fue verlo... y qué sé yo. No lo pensé dos veces, me sorprendió el librero, le juro mi sargento por eso fui ladrón.

Si han de llevarme preso, lo siento por mi madre, por esta pobre carta que nunca ha de llegar. En ella le pregunto por qué se fue tan lejos dejándonos tan solos a mí y a mi papá... Sin pronunciar palabra lo acarició el sargento y entonces el librero, con ganas de llorar, poniendo entre sus manos aquel ovillo de hilo, "¡Ahora sí!", le dijo, "¡Tu carta va a llegar!" (Gallucci, A., Yiso, R., & Dante, C., 1948)

Síntesis del *Caso 4*: A, de apenas siete años, se disponía a apoderarse de un ovillo de hilo del puesto del librero B, quien lo sorprendió antes de que este emprendiera la huida.



Figura 7 Caso 4

Figura 8 QR Cuatro líneas para el cielo

El *Caso 4* se estudiará a partir de dos cuestiones: ¿existió un hecho relevante para el derecho penal?, ¿en caso de que existiera, puede ser atribuido a su autor?

La primera pregunta surge de lo que A le relata al agente de la autoridad ante el cual es presentado, le dice: “*me faltaba tan poco para poder llegar con este barrilete¹³ hasta el azul del cielo, allí donde se ha ido ayer nomás mamá*”. Es decir, decir el autor de la conducta afirma que sí tomó un objeto que sabía que no era suyo, pero reconoce que no pudo consumar el apoderamiento porque el librero lo sorprendió, se presenta una

¹³ En lunfardo barrilete significa cometa.

situación en la cual según (Stratenwerth, 2000) el sujeto realiza el tipo subjetivo, pero no completamente el objetivo, esto es, una mera tentativa.

Omitiendo las profundas discusiones que se han dado al respecto de la punibilidad de la tentativa en la dogmática jurídico-penal, veremos que, a grandes rasgos, esta no dista mucho de lo que se mencionó arriba. Veremos, pues, que la tentativa de un delito supone el inicio de actos ejecutivos inequívocamente dirigidos a la realización del tipo objetivo pero que se ven frustradas antes de que se alcance el resultado (Wessels, Beulke, Satzger & Pariona Arana, 2018).

Dicho esto, pasamos a analizar el caso concreto: *A* se dispone a sustraer un bien de *B*, sin embargo, por un acto ajeno a su voluntad no logra. El delito de hurto¹⁴ supone el apoderamiento de una cosa mueble ajena y el bien jurídico que se pretende tutelar con este es el patrimonio económico. Ahora, para poder hablar de un delito consumado se deben haber presentado todos los elementos del tipo (Jescheck, Weigend, 2014), y en el caso está claro que se iniciaron actos dirigidos al fin que *A* se figuró inicialmente de hacer suyo el ovillo de hilo de *B*, la pregunta es ¿consumó ese acto? La respuesta es negativa, pues apoderarse implica la desposesión del otro, lo cual no se materializó aquí habida cuenta que cuando apenas tomó la cosa fue sorprendido por el propietario y puesto a disposición de la autoridad, por lo que, no obstante, desplegarse los actos inequívocamente dirigidos al apoderamiento de la cosa no lo pudo sacar de ámbito de control de *B*.

No obstante, no es en la tentativa donde está el concepto penal más importante en este caso, pues el que revisaremos adelante mostrará que cualquier reflexión al respecto de la conducta de *A* es inane, véase: el juicio de reproche que se realiza al respecto del autor de un injusto penal, no puede partir de otro punto que no sea la propia capacidad que este tenga para comprender el alcance de su comportamiento y determinarse a su realización (Jescheck, Weigend, 2014). Ahora bien, la ley excluye toda capacidad de culpa a los menores de 14 años¹⁵, es decir, presume que el autor de una conducta que no cumpla con esa edad mínima no se encuentra en la madurez mental suficiente entender el carácter de lo que hace y controlarse.

¹⁴ Artículo 239 de la Ley 599 del 2000. El que se apodere de una cosa mueble ajena, con el propósito de obtener provecho para sí o para otro, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses. La pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

¹⁵ Artículo 33 de la Ley 599 del 2000 en concordancia con el artículo 139 de la Ley 1098 de 2006

El *Caso 4* es importante frente a este tópico porque presenta una serie de elementos problemáticos. A primera vista, de la lectura se desprende que A tiene un pleno conocimiento de que esa acción que realiza es contraria al ordenamiento jurídico y aún así decide emprenderla, tan es así que dice: “*Señor, yo no lo niego. Acepto que he robado (...)*”. Es decir, sabe que tomar un bien de otra persona no es correcto, pero lo hace, entonces surge la pregunta ¿qué es lo que hace que su conocimiento y determinación para la realización de una conducta delictiva no sean suficientes para atribuírsela?

Al respecto se pueden ver posiciones diferentes pero que conducen a la misma consecuencia, esto es, la incapacidad de culpa de los menores de 14 años. Por un lado, veremos la postura que considera que, si bien en buena parte de los casos se puede encontrar un atisbo de comprensión del injusto, no lo es realmente porque el corto desarrollo mental de una persona de, por ejemplo, 7 años como en el caso que nos ocupa, no ha llegado al punto de que esa comprensión sea realmente del injusto, sino que es solo de la inmoralidad o del carácter opuesto a las costumbres de su comunidad. Al respecto de la capacidad de autodeterminación de los niños esta postura considera que es mínima, porque en se encuentra en el proceso de maduración cognitiva lo que hace que no tenga la fuerza de voluntad necesaria para no dejarse dominar de las razones que lo incitan a comportarse “mal” (Jescheck, Weigend, 2014).

El otro concepto, aunque lo considera, no hace énfasis en el aspecto psicológico, sino que lo hace en criterios más prácticos, pues entiende que la acción delictiva que realiza un niño no tiene la trascendencia social suficiente como para reprocharla en igual manera que la de los mayores, además de la consideración de los efectos contrarios que el reproche generaría en el menor por lo que la pena no cumpliría ningún fin preventivo especial (Roxin, 2008).

El autor con su conducta buscaba obtener las herramientas suficientes para poder elevar una cometa hasta el cielo con una carta para su madre recién muerta, lo cual es enternecedor para cualquiera, pero allí mismo radica la muestra de la inmadurez mental de A, es completamente inocente; lo que él llama robar, no lo comprende en su dimensión antinormativa, pues si apenas está tratando de procesar lo que implica la muerte, mal haría el derecho en exigirle la comprensión de un concepto como la ajenidad de un bien y el patrimonio económico.

9. Estado de necesidad justificante.

9.1. Caso 5. Pan.

Él sabe que tiene para largo rato, la sentencia en fija lo va a hacer sonar, así -entre cabrero, sumiso y amargo- la luz de la aurora lo va a saludar.

Quisiera que alguno pudiera escucharlo en esa elocuencia que las penas dan, y ver si es humano querer condenarlo por haber robado ¡un cacho de pan!...

Sus pibes no lloran por llorar, ni piden masitas, ni chiches, ni dulces ¡Señor! Sus pibes se mueren de frío y lloran, hambrientos de pan, la abuela se queja de dolor, doliente reproche que ofende a su hombría. También su mujer, escuálida y flaca, con una mirada toda la tragedia le ha dado a entender.

¿Trabajar?, ¿en dónde? Extender, la mano pidiendo al que pasa limosna, ¿por qué? Recibir la afrenta de un: “perdone, hermano” Él, que es fuerte y tiene valor y altivez.

Se durmieron todos, cachó la barreta, se puso la gorra resuelto a robar... ¡Un vidrio, unos gritos! ¡Auxilio! ¡Carreras! Un hombre que llora y un cacho de pan. (Flores, C., Pereyra, E., & Gardel, C., 1932)

Síntesis del *Caso 5*: A al ver a su núcleo familiar muriendo de frío y hambrientos decide apoderarse de un trozo de pan causando daños a la vidriera donde estaba almacenado.



Figura 9 Caso 5

Figura 10 QR Pan

9.2. Caso 6. Oiga agente.

Oiga, agente, buen amigo, compañero de los pobres, no lo lleve a ese muchacho que yo sé su situación. Atiéndame un momentito y cuando le haya contado, ya usted se habrá percatado que no es un hombre ladrón.

Yo sé que su madrecita está a punto de expirar, y, quién sabe, pobrecita, si esta noche pasará; y vea, señor agente de hambre se muere la pobre... Robó por su viejita y lo que ha robado es pan.

Oiga, agente, no lo lleve, usted también es un hijo, y por su vieja querida muchas cosas puede hacer. Es una madre, mi amigo y es un dolor para un hijo, saber que se muere de hambre y no tiene qué comer. (Simone, M., 2019)

Síntesis del *Caso 6*: B para salvar la vida de su madre quien está muriendo de hambre roba un trozo de pan.



Figura 11 Caso 6

Figura 12 QR Oiga agente

Un reconocimiento especial a Hernán Sotullo por compartir conmigo, de manera desinteresada, su texto De Pungas y Gayolas el cual fue fundamental para el desarrollo de este acápite.

Los tangos objeto de análisis en este apartado son muestra de algo más complejo que la mera desposesión del patrimonio de otros por el ánimo de enriquecimiento personal: son tangos que revelan el sustrato marginal, muestra lo agobiante de la pobreza como un relato confesional de una ciudad que se retrata a sí misma (Varela, 2005). El *Caso 5* y el *Caso 6* son, respectivamente, una confesión anticipada y una defensa aireada, que pretenden justificar una acción inminente en el *Caso 5* y una que ya se materializó en

el **Caso 6**. Se parte de una premisa básica: “*Necessitas non habet legem*”, esto es, la necesidad no conoce de las leyes (Jescheck, Weigend, 2014). Es decir, se afirma que no hay lugar a la intervención del estado con su poder represor por que ambos comportamientos son justos.

Estamos, por tanto, en sede de en sede del estado de necesidad justificante por una causal supralegal. Es decir, ante una circunstancia que excluye la antijuridicidad de la conducta en razón a que la afectación del bien jurídico debía ceder ante otro interés de mayor entidad (Bacigalupo, 1989). Resulta preciso distinguir entre el estado de necesidad justificante, el estado de necesidad y la legítima defensa, pues a priori pueden confundirse, porque contienen elementos ciertamente similares. Es posible considerar de manera básica, que en el exculpante se presenta, efectivamente, un injusto, pero este no se reprocha a su autor por la situación de confrontación de bienes jurídicos equivalentes ante la cual no se le puede exigir que ceda en el suyo; a diferencia con el justificante, en este el sujeto pasivo puede obrar en legítima defensa ante el acto de protección que ejecute el autor, porque su acción es antijurídica (Wessels, Buelke, Satzger, 2018). Con la legítima defensa difiere, principalmente, en que el titular del bien jurídico afectado no está en presencia de una agresión, sino, de una situación de peligro del bien jurídico que le es ajena al titular del bien jurídico afectado, y la acción del autor pretende protegerlo de la amenaza, no defenderlo.

Los requisitos del estado de necesidad justificante se dividen en dos bloques, a saber: los requisitos objetivos y los subjetivos. Dentro de los primeros se encuentran los que se predicen de la situación de necesidad: necesidad de protección de un interés jurídico apto para la defensa y la existencia de un peligro actual para este; ausencia de otros medios para evitar el peligro o amenaza del bien jurídico y la idoneidad bien jurídico afectado para evitar el desmedro del de mayor entidad. Por su parte los requisitos subjetivos se refieren a la consciencia y voluntad defensiva del autor (Wessels, Buelke, Satzger, 2018).

Frente a los requisitos objetivos se ha dicho que la situación de peligro estar presente *ex ante*, es decir, que el peligro en el que se encuentra el bien jurídico que pretende proteger exista antes de la acción del autor y que este prevea su afectación inmediata o posterior en el caso de un peligro permanente (Jescheck, Weigend, 2014). Asimismo, para saber si el bien jurídico es apto para ser afectado en virtud del estado de necesidad no se puede recurrir a una lista enumerada que diga cuáles sí y cuáles no, entonces, se ha propuesto el ejercicio de ponderación donde se valore frente a cada caso concreto para verificar si verdaderamente aquel que se protegió era notablemente superior al afectado en su consideración ético-social. Entre otros criterios se deben tener

en cuenta: la clase de peligro, la proximidad de su materialización, el carácter inminente del daño, la existencia de un deber en cabeza del afectado y la finalidad perseguida por el sujeto activo (Wessels, Buelke, Satzger, 2014).

Entrando, ahora, en los casos particulares se revisará si llenan la totalidad condiciones para que se pueda considerar que obraron bajo un estado de necesidad justificante. Del *Caso 5* se pueden abstraer lo siguiente: (i) el hurto se limitó a un mendrugo; (ii) todo su núcleo familiar está muriendo de hambre; y (iii), no tiene ningún otro medio que garantice la provisión de alimento a su familia.

En ese sentido, existe un peligro para el bien jurídico de la vida y la integridad personal de A y su familia, anterior a la acción y que se prolonga en el tiempo, lo que satisface el requisito de la amenaza actual del interés jurídico. Respecto de la ponderación de los bienes jurídicos puede verse que, el patrimonio económico es el que cede para procurar la vida de una pluralidad de personas famélicas. Asimismo, existe un deber en cabeza del titular del bien jurídico afectado, esto es, el de solidaridad que se ha entendido como la obligación de brindar ayuda a las personas pertenecientes al conglomerado social cuando estas se encuentran en una situación de debilidad y que es impuesta por el mero hecho de pertenecer a la sociedad (Corte Constitucional, 2013 T-413). Por otra parte, no es necesario ahondar mucho para verificar que lo hurtado fue pan por lo cual se excluye cualquier finalidad de enriquecimiento a costa del tercero.

Es preciso señalar que la acción también cumplió con sus condiciones objetivas, pues el mismo sujeto agente antes de emprender los actos ejecutivos del hurto, ante los cuestionamientos que se le realizan sobre los medios legales para conseguir su sustento, responde que le ha sido imposible conseguir trabajo y que no tiene porque soportar las humillaciones derivadas de mendigar. En otras palabras, se encuentra en una situación límite donde es el único proveedor del hogar y el mercado laboral lo rechaza. Ahora, es claro que el pan que se sustrajo de la vidriera, afectando el patrimonio económico, es idóneo para menguar, por lo menos de manera momentánea, la afectación al bien jurídico.

Los argumentos expuestos respecto del estado de necesidad justificante en el *Caso 5* pueden aplicarse en le mismo sentido al *Caso 6* pues lo supuestos de hecho son análogos, tanto en lo hurtado que en ambos casos fue únicamente pan para evitar la inminente muerte por imitación de miembros del grupo familiar, en este caso, su madre. Particularmente ese último aspecto merece mención, pues la búsqueda de alimento para la madre no admitía ninguna clase de dilación en el tiempo pues se hace énfasis en que está a punto de morir, sin saber si pasará la noche, lo cual es suficiente muestra de la

actualidad del peligro requerida en el estado de necesidad justificante por lo que se concluye que es aplicable, también, al *Caso 6*.

10. Delito pasional.

10.1. Caso 7. Dicen que dicen.

Vení, acercáte, no tengas miedo, que tengo el puño, ya ves, anclao. Yo sólo quiero contarte un cuento de unos amores que he balconeao. Dicen que dicen, que era una mina toda ternura, como eras vos, que jué el orgullo de un mozo taura de fondo bueno... como era yo.

Y bate el cuento que en un cotorro que era una gloria vivían los dos. Y dice el barrio que él la quería con la fe misma que puse en vos. Pero una noche que pa' un laburo el taura manso se había ausentao, prendida de otros amores perros la mina aquella se le había alzado.

Dicen que dicen, que desde entonces ardiendo de odio su corazón, el taura manso buscó a la paica por cielo y tierra como hice yo. Y cuando quiso, justo el destino, que la encontrara, como ahura a vos, trenzó sus manos en el cogote de aquella perra... como hago yo...

Deje vecino... No llame a nadie. No tenga miedo, estoy desarmao. Yo sólo quise contarle un cuento, pero el encono me ha traicionao... Dicen que dicen, vecino, que era todo ternura la que murió... Que jué el orgullo de un mozo taura de fondo bueno... como era yo... (Delfino, Ballesteros, Gardel, 1930).

Síntesis del *Caso 7*: A como consecuencia del odio que le generó el abandono de B, luego de buscarla incesantemente le dio muerte ahorcándola con sus manos.



Figura 13 Caso 7

Figura 14 QR Dicen que dicen

10.2. Caso 8. El ciruja.

Como con bronca, y junando de rabo de ojo a un costado, sus pasos ha encaminado derecho pa'l arrabal. Lo lleva el presentimiento de que, en aquel potrerito, no existe ya el bulincito que fue su único ideal.

Recordaba aquellas horas de garufa cuando minga de laburo se pasaba, meta punguia, al codillo escolaseaba y en los burros se ligaba un metejón; cuando no era tan junao por los tiras, la lanceaba sin tener el manyamiento, una mina le solfeaba todo el vento y jugó con su pasión.

Era un mosaico diquero que yugaba de quemera, hija de una curandera, mechera de profesión; pero vivía engrupida de un cafiolo vidalita y le pasaba la guita que le shacaba al matón.

Frente a frente, dando muestras de coraje, los dos guapos se trenzaron en el bajo, y el ciruja, que era listo para el tajo, al cafiolo le cobró caro su amor.

Hoy, ya libre'e la gayola y sin la mina, campaneando un cacho'e sol en la vedera, piensa un rato en el amor de su quemera y solloza en su dolor. (De la Cruz, E., Marino, A., & Sosa, J., 1950)

Síntesis del *Caso 8*: *C*, quien está enamorado *D*, dolido por la relación que *D* tiene con el proxeneta *E* decide batirse en duelo con este y le da muerte.



Figura 15 Caso 8

Figura 16 QR El ciruja

10.3. Caso 9. Justicia criolla.

¿Han venido a prenderme? Ya estoy listo. La cárcel a los hombres no hace mal. ¡Aquí me tienen! ¡Yo no me resisto! ¡Estoy vengado! ¡Soy el criminal!

¡Al fin pude ahogar mis hondas penas! ¡Qué importa de las otras que vendrán! Yo no he de lamentar mis horas buenas, las malas, como vienen ya se irán.

Antes, permitan que estampe, un beso a mi pobre hijita; que ha quedado huerfanita, en el seno del hogar. ¡Venga un abrazo, mi nena!, quédese con la vecina; su padre va hasta la esquina, prontito ha de regresar.

¡Vamos, pronto, oficial! ¡Y no se asombre, del llanto que en mis ojos usted ve! ¡He dicho que la cárcel es para el hombre, y allá voy, aunque en ella moriré!... ¡Es que pienso en este ángel que yo dejo y mis lágrimas vierto sin querer!... Por lo demás, yo digo, mi pellejo bien sé poco y nada ha de valer.

¡Mañana, cuando ella moza, sepa el final de la madre que no piense que fue el padre, un borracho, un criminal! Díganle que yo la he muerto, porque fue una libertina: ¡haga el favor, mi vecina! ¡Vamos, señor oficial! (Iriarte, R., Brancatti, F., & Goyeche, Í., 1927)

Síntesis del *Caso 9*: *F* dio muerte a su pareja sentimental *G* como consecuencia de su libertinaje.



Figura 17 Caso 9

Figura 18 QR Justicia criolla

10.4. Caso 10. Noche de reyes.

La quise como nadie tal vez haya querido y la adoraba tanto que hasta celos sentí. Por ella me hice bueno, honrado y buen marido y en hombre de trabajo, mi vida convertí. Al cabo de algún tiempo de unir nuestro destino nació un varoncito, orgullo de mi hogar; y era mi dicha tanta al ver claro mi camino, ser padre de familia, honrado y trabajar.

Pero una noche de Reyes, cuando a mi hogar regresaba, comprobé que me engañaba con el amigo más fiel. Y ofendido en mi amor propio quise vengar el ultraje, lleno de ira y coraje ¡sin compasión los maté!

Qué cuadro compañeros, no quiero recordarlo, me llena de vergüenza, de odio y de rencor. ¡De qué vale ser bueno! Si aparte de vengarme clavaron en mi pecho la flecha del dolor. Por eso compañero, como hoy es día de Reyes, los zapatitos el nene afuera los dejó. Espera un regalito y no sabe que a la madre por falsa y por canalla, ¡su padre la mató! (Maffia, P., Curi, J., & Gardel, C., 1927

Síntesis del *Caso 10*: *H*, encontró a su esposa *I* cometiendo actos de adulterio con su amigo cercano *J*, en la noche del día de Reyes, llevado por la ofensa a su honor dio muerte a ambos.



Figura 19 Caso 10

Figura 20 QR Noche de reyes

Como se mencionó, en el capítulo preliminar, el tango tiene su origen en la corriente del romanticismo que llegó de manera tardía a la Latinoamérica impactando tanto nuestras legislaciones como las demás manifestaciones de la cultura. En el tango canción no es particularmente difícil encontrar esta influencia, pues, la más somera revisión podrá encontrar exaltaciones del coraje, del dolor, del sufrimiento, del amor, y un largo etcétera. Y, en esa misma línea, estos cantos populares justifican completamente toda conducta que se realice en nombre de las pasiones.

Los casos que preceden a esta breve reflexión son una importante muestra de ello, como puede verse todos tienen un fatal desenlace como derivado de la decepción en lo que respecta a las expectativas amorosas del hombre¹⁶. Así, con base en los hechos que allí se narran se verá el impacto de la experiencia emocional de los sujetos (Jimeno, 2004), en la comisión de conductas punibles y sus consecuencias en la teoría del delito.

Hay que ser cuidadoso cuando se trata del delito pasional, porque en cierta medida es un discurso de poder a partir del cual, en la mayoría de los casos, se justifican actos con no merecen tal tratamiento resultando en la perpetuación de las jerarquías tradicionales del género, otorgando al hombre un tratamiento diferenciado ante la ley y relegando a la mujer a ser un mero objeto de las pasiones de estos (Jimeno, 2004).

Castro (2017), afirma que en el pensamiento colectivo el delito pasional se entiende como el homicidio (¿feminicidio?) que se presenta ante la existencia de un triángulo amoroso. Por su parte, trayendo a colación a (Palacio, 1969) lo entendemos como una manifestación delictual, en virtud de la cual, ante una ofensa “injusta” al honor o a los sentimientos del autor, este por superioridad narcisista impone su emoción sobre la vida del ofensor. Así mismo afirma Ferri que “(...) *y es el amor la más humana y la más terrible de todas las pasiones; y es por ello, el delito provocado por el amor contrariado, el delito pasional por excelencia*” (2000, p. 5).

La citada profesora Jimeno (2014) considera que un delito pasional deviene de la situación de tensión que se vive en la relación de pareja cuyo debate entre la permanencia y la ruptura es una premonición de un desenlace violento, por considerarse la única vía de escape a los efectos nocivos de la estropeada relación.

Nuestras codificaciones penales han otorgado diversos tratamientos a esa manifestación común del delito pasional, esto es, el que se derivada del adulterio. El artículo 591 numeral 9° de la Ley 19 del año 1890 era del siguiente tenor:

El homicidio es inculpable absolutamente, cuando se comete en cualquiera de los casos siguientes:

9. En el de cometer el homicidio en la persona de su mujer legítima, ó de una descendiente del homicida, que viva á su lado honradamente, á quien sorprenda en acto carnal con un hombre que no sea su marido; ó el que

¹⁶ Este no es un detalle menor, pues es una muestra del profundo machismo de las sociedades latinoamericanas de los siglos XIX y XX representado en sus cantes populares.

cometa con la persona del hombre que encuentre yaciendo con una de las referidas; y lo mismo se hará en el caso de que los sorprenda, no en acto carnal, pero sí en otro deshonesto, aproximado ó preparatorio de aquel, de modo que no pueda dudar del trato ilícito que entre ellos existe. (Congreso de la República, Ley 19 de 1890)

Posteriormente, en el artículo 383 de la Ley 95 del año 1936 se consagró de una forma completamente distinta:

Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por el cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, hija o hermana, de vida honesta, a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, se impondrá las respectivas sanciones de que tratan los dos Capítulos anteriores, disminuidas de la mitad a las tres cuartas partes.

Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al que en estado de ira o de intenso dolor, determinados por tal ofensa, cometa el homicidio o las lesiones en las personas mencionadas, aun cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal.

Cuando las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad en el imputado, puede otorgarse el perdón judicial y aun eximirse de responsabilidad. (Congreso de la República, Ley 95 de 1936)

El salto dogmático entre estas dos codificaciones penales fue grande, porque como puede verse en la primera la conducta era “*absolutamente inculpable*” por lo cual solo se configuraba un injusto, mientras que en la otra aunque se reconocía una disminución punitiva por la concurrencia de circunstancias que afectaban la culpabilidad, como consecuencia de la alta influencia del positivismo penal en el Código Penal de 1936, se consagró el perdón judicial anclado a criterios de la peligrosidad del autor.

Ahora bien, este concepto no puede limitarse de manera arbitraria al homicidio que se presenta en la relación de pareja, porque esto sería reducir el género a su especie más común. Séneca en su dialogo sobre la ira dijo:

Y si ahora quieres fijar la atención en sus efectos y en los perjuicios que causa, ninguna catástrofe ha significado más para el género humano. Verá matanzas, venenos, acusaciones mutuas de reos, destrucción de ciudades, ruina de pueblos enteros, cabezas de hombres importantes puestas a

pública subasta, antorchas lanzadas contra los edificios, fuegos que no se limitan al recinto amurallado, sino que alcanzan inmensos espacios abiertos iluminados por el fuego provocado por el enemigo. Contempla los cimientos de ciudades famosísimas apenas reconocibles: las echó abajo la ira (Séneca, 1997, p.67).

En efecto, las pasiones no lo están presentes en las relaciones de pareja, sino que permean toda la actividad humana, nada se hace sin su intervención. Ahora, en lo atinente al campo jurídico-penal, las pasiones serán relevantes solo en el momento que tengan la entidad suficiente para afectar la capacidad de autodeterminarse de quien materializa un injusto dominado por esos impulsos primitivos (Carrara, 1983).

El maestro italiano considera que la concurrencia de las pasiones en la comisión de una conducta delictiva es una circunstancia que afecta la *fuerza moral* (entendimiento y voluntad) del autor, razón por la cual no puede ser objeto de tratamiento igual que un caso ordinario. Sin embargo, distingue entre el *ímpetu* que se refiere a los impulsos que obran sobre la capacidad de dirigir la voluntad y la variedad de pasiones que pueden concurrir en una acción criminosa; afirma que el amor, la amistad o los celos, no son pasiones que exciten el *ímpetu*, sino que son la base para que se generen las verdaderas reacciones de ira, dolor y miedo (Carrara, 1983). Dispone que, para que el ímpetu en la reacción pueda afectar la responsabilidad del agente deben darse los siguientes requisitos: (i) una acción rápida; (ii) impulsiva o que reduzca la calma ordinaria; y (iii), la consciencia en el sujeto de que está reaccionando a una ofensa injusta. Lo cual puede contrastarse con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal en lo atinente a la aplicación del artículo 57 de la Ley 599 del 2000¹⁷, donde considera que es necesario que se presente un comportamiento de un tercero que sea grave e injusto en consideración al autor, generador de un estado de ira y que exista una relación causal entre ambos (CSJ SP, 30 jun. 2010, rad. 33.163).

Los casos revisados presentan el mismo resultado consistente en el homicidio o concurso simultáneo y homogéneo de homicidios, como consecuencia de la verificación de un acto de adulterio. Es necesario subrayar que lo importante en estos casos no es tanto el resultado como el proceso que llevó al sujeto a este, lo que se examinará es si el autor estaba afectado, usando las palabras de Carrara, en su fuerza moral *ex ante*.

¹⁷ Artículo 57 de la Ley 599 del 2000. El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado, incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición.

El **Caso 7** no está en el primer lugar de la lista por mera arbitrariedad, sino que se ha situado allí porque de entrada riñe con uno de los requisitos que se han establecido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia para el reconocimiento de la atenuante por estado de ira. Ciertamente *A* en la descripción que hace de los hechos usa expresiones que demuestran su estado de exaltación como tales como “*ardiendo de odio su corazón*”, “*encono*”, por lo cual no queda duda del sentimiento de ira, producto del abandono de *B* quien se fue con otros “*amores perros*”. Asimismo, es claro que *A* considera que *B* se comportó de una manera grave e injusta en contra de él, pues no comprende cómo decide renunciar a su amor sabiendo que ella era su orgullo, que eran reconocidos como una pareja feliz y el un hombre trabajador. Por esta razón se puede afirmar que *B* ofendió de manera injustificada el honor y las expectativas de fidelidad de *A* por lo cual se entiende satisfecho este requisito. Ahora, se ha dicho que para que concurra el atenuante además de la afectación emocional y la consciencia de que el acto del otro es injusto, la reacción debe ser impulsiva, inmediata, excluyendo de suyo, la premeditación.

Conviene destacar que lo que se busca con el reconocimiento de la atenuante no es la justificar personalidades iracundas ni venganzas personales, sino que el sujeto al momento de obrar no pudo control su voluntad de manera completa. En el **Caso 7** no puede afirmarse que el autor hay actuado llevado por el ímpetu de ira porque su reacción a la ofensa no fue ni impulsiva, ni inmediata, por el contrario, fue una acción premeditada pues su mismo autor reconoce que la buscó por cielo y tierra para poder matarla. En definitiva, *A* en el transcurso de su incansable búsqueda tuvo la oportunidad de reflexionar sobre su fin homicida y no lo hizo, es decir, su voluntad si bien si estaba dirigida por la emoción y por la ofensa, no afectó su capacidad de determinarse.

Préstese atención ahora al **Caso 8**, pues en este hay una variación de las circunstancias, particularmente en lo que respecta al sujeto pasivo, los medios y la situación de confrontación. Aquí existe un triangulo amoroso conformado por *C*, *D* y *E*, donde *C* está enamorado de *D*, quien prefiere los favores del *cafiolo* *E*. Hasta aquí todo igual, hay una situación de desamor de la cual resulta un homicidio, sin embargo, el detalle está en la manera en la que se materializa ese resultado: una riña.

Regresando a los requisitos propuestos por el maestro Toscano, podemos ver que existe una acción impulsiva o inmediata, provocada por un sentimiento de ira. Sin embargo, se hace problemático reconocerle el carácter de agresión injusta a la conducta de *D* y *E*, porque si bien la unión de estos es la que provoca el duelo que resulta fatal para *E*, no es posible darle el carácter de comportamiento gravemente injusto a cualquiera que no se compadezca con las expectativas emocionales del autor. De lo contrario, el

atenuante resultaría siendo un instrumento que favorezca el actuar caprichoso y narcisista de este.

Hecha esta reflexión, se anota que, el homicidio producto del duelo sí puede ser objeto de atenuación punitiva cuando concurra la agresión injusta, porque no todas las veces que el agente de la conducta reaccione a la ofensa encontrará al sujeto pasivo desprevenido. De tal suerte que, si se reconociera que la ofensa del *cafiolo* a *C* hubiese sido gravemente injusta nada obstaría para el reconocimiento de la atenuante, porque lo que interesa es que el sujeto vio afectada su capacidad de detenerse y no batirse en duelo. Apuntando, además, que en el momento en que los guapos están *trenzados*¹⁸ el estado de ira se mantiene durante el tiempo de la lucha hasta la consecución del resultado mortal.

Se ha repetido en el decurso de este aparte que el reconocimiento de la atenuante por el estado de ira no pretende justificar personalidades iracundas ni vendettas personales, como si el derecho penal fuera una evocación fuera del romanticismo literario. Por el contrario, la legitimidad de una figura como esta reside en su correcta aplicación, y, en ese sentido se abordará el *Caso 9*. De entrada, se ve que el autor *F* está preparado para ser aprehendido por la autoridad dice estar preparado para la cárcel pues ella no hace mal al hombre y los únicos detalles de los hechos se conocen cuando hace el pedido a su vecina de que le haga saber a su pequeña niña, cuando alcance la edad apropiada, que ha matado a su madre por su conducta moralmente desobligada.

Aquí, a menos que se entraran a realizar suposiciones a las que no hay lugar, debe excluirse la aplicación de la diminuyente. A diferencia de los casos ya revisados en este no se relata un suceso particular de adulterio que pudiera generar la exaltación emotiva del autor y que este reaccionara obnubilado causando el resultado fatal, aquí *F* si bien sí considera la conducta libertina de *G* como injusta en la relación, pero como se refiere a la actitud general de su compañera mal se haría al darle el mismo tratamiento de la agresión injusta que se ha dispuesto como requisito. Lo contrario sería asignarle a *F* la posición de justiciero, facultándolo para aplicar la pena de muerte por el comportamiento moralmente reprochable de su pareja sentimental, cuando el avance del derecho penal ha superado el considerar las inmoralidades como delito (Roxin, 2008).

Ahora, el *Caso 10* sí presenta una sería de elementos que permiten aseverar la existencia de la esta circunstancia de menor punibilidad. Porque si se presta atención la situación fatal se desenvuelve en el siguiente contexto: (i) celebración del día de Reyes;

¹⁸ En lunfardo la palabra *trenzarse* hace referencia a una pelea o una riña.

(ii) presencia del hijo menor en la casa donde se cometió el adulterio; y (iii), relación de amistad cercana con el mancebo adúltero. Es importante comprender el contexto en el que se desarrolló porque esa fue la base sobre la cual el agente valoró el comportamiento como injusto y no pudo frenar sus impulsos.

El autor cuenta que comprobó la infamia la noche de Reyes cuando regresaba a su casa, y afirma: *“lleno de ira y coraje, sin compasión los maté”*. A partir de esto se puede afirmar la existencia del ímpetu iracundo, y, si se subraya el aspecto de que los mató sin compasión producto de esas emociones se comprueba que no existió un atisbo de control en sus actos, lo que da cuenta de la mengua de la voluntad de *H* como resultado del acto injusto. Asimismo, la reacción ante la ofensa fue rápida, pues este afirma que de inmediato vengó el ultraje que sufrió en su amor propio. Además, podrá verse que *H* no se siente satisfecho por el resultado mortal, sino que se debate entre una mezcla de emociones complejas: la vergüenza, el odio y el rencor por lo que no desea recordar los hechos. Esa afirmación, recuerda lo que las resonancias fisiológicas y psicológicas que perduran en el autor de manera posterior a la conducta que se realiza bajo un trastorno mental transitorio, que, sin pretender darle tal categoría a este caso, sí puede servir de base para mostrar como un sujeto cuya voluntad fue doblegada por una pasión primitiva como lo ira demuestra actitudes de profunda contradicción y desazón.

11. Un feminicidio.

11.1. Caso 11. Amablemente.

La encontró en el bulín y en otros brazos... Sin embargo, canchero y sin cabrearse, le dijo al gavilán: "Puede rajarse; el hombre no es culpable en estos casos."

Y al encontrarse solo con la mina, pidió las zapatillas y ya listo, le dijo cual si nada hubiera visto: "Cebame un par de mates, Catalina."

La mina, jaboneada, le hizo caso y el varón, saboreándose un buen faso, la siguió chamuyando de pavadas...

Y luego, besuqueándole la frente, con gran tranquilidad, amablemente, le fajó treinta y cuatro puñaladas. (Rivero, E., & Diez, I., 1963)

Síntesis del *Caso II*: A encuentra a su compañera sentimental B siéndole infiel con C. A ordena a C que se vaya, para después, sin alterarse, acabar con la vida de B con treinta y cuatro heridas de puñal.



Figura 21 Caso 11

Figura 22 QR Amablemente

El *Caso II* parece encuadrarse dentro del arquetipo de delito pasional examinado en el aparte inmediatamente anterior, sin embargo, se verá que la ejecución del injusto que aquí se presenta dista mucho de la circunstancia atenuante de la punibilidad revisada.

Aquí es importante recordar el tratamiento penal que se le dio al homicidio producto del adulterio de la mujer en la Ley 19 de 1890 y la Ley 95 de 1936, las cuales, con grandes diferencias dogmáticas resultaban en la impunidad de esta acción, ora por la inculpabilidad del autor ora por la peligrosidad de este. Con la normativa vigente esta clase de hechos, salvo el comprobado estado de ira o de inimputabilidad, se tipifican de manera autónoma como feminicidio¹⁹. Esto, derivado del compromiso adquirido por el Estado colombiano con la suscripción de la *Convención de Belem do Para*, con la que se pretende sancionar y erradicar las diferentes formas de violencia en contra de la mujer. Debe anotarse que primero se pretendió cumplir el compromiso internacional con la

¹⁹ Artículo 104A de la Ley 599 del 2000. Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión de doscientos cincuenta (250) meses a quinientos (500) meses. a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella. b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad. c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural. d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo. e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no. f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella. (Código Penal, 2015)

consagración de una circunstancia de agravación punitiva del homicidio cuando este se cometiera en contra de una mujer por el hecho de serlo o aprovechando las relaciones asimétricas de poder²⁰.

Se afirma que la tipificación del feminicidio como delito autónomo es un gran paso en el derecho penal que tradicionalmente ha relegado a la mujer a los roles asignados por la sociedad machista y ha otorgado mayor valor a los bienes jurídicos como el honor, la familia o el pudor social sobre sus propios derechos (Benavides, 2017).

En ese mismo sentido, se considera que una de las razones por las que se presenta el feminicidio desde la visión sociológica es cuando esta se “revela” en contra de las expectativas que se asumen sobre su dedicación al hogar y la guarda de la unidad familiar, y como consecuencia de esa defraudación es “castigada” por el hombre por la relación de subordinación (Benavides, 2017).

El *Caso II* de entrada presenta una afirmación lapidaria, porque ante la verificación del adulterio de su compañera cuando llegó al *bulín*²¹ “*le dijo al gavilán*²² *puede rajarse, el hombre no es culpable en estos casos*”. En otras palabras, le está diciendo al hombre que el no ha incumplido ningún deber por lo que no merece reproche alguno de su parte. Posteriormente, reafirmandole su rol le ordena que le traiga las zapatillas que le prepare un par un par de mates, a lo cual accedió la mujer *jaboneada*²³ ante la forma desprevenida en la que estaba actuando su marido.

A luego de disfrutar unos sorbos de la bebida que le preparó *B* y darle un beso en la frente, emprende los actos ejecutivos propinándole treinta y cuatro heridas de puñal. Situación esta que, además de parecer la aplicación racional de la sentencia de muerte por parte del marido ofendido, se comprende muy bien con lo dicho por Carrara (1983) al respecto de los homicidios que se realizan reduciendo la capacidad de la defensa privada de la víctima, particularmente cuando se refiere a aquel cometido con alevosía. En efecto, *A* desde el momento que descubre que ha sido defraudado en sus expectativas amorosas

²⁰ Artículo 26. 1. En los cónyuges o compañeros permanentes; en el padre y la madre de familia, aunque no convivan en un mismo hogar, en los ascendientes o descendientes de los anteriores y los hijos adoptivos; y en todas las demás personas que de manera permanente se hallaren integradas a la unidad doméstica. 11. Si se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer. (Ley 1257, 2008)

²¹ En lunfardo significa pequeño cuartito.

²² En lunfardo se refiere al hombre que ronda a las mujeres y las seduce.

²³ En lunfardo jabonearse hace referencia a asustarse.

en vez de reaccionar de inmediato se mostró *canchero*²⁴ y sin *cabrearse*²⁵, es decir, mostró una actitud tranquila que no le permitió a *B* deducir el ataque inminente, tanto así que lo que precedió al ataque mortal fue un beso.

En palabras de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Plena este tipo de casos se presentan en los contextos de las parejas heterosexuales cuando la mujer escapa del control del hombre, y bajo la idea de que le pertenece le causa la muerte con el fin de que “*no sea de nadie más*” (CSJ SP, 4 mar. 2015, rad. 41.457).

12. Error de prohibición.

12.1. Caso 12. Ladrillo.

Allá en la Penitenciaría Ladrillo llora su pena, cumpliendo injusta condena, aunque mató en buena ley.

Los jueces lo condenaron sin comprender que Ladrillo fue siempre bueno y sencillo, trabajador como un buey.

Ladrillo está en la cárcel... el barrio lo extraña. Sus dulces serenatas ya no se oyen más.

Los chicos ya no tienen su amigo querido, que siempre moneditas les daba al pasar.

Los jueves y domingos se ve una viejita llevando un paquetito al que preso está.

De vuelta la viejita los chicos preguntan: —Ladrillo, ¿cuándo sale? —Dios sólo sabrá...

El día que con un baile su compromiso sellaba un compadrón molestaba a la que era su amor. Jugando entonces su vida, en duelo criollo, Ladrillo, le sepultó su cuchillo partiéndole el corazón. (Filiberto, J., Caruso, J., & Corsini, I., 1927)

²⁴ En lunfardo se refiere a una persona habilidosa o que domina completamente una determinada situación.

²⁵ En lunfardo se refiere a rabiar, enojarse, impacientarse.

Síntesis del *Caso 12*: A, convencido de que obraba en legítima defensa, mata a B por las ofensas que realiza en contra de su prometida.

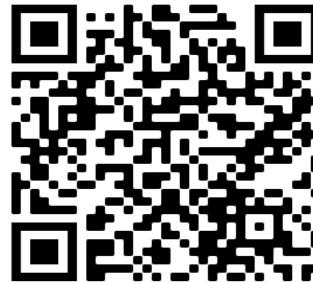


Figura 23 Caso 12

Figura 24 QR Ladrillo

El principio de culpabilidad afirma que el poder del estado solo se puede manifestar en forma de pena cuando se compruebe que el autor puede ser reprochado de manera personal por los hechos, constituyéndose como una garantía del ciudadano ante el poder apabullante del estado (Jescheck, Weigend, 2014). En ese sentido solo podrá ser objeto del reproche aquel que realice un injusto penal con la capacidad de comprender y determinarse frente a la conducta, y que al momento de los hechos se encuentre en la posición de conocer su carácter antijurídico y que no le fuera exigible una conducta diferente conforme a derecho.

En ese sentido es preciso afirmar que en cualquier escenario de la vida es posible que se den representaciones inexactas de la realidad y que, por tanto, se tomen decisiones equivocadas con fundamento en esa concepción desacertada de la realidad. En el campo jurídico-penal el error se presenta como la ignorancia de los elementos que configuran la conducta punible o como la comprensión distorsionada de la prohibición (Muñoz Conde, 1989). Cuando el error se presenta sobre los elementos estructurales del comportamiento típico, será de prohibición directo; en cambio, cuando se presenta sobre la existencia o los límites de una causal de justificación, será de prohibición indirecto (Wessels, Buelke, Satzger, 2018).

Frente al caso de *Ladrillo* o A, para estos efectos, es preciso afirmar que su acción es típica de homicidio, pues del relato no se ofrece ninguna duda de que la dirección que le dio al curso causal resultó segándole la vida a B. Esa acción fue realizada con dolo porque el sujeto tenía pleno conocimiento del carácter prohibido de dar muerte a otro y, no obstante, determinó su voluntad a su realización. Es antijurídica en tanto, además de la

contradicción con el ordenamiento jurídico causó una lesión al bien jurídico vida sin que obrare ninguna causal de justificación. Ahora, ¿ese injusto penal es culpable?

Como se anticipó, los elementos de la culpabilidad son la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta conforme a derecho. El concepto aquí explorado se fundamenta en una comprensión distorsionada de la realidad jurídica que rodea a un determinado comportamiento, por lo que, como es apenas obvio, afecta el conocimiento de la antijuridicidad. Pero aquello no es tan simple. Quien obra bajo la consciencia absoluta y errada de que su comportamiento no sobrepasa la esfera de los que está permitido, obra bajo un error de prohibición directo excluyendo la consciencia de la antijuridicidad, pues al no tener conocimiento del injusto queda fuera del alcance del mandato normativo (Roxin, 2008). El escenario es distinto cuando se está en presencia del error de prohibición indirecto respecto de la existencia o alcance de una causal de justificación, pues en esencia el sujeto que cree estar amparado por el ordenamiento para afectar un bien jurídico fue alcanzado por el mandato normativo del tipo, pues, quien mata a su agresor creyendo erróneamente que está justificado para hacerlo conoce el mandato inherente al tipo penal del homicidio *no matar*. Sin embargo, la inculpabilidad de quien obra bajo un error sobre la existencia o el alcance de la justificación no se deriva de un absoluto desconocimiento del mandato normativo, sino que esta deviene del conocimiento precario.

Ciertamente cuando *A* decide confrontar a *B*, comprende que causar lesiones o segar la vida de otro no está permitido por el ordenamiento jurídico, así como comprende que una persona no puede realizar imputaciones deshonrosas a otra, como las que el sujeto pasivo lanzó en contra de su prometida. Hasta allí puede pensarse que *A* como hombre adulto es alcanzado por los mandatos normativos. No obstante, el relato cuenta que: “*Allá en la Penitenciaría Ladrillo llora su pena, cumpliendo injusta condena, aunque mató en buena ley*”. Aquello relevante, pues como se dejó claro en el capítulo que abordó el fenómeno criminal en el tango, el imaginario colectivo tenía interiorizados una serie de valores que muchas veces no se compadecían con el ordenamiento jurídico, llegando al punto, como se ve en este caso, de afirmar que se ha matado en buena ley.

Ahora bien, la sola *incognoscibilidad* del mandato normativo por una suposición errada de realidad jurídica no excluye de manera inmediata la punibilidad, pues para que esto suceda debe verificarse que el sujeto agente de la conducta solo hubiera podido satisfacer la fidelidad a la norma, realizando esfuerzos cuasi imposibles para conocerla. En el caso concreto, la balanza se inclina por pensar que la culpabilidad de sujeto sí está disminuida por la concurrencia del error de prohibición sobre la existencia de una legítima defensa pues *A* el día de su compromiso de bodas presencia una situación donde

B está profiriendo afirmaciones deshonrosas en contra de su prometida, esto es, una agresión injusta y actual a un bien jurídico de otro, y con el pleno convencimiento de estar obrando en buena ley, es decir, bajo una causal legal de justificación, *defiende* el derecho a la honor de su futura esposa causándole la muerte con su puñal.

13. Imputación objetiva.

13.1. Caso 13. Desdén.

El día que comparezca ante el tribunal de Dios, a dar cuenta de mi vida, que me complicaste vos; el día que francamente a su ley, de mala fe, al hacer de vos un culto, ¡al amarte más que a él! ¡que robé por tu cariño! ¡que maté ciego de amor! Puede ser que el Dios piadoso la verdad clara y culpable que a Dios no puede escapar y le diga que he faltado yo tenga que declarar, quiera darme su perdón.

Desdeñé mi vida entera en la hoguera de tu amor, esperando lo que fuera... sin decirte ni siquiera que es mi pena y mi dolor. Sin embargo, ante el Eterno, será el mismo mi desdén... En mi amor profundo y tierno por seguirte hasta el infierno ¡yo desprecié el Edén!

Pero el día de tu "juicio" yo no sé que le dirás, cuando sepas que has pecado por capricho y vanidad; cuando sientas la mirada penetrante del Señor ¡que te llegará hasta el alma como un rayo escrutador! Y te acuse tu conciencia al mostrarte aquel puñal que vos misma, tan cobarde, le entregaste a mi rival; que no contenta con eso, ¡me mandaste a la prisión! por más que vos te arrepientas, ¡no podrás tener perdón! (Battisella, Gardel, 1933)

A presenciando la pelea entre su pareja *B* y su amante *C*, decide pasarle un cuchillo a su amante con el fin de que sea superior en el altercado. No obstante, *B* lo desarma y con ese mismo cuchillo da muerte a los dos.



Figura 25 Caso 13

Figura 26 QR Desdén

El derecho penal actual se está enfrentando a un fuerte proceso de normativización, habida cuenta que la comprensión del delito como la lesión a bienes jurídicos y su concepción únicamente naturalista se queda corta frente a las necesidades de la sociedad moderna, es por esto por lo que en la discusión de la dogmática actual la imputación objetiva se ha hecho protagonista por ser una herramienta precisa para hacer frente a las relaciones complejas de una manera normativa (Caro Jhon, 2008). Siguiendo a Jakobs (1998), se comprende que es la teoría por medio de la cual se imputa a quien aportó la causa decisiva en el curso lesivo. En palabras de Damásio de Jesús (2006) atribuirle a un sujeto el resultado que típico que se materializó como consecuencia de su conducta creadora de un riesgo prohibido, formulación parecida a la de Roxin (2008) que es del siguiente tenor: “En resumen, pues, *se puede decir que la imputación al tipo objetivo presupone la realización de un peligro creado por el autor y no cubierto por un riesgo permitido dentro del alcance del tipo*”.

Asimismo, en Jakobs (1998) encontramos que el elemento objetivo en la imputación es el comportamiento, en cuanto este defraude las expectativas normativas que la sociedad tiene frente al rol en el que este se desenvuelve, en ese sentido el autor considera que la importancia de la imputación objetiva es notable cuando se trata de comportamientos imprudentes, pues, generalmente, cuando el comportamiento es doloso salta a la vista la desviación del autor frente a su rol. Lo dicho frente a los comportamientos dolosos es particularmente evidente cuando se trata de conductas que atentan contra la vida y la integridad personal, sin embargo, ello no es tan sencillo cuando existen personas intervinientes en el curso lesivo sin llegar ser, la causa definitiva en la generación del resultado típico.

Es que como se dejó claro arriba, en el tráfico jurídico normal de la vida moderna se caracteriza por ser dinámico y sumamente complejo. En virtud de esa complejidad, nadie puede garantizar que una acción que lleve a cabo en desempeño de sus actividades normales no resulte en una colaboración para que otro realice una conducta punible. Este es el argumento central de la prohibición de regreso y se denominan acciones neutrales (Caro Jhon, 2008). Ahora, está claro que se predica la neutralidad de la conducta mientras que el sujeto se comporte dentro de su rol social, sin embargo, dicha neutralidad se comienza a desvanecer cuando, si bien este se encuentra en ejercicio de su actividad cotidiana, conoce que el servicio o bien que le facilita a otro la comisión de una conducta punible, será necesario verificar la posición de garante del autor, pues según el concepto de Jakobs (2011) citado en (Caro Jhon, 2008), la imputación objetiva puede reducirse a constatar en la situación quién es garante y de qué lo es.

Con base en lo anterior debe constatarse si a quien realiza un comportamiento en principio neutral, superó los límites de su rol o si omitió adecuar su comportamiento conforme al deber de solidaridad que le exige la sociedad, pues la existencia de obligaciones especiales por su posición en la sociedad, no excluyen las propias de ser un ciudadano cuyo principal mandato es *no dañar* (Caro Jhon, 2008). En ese orden de ideas es claro que el derecho penal no les exige a las personas comportarse como súper héroes en el sentido de exigirles evitar la consumación de cualquier daño del que tengan conocimiento según el contexto en el que se ubiquen, no obstante, le asiste el deber jurídico de no incrementar el peligro del bien jurídico bajo la excusa de la neutralidad de su acción. Al respecto, Caro Jhon presenta el paradigmático caso del vendedor de cuchillos que vende uno a uno de los participantes de una rifa dentro de un comercio, teniendo como resultado la muerte de alguno de los participantes. En efecto, este está legitimado para vender su mercancía a cualquiera que esté dispuesto a pagarle el precio, sin embargo, lo que aquí se le reprocha es su desinterés frente a los bienes jurídicos de un miembro de su comunidad que serán menoscabados de forma inminente volviendo más gravosa la situación de este con su decisión de vender el arma.

De entrada, se encuentran ciertas similitudes entre la situación narrada en el *Caso 13* con ejemplo clásico del vendedor de cuchillos, en esencia, la acción es la misma: entregar un puñal a otro, uno recibiendo una contraprestación y A por mera liberalidad. Otra similitud es el conocimiento de las consecuencias nocivas del comportamiento para los intereses jurídicos de un tercero, pues en ambos casos es palmaria por la situación de confrontación. No obstante, el conocimiento de quien vende el cuchillo no se desvía del cause de su rol de vendedor, sino que obra de manera apática vulnerando el deber jurídico de solidaridad por anteponer su interés económico sobre la evitación o agravación de un daño. Sin embargo, en los hechos bajo análisis A defraudó completamente las expectativas asignadas a su rol de compañera sentimental y las derivadas del deber jurídico de solidaridad, pues obviando el tema de la infidelidad, incrementó el peligro en el que se encontraba la integridad física de B. Esto hace mutar su acción inicialmente atípica, pues entregar un cuchillo a otro no constituye *per se* una conducta penada, en una participación en el tipo de lesiones.

Para Jakobs (2011) será participe todo aquel que intervenga en la realización de una conducta típicamente objetiva, antijurídica y dolosa. Así, es claro que en el *Caso 13* hay una clara situación de complicidad en el entendido que en el momento en que A entregó a C el puñal sabía que este estaba lesionando a B en su integridad física, siendo claro su intención de prestarle auxilio para que resultare vencedor en dicho altercado. Es por esto, que se zanja toda duda sobre la imputación objetiva de tipo de lesiones en calidad de

cómplice, por facilitar al autor los instrumentos necesarios para la completa realización de su conducta.

Conclusiones

La presente monografía arroja una conclusión necesaria y, quizá, la más aporta al panorama de los estudios en derecho y es que: las producciones culturales son una herramienta idónea para el estudio del derecho. Como pudo observarse en todo el trabajo, las situaciones que se narran en los productos culturales seleccionados, en este caso el tango, no solo permitirían un análisis desde el derecho penal, sino que se abre la puerta para estudios de género, de derechos civiles y políticos, así como un largo etcétera de problemáticas jurídicas que se pueden encontrar. De tal suerte que este trabajo es una invitación a encontrar las intersecciones del derecho y la cultura, pues aquello no es un ejercicio vano, sino que redundante tanto en la academia como práctica, porque no hay forma de entender el derecho que conociendo y reconociendo la realidad de la que hace parte.

También es importante resaltar que la teoría del delito demuestra su importancia y la necesidad de su estudio en las facultades de derecho, pues no se agota en las profundas elucubraciones de los manuales de derecho penal, sino que es posible eliminarle ese halo de inalcanzable con el cual la revisten algunos doctrinantes para hacerla nuestra y demostrar que puede ser útil en todos los escenarios jurídico-penales donde se lleve.

Por último, es menester afirmar que el hondo trasegar por las sendas del tango y del derecho penal permiten concluir que, el primero habida cuenta del contexto social donde se origina cuenta con la presencia de pluralidad de figuras criminales que pueden ser vistas desde el punto de vista de la criminología o del derecho penal. Por su parte frente el segundo, sirviendo de prisma para observar tango, se evidencia que el estudio de la teoría del delito puede servirse ampliamente de los hechos que allí se describen para hacer más cercana la comprensión de sus categorías dogmáticas a quien se interesa por su estudio, pues, por ser tan variada la naturaleza de los casos, se tiene allí una amplia fuente de consulta. La segunda conclusión es que empresas como esta no solo son posibles con el tango, sino que es posible aplicarla con las demás representaciones culturales y demás áreas de la práctica y dogmática jurídica, bajo la premisa de que el derecho es en sí mismo una representación cultural por lo que su estudio no puede serle indiferente a las demás.

14. Bibliografía

- Agudelo Betancur, N. (1991). *El trastorno mental transitorio como causal de inimputabilidad en el nuevo código penal, primera parte*. Medellín: Nuevo Foro Penal.
- Agudelo Betancur, N. (2019). *El trastorno mental transitorio: una base para su diagnóstico*. Medellín: Nuevo Foro.
- Agudelo Betancur, N., 2002. *Curso de derecho penal*. Colombia: Librería Temis.
- Bacigalupo, E., 1989. *Manual de derecho penal*. Bogotá: Temis.
- Benavides Herrera, V. (2017). *La construcción del rol de la mujer en el derecho penal: Una mirada desde la aplicación de la “ira o intenso dolor” como atenuante en casos de feminicidio por celos en Colombia*. Universidad Nacional de Colombia.
- Bonessi, E., Bonnet, J., & Gardel, C. (1930). Buenos Aires: Odeon. Retrieved from <https://www.todotango.com/musica/tema/3176/Matala/>
- Borges, J. (2016). *El tango: cuatro conferencias* [Ebook]. Buenos Aires: Martin Hadis.
- Carrara, F., 1983. *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá: Temis.
- Castro López, O. (2017). *Crímenes Pasionales en Colombia, 1890-1936* (Doctorado). Universidad Nacional de Colombia.
- De Jesus, D., 2006. *Imputacion objetiva*. Montevideo: B de F.
- De la Cruz, E., Marino, A., & Sosa, J. (1950). *El Ciruja*. Buenos Aires: RCA Víctor.
- Fernández Carrasquilla, J., 1993. *Derecho penal fundamental*. Bogotá,: Temis.
- Filiberto, J., Caruso, J., & Corsini, I. (1927). *Ladrillo*. Buenos Aires: Odeon. Retrieved from <https://www.todotango.com/musica/tema/637/Ladrillo/>
- Flores, C., Pereyra, E., & Gardel, C. (1932). *Pan*. Barcelona: Odeon. Retrieved from <https://www.todotango.com/musica/tema/443/Pan/>
- Frisch, W., Cuello Contreras, J. and Serrano González de Murillo, J., 2018. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madrid: Marcial Pons.
- Gallucci, A., Yiso, R., & Dante, C. (1948). *Cuatro Líneas para el Cielo*. Buenos Aires: Odeon. Retrieved from <https://www.todotango.com/musica/tema/696/Cuatro-lineas-para-el-cielo/>

- García-Olivares, A. (2011). La filosofía de los cantes desgarrados: una epistemología popular. *Acciones E Investigaciones Sociales*, (17), 215-238. doi: 10.26754/ojs_ais/ais.200317258
- Gobello, J. (1991). *Diccionario Lunfardo*. Buenos Aires: Editorial Corregidor.
- Gobello, J. (1999). *Breve historia crítica del tango*. Buenos Aires: Ed. Corregidor.
- Iriarte, R., Brancatti, F., & Goyeche, Í. (1927). *Justicia Criolla*. Buenos Aires: RCA Víctor. Retrieved from <https://www.todotango.com/musica/tema/1114/Justicia-criolla/>
- Jakobs, G., 1998. *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, G., 2011. *Derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas.
- Jescheck, H. and Weigend, T., 2014. *Tratado de derecho penal*. Granada: Comares.
- Jesus, D. and Pereira Garmendia, M., 2006. *Imputacion objetiva*. Montevideo: B de F.
- Maffia, P., Curi, J., & Gardel, C. (1927). *Noche de Reyes*. Buenos Aires: Odeón. Retrieved from <https://www.todotango.com/musica/tema/1907/Noche-de-reyes/>
- Magaldi, A., Noda, P., & Acosta García, L. (1933). *Dios te salve m'hijo*. Buenos Aires: RCA Víctor. Retrieved from <https://www.todotango.com/musica/tema/396/Dios-te-salve-mhijo/>
- Matamoro, B. (1969). *La ciudad del tango*. Buenos Aires: Editorial Galerna.
- Mir Puig, S. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Editorial Reppertor.
- Montealegre Lynett, E. and Caro John, J., 2008. *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Narváez Hernández, J. (2009). *Cultura Jurídica, Ideas e Imágenes*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Navarrine, J., Geroni Flores, C., & Gardel, C. (1927). *A la luz de un Candil*. Retrieved from <https://www.todotango.com/musica/tema/1198/A-la-luz-del-candil/>
- Ponzio, E., Curi, J., & Gardel, C. (1929). *Culpas Ajenas*. Buenos Aires: Odeon. Retrieved from <https://www.todotango.com/musica/tema/2262/Culpas-ajenas/>
- Rivero, E., & Diez, I. (1963). Buenos Aires: Philips. Retrieved from <https://www.todotango.com/musica/tema/1056/Amablemente/>

- Rodríguez, J., Brancatti, F., Velich, J., & Echague, A. (1939). *Mandria*. Buenos Aires. Retrieved from <https://music.youtube.com/watch?v=AIXbMbK-j1g&list=RDAMVMAIXbMbK-j1g>
- Roxin, C., Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M. and Vicente Remesal, J., 2008. *Derecho penal*. Madrid: Civitas.
- Santos Discépolo, E., & Gardel, C. (1928). *Chorra*. Buenos Aires: Odeon. Retrieved from <https://www.todotango.com/musica/tema/157/Chorra/>
- Séneca, L. and Codoñer Merino, C., 1997. *Diálogos*. Barcelona: Altaya.
- Simone, M. (2019). *Oiga Agente*. RCA Víctor. Retrieved from https://music.youtube.com/watch?v=g8oK_uB1ceE&list=RDAMVMg8oK_uB1ceE
- Sotullo, H., 2009. *De pungas y gayola*. La Plata: Scotti Editora.
- Stratenwerth, G., 2000. *Strafrecht, allgemeiner Teil*. Köln: Thomson.
- Universidad del Rosario. Ley 19 de 1890 (1890). Bogotá, Colombia.
- Universidad del Rosario. Ley 599 del 2000 (2000). Bogotá, Colombia.
- Universidad del Rosario. Ley 95 de 1936 (1936). Bogotá Colombia.
- Varela, G. (2005). *Mal de Tango: historia y genealogía moral de la música ciudadana*. Buenos Aires: Paidós.
- Varela, G. (2016). *Tango y Política: Sexo, Moral Burguesa y Revolución en Argentina*. Buenos Aires: Ariel.
- Welzel, H. (1956). *Derecho penal, parte general*. Buenos Aires: Roque de Palma Editor.
- Wessels, J., Beulke, W., Satzger, H. and Pariona Arana, R., 2018. *Derecho penal*. Breña, Lima: Instituto Pacífico.
- Zaffaroni, E., 1995. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires: Ediar.
- Zurita Soto, J. (2016). *Boedo-Florida... ¿Y corrientes? El tango y la literatura de Enrique Santos Discépolo* (Doctorado). Universidad Autónoma de Barcelona.