

T343.1  
053

1

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

FACULTAD DE DERECHO

I

CIENCIAS POLITICAS

"INCUPLABILIDAD LEGAL NO CONTEMPLADA EN NUESTRO CODIGO PENAL"

TESIS DE GRADO ELABORADA POR:

ISAIAS OLEA ARRIETA.

PRESIDENTE HONORARIO:

VICTOR OLEA NUÑEZ

DEPARTAMENTO DE

BIBLIOTECA

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE DE TESIS:

DR.-GUILLERMO GOMEZ LEON

PRIMER EXAMINADOR:

DR.-VICTOR LEON MENDOZA

SCIB

00018938-1

SEGUNDO EXAMINADOR:

DR.-MARTIN J. ESQUIVEL

TERCER EXAMINADOR:

*Eduardo Matson Figueroa*  
*Isaias Olea Arrieta*

DR.-

34154

CARTAGENA JULIO DE 1.975.-

UNIVERSIDAD DE CARTAGENA

DIRECTIVA

RECTOR:

DR.-ALBERTO GARMONA ARANGO

SECRETARIO:

DR.-HERNANDO ALVAREZ LOZANO

DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO:

DR.-ANTONIO OSTAU DE LAFONTT

SECRETARIO ACADEMICO:

DR.-JORGE PAYARES BOSSA

D E D I C A T O R I A

Dedicar es un verbo que tiene consonancia con el amor, con el cariño y con el agradecimiento. Eso y únicamente eso, es lo que se le tiene, o se le debe tener, a padres, familiares y amigos. Por tanto, a mi padre VICTOR OLEA NUÑEZ, de correcta formación moral, que supo sortear las vicisitudes de la vida, que además de ser un guía en mi formación, ha sido el forjador de mis anhelos, que en todos sus actos ha sido un padre ejemplar, no puedo "robarle" el honor de ser mi Presidente Honorario de Tesis. A mi madre MARIA N. DE OLEA, mujer de hogar, de claros sentimientos, de lucha perenne por la superación, ofrezco este trabajo como fruto de su fruto. Lo ofrezco también a mis hermanos JULIA, ALICIA, VICTOR, ROGER y MARIA VICTORIA OLEA ARRIETA, en los cuales he encontrado el aliciente para no desfallecer en el impulso de esta empresa. También la ofrezco a mi querida abuela JULIA NUÑEZ VDA. DE OLEA. Mención especial merece ANA-DA NUÑEZ URZOLA, quien a través de 14 años, más de la mitad de mi existencia, ha luchado día tras día y a quien debo en gran parte el esfuerzo que hoy coronó. Finalmente, a todas aquellas personas que en una u otra forma, especialmente amigos y profesores que aportaron una voz de apoyo, mis agradecimientos infinitos. A todos, en general, gracias.-



La facultad no aprueba ni desaprueba las opiniones emitidas en esta tesis tales opiniones se consideran propias de su autor (art.83 del reglamento).

INCULPABILIDAD LEGAL NO CONTEMPLADA EN NUESTRO CODIGO PENAL.-

E S Q U E M A;

CAPITULO I.-

GENERALIDADES

1.-Planteamiento del Tema.II.-Explicación de "Inculpabilidad Legal".

CAPITULO II.-

NULIDADES

1.-Nulidades.II.-Primera causal.III.-Segunda Causal.IV.-Tercera Causal.  
V.-Cuarta Causal.VI.-Quinta Causal.

CAPITULO III.-

CAUSALES DE REVISION.

1.-Estudio de cada una de las causales de revisión.II.-Explicación referente a cada una de ellas con relación a la "Inculpabilidad legal no contemplada en nuestro código Penal."

CAPITULO IV.-

CAUSALES DE CASACION

1.-Breve Historia.II.-Estudio de la primera Causal.III.-Segunda Causal de Casación.IV.-Cuando la Sentencia se haya dictado en un veredicto contradictorio.V.-Cuando la Sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad.

CAPITULO V.-

CESACION DE PROCEDIMIENTO

I.-Que el hecho imputado no ha existido.II.-Que el procesado no lo ha cometido.III.-Que la ley no lo considera como infracción Penal.IV.-Que la acción Penal no podía iniciarse.V.-Que la Acción Penal no podía proseguirse.VI.-Puede decretarse de oficio.

CAPITULO VI.-

CONCLUSIONES

I.-Daño público y privado en el delito.II.-Parte Civil.III.-Protección de la Sociedad.IV.-Derecho de defensa.V.-Trabas Judiciales.VI.-Lógica Conclusión.-

PROLOGO.

Escribir en Derecho es algo difícil desde cualquier ángulo en que se le enfoca el tema, porque para esto se necesita conocimiento, versatilidad y pleno dominio de lo que se va a tratar. Además, el autor de un trabajo debe poseer el don de la sencillez y, como elemento muy importante para hacerse a "acreadores" de sus obras, debe darse a comprender. Naturalmente, no poseo ninguna de esas cualidades. Para optar el título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas necesito el "pasaporte" de la Tesis como requisito indispensable para cruzar la frontera de Señor a Doctor. Pues bien, embarcado en este ideal, me he propuesto escribir sobre un aspecto, a mi modo de ver, muy importante del Derecho. Con ello no pretendo erigir un pedestal a esta vastísima Ciencia, sino simplemente dejar al papel como único testigo de excepción en una inquietud, que hasta la presente no ha sido tratada por grado alguno; además, he querido ser leal con mi conciencia, con la facultad, con profesores, con amigos y con Ud. querido lector, en el sentido de presentar un trabajo original, fruto de los años de estudio y por qué no decirlo, fruto de mi orgullo como estudiante, celoso de sus cualidades y aptitudes que si bien no son ubérrimas, por lo menos plenamente originales. El tema "INCUPLABILIDAD LEGAL NO CONTEMPLADA EN NUESTRO CODIGO PENAL, trata de esclarecer algunos pasajes oscuros de nuestra actual legislación en materia Penal. Es un caso que no está contemplado con posibilidades de solución. A primera vista parece resolverse satisfactoriamente, pero a medida que se van estableciendo conclusiones, no nos queda otra alternativa que encontrar trabas legales. Pienso en este estudio, encontrar el aceite jurídico que abra cada una de esas trabas y si no es posible una solución de Derecho, por lo menos una lógica, porque en fin de cuentas eso es el Derecho. Por lo tanto, distinguido lector, prestese a entrar en este Laberinto en el cual yo seré su gufa.--

El Autor.

## CAPITULO 1.-

### PLANTEAMIENTO DEL TEMA.

Si Ud. es Abogado, distinguido lector, ocupe el lugar de Juez en este caso:

Supongamos que el Señor PRUDENCIO RAMIREZ BULLIVAS, es acusado por el delito de Secuestro. En base a dicha acusación el Juez dicta el auto cabeza de Proceso y ordena en él, la práctica de todas las pruebas pertinentes con el propósito de llegar al esclarecimiento de los hechos. Después de agotarse la etapa Sumarial y haberse comprobado plenamente el Cuerpo del Delito y determinado la responsabilidad del procesado, se dicta auto de Proceder por el Delito de Secuestro. Hasta la presente, en el auto vocatorio a Juicio se han estructurado los elementos que configuran el delito de Secuestro. Ejecutoriado dicho auto de Calificación Sumarial, se abre el Juicio a prueba, pero dentro del término probatorio el Juez toma en cuenta una serie de pruebas que necesariamente no configuran el delito en análisis sino el de Rapto. Llega el momento de dictar Sentencia, ¿cuál camino le toca seguir al Juez? ¿decretar la nulidad?, ¿condenar?, ¿Absolver?, ¿aplicar el cese de procedimiento?. Como quiera que estos interrogatorios solo pueden resolverse con el estudio de los capítulos siguientes, comencemos a desatar este nudo jurídico, no sin antes hacer una breve explicación del Título de esta obra.-

### 11.-

#### EXPLICACION DE INCULPABILIDAD LEGAL.

El artículo 11 del Código Penal establece: Todo el que cometa una infracción prevista en la ley Penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en este Código.

El Doctor Victor Leon Mendoza define la responsabilidad diciendo que consiste en la obligación en que está todo individuo de sufrir las consecuencias tanto Penales como civiles de un hecho delictivo.

Por lo tanto todo el que cometa un hecho erigido por la ley como delito, debe responder por su acto, porque el Código al hablar de "todo el que cometa", tanto a normales como a los anormales, y en su artículo 1º la norma Penal sustantiva dice que las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, esto es, encontrar se el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquier otra sustancia, o paderiere de grave anomalía síquica, son intencionales o culposas. Claro está que a los normales se les aplican Penas y a los anormales, las medidas de seguridad de que trata el C.P. en su artículo 61 así: Son medidas de seguridad:

a) para los delincuentes a que se refiere el artículo 29:

La reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial.  
La libertad vigilada.

El trabajo obligatorio en obras o empresas públicas.

La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos.

b) Para los delincuentes a que se refiere el artículo 30:

La libertad vigilada.

La reclusión en una escuela de trabajo o en un reformatorio (ley 83 de 1.946, 35).

Para que pueda hablarse de reponsabilidad, esta debe reunir los presupuestos de Antijuridicidad, Imputabilidad y Culpabilidad.

La tipicidad es un requisito Sine qua non de la antijuridicidad, aunque no absoluto, porque cuando el Código contempla, por ejemplo, la legítima defensa de la vida, tipifica un hecho, lo que sucede es que precisamente no es delito porque en esa tipificación de la norma lo que ha hecho es quitarle ese carácter delictivo.

Alfonso Reyes ha expresado las siguientes palabras en su obra "La Tipicidad Penal", en la siguiente forma: "La no incriminación del hecho por ausencia total de tipo que lo describa es, de otra parte, un homenaje a la liber-

tal Ciudadana en los Estados democráticos, puesto que permite que el hombre realice cualquier actividad sin el temor de que por ella pueda ser objeto de represión punitiva, en tanto tal conducta no esté previamente descrita como DELICTUOSA (las mayúsculas son nuestras) en el Código Penal". de tal manera que un hecho aberrante, por mucha alarma Social que cause no podrá penarse por no tener una conducta típica. Bien es cierto que el legislador es muy previsivo y estas situaciones que alarmarían al conglomerado, son escasísimas las que han quedado fuera de la esfera de descripción en las leyes Penales. Tal sería el caso del adulterio que entre nosotros no es delito, precisamente por la falta de tipicidad. Recordemos un principio que es pilar del Derecho Penal "Nullum crimen, nulla Poena sine Leve".

La Imputabilidad. Es este otro presupuesto de la responsabilidad. Al acogernos, en cuanto a la responsabilidad Penal, a los postulados de la escuela Positiva, debemos concluir que en nuestro Derecho, el menor, el sordo, el demente, el normal, el ciego, el manco, etc, son sujetos imputables. La diferencia está en cuanto a la Sanción que se aplica a los anormales que están sujetos a medidas de Seguridad y los menores que están sometidos al trámite establecido en la ley 83 de 1.946, orgánica de la defensa del niño y la ley 75 de 1.968.-

La Culpa. Hemos dicho que las infracciones cometidas por personas que no están contempladas en el artículo 23 del Código Penal, son intencionales o culposas. Dice el C.P. en su inciso 2o. del artículo 12, que hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos, o cuando a pesar de haberlos previstos, confió imprudentemente en poder evitarlos.

El Dolo "Es la intención más o menos perfecta de realizar el hecho que se sabe es contrario a la ley", según la clásica definición de Carrara.

Ahora bien, nuestro estatuto penal sustantivo en su artículo 23 dice:

No hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete:

10.-Por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo.

20.-Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia.

30.-Por ignorancia de que el hecho esté prohibido en la ley Penal, siempre que aquella dependa de fuerza mayor. Tal ignorancia no puede alegarse sino tratándose de contravenciones.

Cuando se establecen los requisitos anteriores, a pesar del hecho ser anti-jurídico, la responsabilidad no aflora como conducta delictiva por faltar el presupuesto Culpabilidad. Hemos visto que el capítulo II, título I del libro I habla de responsabilidad. Prefiero, con todo, y de acuerdo con el Doctor Victor León Mendoza, hablar de Causales de inculpabilidad por ser el término acorde de acuerdo con los postulados Positivistas en que está inspirado el artículo II del C.P.

Opté el título de "INCUPLABILIDAD LEGAL NO CONTEMPLADA EN NUESTRO CODIGO PENAL", porque luego de un estudio comprobé que si bien es cierto el hecho de que las causales de inculpabilidad legal son las que registra la ley, no es menos cierto que la decisión del Juez al dictar Sentencia cuando se de el caso planteado en el punto primero de este capítulo, tiene que absolver, por lógica del Derecho.

Al final, en el capítulo VI, al tratar sobre la decisión del Juez, encontramos un análisis más completo sobre el particular.-

CAPITULO 11.-

NULIDADES.

1.-Las nulidades son taxativas y de interpretación restrictiva, de tal manera que no se pueden alegar causas de nulidad que expresamente no se hayan erigidas como tales por el legislador.

La Constitución Nacional desarrolla una serie de principios que costó un alto precio a los que lucharon por su consecución. El artículo 26 dice: Nadie podrá ser Juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal Competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada Juicio. El artículo 28 afirma: Aun en tiempo de guerra nadie podrá ser penado ex-post facto, sino con arreglo a la ley, orden o decreto en que previamente se haya prohibido el hecho y determinándose la Pena Correspondiente.

Esta disposición no impide que aún en tiempo de paz, pero habiendo graves motivos para temer perturbación del orden público, sean aprehendidas y retenidas mediante orden del Gobierno, y previo dictamen de los Ministros, la personas contra quienes haya graves indicios de que atentan contra la paz pública.

Transcurridos diez días desde el momento de la aprehensión sin que las personas retenidas hayan sido puestas en libertad, el Gobierno procederá a ordenarla o las pondrá a disposición de los Jueces competentes con las pruebas allegadas, para que decidan conforme a la ley.-

En desarrollo de los postulados anteriores, tanto el Código Penal como el de Procedimiento acogen en el primer artículo respectivamente lo siguiente "Nadie podrá ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como infracción por ley vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a sanciones que no se hallen establecidas en ella."

"Nadie podrá ser Juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Juez competente y observando la plenitud de las formas

propias de cada proceso".

Las nulidades son de carácter general o especial. Las de carácter general son aquellas que cobijan a todo proceso en materia Penal y son las consagradas en el artículo 210 del C.de P.P., que dice:

Son causales de nulidad en los procesos Penales;

1o.-La incompetencia del Juez;

2o.-La falta de querrela o ilegitimidad en el querellante en los asunto en que no puede procederse de oficio;

3o.-No haberse notificado el auto de proceder en debida forma al procesado y a su defensor, o a este en el caso del artículo 484 de este Código. Esta nulidad desaparece si habiendo comparecido el reo al juicio, no la propone dentro de los quince días siguientes a aquel en que se le haya hecho la primera notificación personal;

4o.-No celebrarse audiencia pública, a menos que la ley autorice u ordene su celebración privada, o no celebrarse en el día y la hora señalada;

5o.-Haberse incurrido en el auto de Proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido.-

Las nulidades especiales se refieren a los juicios con intervención de Jurado. Claro está que también se pueden aplicar aquí las de carácter general. Estas consagradas en el artículo 211 del C.de P.P., que dice:

En los Juicios en que interviene el Jurado son causas de nulidad, además de las expresadas en el artículo anterior, las siguientes:

1o.-Reemplazar ilegalmente, en el acto del sorteo, a alguno de los designados, o no reemplazarlo si existía causa legal para hacerlo. En ambos casos es necesario que quien alegue la nulidad haya hecho el reclamo correspondiente en el acto del sorteo o dentro de los cinco días siguientes;

20.-Figurara como miembro del jurado una persona que no aparezca en la lista correspondiente, y

30.-Haberse incurrido en la diligencia de sorteo en una equivocación tal, que no pueda saberse exactamente quiénes fueron las personas designadas que debían formar el jurado.-

La división de las nulidades en absolutas, que son las que no admiten saneamiento y las relativas, que son las que lo admiten, es la más importante. En el estudio detallado de cada una de estas nulidades generales haremos una explicación más amplia. Solo nos resta decir por el momento que las garantías procesales, según los tratadistas, se les llaman nulidades supralegales y nulidades Constitucionales. Ha dicho la Corte en referencia a estas garantías, lo siguiente: "...Debe ser nulo el Juicio si el procesado, lejos de estar asistido por un abogado, ha sido víctima de la displicencia de este, y aún más, cuando el Abogado acusa al reo..." "...tal menoscabo del Derecho de defensa no solo va en menoscabo de las normas de procedimiento, sino que atenta aun contra las garantías Constitucionales (Casación Penal, T LX No. 1993 de 22 de Junio de 1.943).

Luego dijo: "...La función de la defensa que el Abogado realiza en el proceso Penal se considera como un servicio de necesidad pública, requerida como indispensable para mantener un razonable equilibrio con la función de acusación, y en guarda de los Derechos e intereses del procesado. De ahí que la Corte haya juzgado, en numerosos fallos, la falta de defensa formal o técnica del procesado por manifiesta incapacidad o por inercia del llamado a desempeñarla, como lesiva de un Derecho primordial de la persona y motivo que afecta sustancialmente la estructura del Juicio, que de ese modo queda viciado de nulidad supralegal o Constitucional, por inobservancia de la plenitud de las reglas que presiden el juzgamiento, pues entre las garantías que la Constitución Nacional consagra, está el Der-

15

oho del procesado de demostrar su inocencia..."(Casación Penal, T CXXX No.2310-2312 de 11 de Abril de 1.969 pag.191 y 192 de la G.J.).

En las nulidades, en materia Penal, el Juez puede decretar la nulidad, una vez advierta una de estas causales en el proceso, cobijará a todo lo actuado desde que se presentó la causal y el proceso tendrá que reponerse para subsanar el defecto si no se trata de querrela o ilegitimidad en el querellante. Por eso dice el Código que la demanda se rechazará únicamente en la ilegitimidad de la personería del demandante. Luego agrega que el juez de oficio o a petición del interesado, admitirá la demanda rechazada si se comprobare después la legitimidad de la personería. Así como el juez tiene la facultad para decretarlas de oficio en cualquier estado del proceso, las partes, por regla general, también pueden alegarlas en cualquier oportunidad procesal, sobre todo tratándose de las contempladas en el artículo 210 y 211 del C.de P.F. Cuando se ha dictado Sentencia de segunda instancia, las nulidades no se podrán alegar sino en el recurso de Casación, por esa razón el numeral cuarto del artículo 530 del C.de P.F. establece como causal de casación cuando la sentencia se haya dictado en un juicio dictado viciado de nulidad.

También es menester tener en cuenta que cuando determinado acto exija el lleno de ciertas formalidades para su validez, y estas no se observaren, se considerará inexistente el acto sin necesidad de resolución especial.

Pasamos enseguida a analizar cada una de las causales genéricas de nulidad:

1a.-La incompetencia del Juez;-Para determinar la competencia tenemos que tener en cuenta los factores que la determinan, ellos son, el funcional, la cuantía; cuando sea necesaria para determinarla, el territorial, la materia, la calidad de las partes y la conexidad.

Por manera que un Juez Superior no puede ser juzgado por otra entidad

distinta que el Tribunal Superior de Justicia. Por el factor territorial sabemos que un homicidio cometido en Pasto, no puede un juez de Cartagena aprehender su conocimiento. En cuanto a la cuantía, un Juez Municipal no puede fallar un delito contra la propiedad que tenga un valor de cincuenta mil pesos.

Todo Juez de la República posee jurisdicción, la que está limitada por la competencia, de ahí que no puede salirse de la esfera que la ley le ha señalado para actuar, de donde se colige que al actuar más allá de los límites de su competencia, se expone a que cualquier parte en el proceso le solicite la nulidad, en caso de que el mismo juez no la haya advertido. En este caso de incompetencia del juez la invalidación es total y no puede seguir conociendo del caso, ya que esta causal no admite saneamiento.

2a.- La falta de querrela o ilegitimidad en el querrelante en los asuntos en que no pueda procederse de oficio. - Por el carácter público de la acción Penal, para la investigación de los delitos, la ley ordena la averiguación de oficio. Es así como el C. P. en su artículo 10 reza: La acción Penal corresponde a el Estado y se ejerce por el funcionario de instrucción y por el juez competente, con la colaboración del Ministerio Público. - Mas adelante, en el artículo 11 dice el C. de P. P. que la acción Penal será siempre pública. Se iniciará de oficio, a menos que la ley exija petición o querrela de parte. - La oficiosidad es la regla general y la querrela es la excepción, de ahí que en cada caso particular, el Código diga cuando procede esta, como cuando dice: El que por menosprecio o vilipendio destruya, despedace o ultraje en público la bandera, el escudo o cualquier otro emblema Nacional de un Estado extranjero, quedará sujeto a la Pena de seis meses a dos años de prisión. Para proceder en este caso se necesita la queja del Gobierno respectivo.

17

Para que proceda la querrela, la ley solo exige que quien tenga derecho a presentarla, formule ante la autoridad competente la respectiva denuncia, debiendo la autoridad cerciorarse de la identidad de quien la formula.

El carácter oficioso es tan amplio, que el funcionario público que de cualquier manera tenga conocimiento de un hecho que pueda constituir infracción Penal y cuya investigación deba iniciarse de oficio, la iniciará sin tardanza si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento de la autoridad competente, haciendo una relación sucinta del suceso con todos los pormenores que interesen a la justicia, los elementos probatorios recogidos, y cuando fuere posible, indicando las generalidades del presunto sindicado, de la persona ofendida, de los testigos, y de todo lo que sea conducente a su identificación.

Todo habitante del territorio Colombiano mayor de diez y seis años, con las excepciones establecidas en la ley, debe denunciar a la autoridad, competente o no, las infracciones Penales de que tenga conocimiento y cuya investigación pueda iniciarse de oficio, inmediatamente o a más tardar dentro de los treinta días siguientes al en que las haya conocido.

Si la autoridad que recibiere la denuncia no fuere competente para iniciar la investigación, la pasará, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la que lo sea.-

Muchos confunden exonerar con prohibir, lo primero está instituido por la ley para no colocar a las personas (familiares con intereses en el proceso) en la disyuntiva de denunciar a un pariente o incurrir en delito. Lo anterior no obsta para que una persona declare en contra de un hermano, ya que al juez le corresponde investigar para hallar la verdad verdadera. Vemos entonces que es perfectamente posible en materia Penal, declarar contra los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de

afinidad o priero civil. Tampoco está en el deber de denunciar quien haya conocido las infracciones por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente guardar el secreto profesional. Repito, que no está en el deber, que la ley no lo obliga a denunciar. No se debe confundir con la obligación que tiene todo director de hospital o clínica de dar un informe detallado a la autoridades de los que ingresen a esos centros con lesiones.

Esta causal de nulidad también es absoluta y no puede sanearse, de ahí que la autoridad que reciba la querrela o petición, deberá cerciorarse de la identidad de quien la formula. Si al momento de recibirse la querrela el querrelante fuere ilegítimo, la devolverá por medio de auto motivado; si puede procederse de oficio, el funcionario la recibirá como denuncia e investigará si fuere competente o la enviará dentro de las 24 horas siguientes a quien lo fuere.

#### IV.-

#### TERCERA CAUSAL.

3a.- No haberse notificado el auto de proceder... (art. 210 B. de P. P.)

El auto de proceder se notificará personalmente tanto a el acusado como a su defensor. Si es necesario, podrá ordenarse captura para el procesado que compareciere a notificarse. Si este no llegase a encontrarse, se lo emplazará por Edicto dentro de un término de diez días. Vencido dicho plazo si no compareciere será declarado reo ausente y con un defensor de oficio se seguirá el juicio hasta el final.

Esta causal puede sanearse, por ser relativa; si el reo compareciere al juicio y no la propone dentro de los 15 días siguientes al de la primera notificación que se le haga en forma personal.

V.-

Cuarta Causal

4a.-No celebrarse audiencia pública, a menos que la ley autorice u ordene su celebración privada, o no celebrarse en el día y la hora señalados.- Veincido el término probatorio o el dictamen a que hace referencia el art. 504 del C.de P.P.se señalará día y hora para la celebración de audiencia pública, la cual no se podrá realizar antes de cinco(5) días ni después de quince(15), ordenándose en el mismo auto que el expediente permeeza en la secretaría a disposición de las partes. La ausencia del Agente del Ministerio Público y del apoderado de la parte civil no impedirá la celebración de la audiencia. La que sí es obligatoria es la asistencia del defensor para que alegue en favor de su defendido. La asistencia del enjuiciado es obligatoria cuando este se halle detenido.

En todo proceso Penal hay audiencia Pública, la diferencia radica en que una es sin intervención de jurado y la otra con la presencia de los jueces de hecho. El código hace la división en su articulado cuando se procede en una u otra forma.

En la audiencia con intervención de jurado, la sentencia se dictará de acuerdo con el veredicto que ellos dieren respecto de los hechos sobre los cuales haya versado el debate y el cuestionario sometido a la consideración de cada juez popular.

Aquí, en la causal que analizamos, la invalidación es parcial, es decir, a partir del momento en que se produce el acto nulo, como cuando no se efectúa la audiencia, o cuando a pesar de efectuarse no se lleve a cabo en el día y la hora señalados. No admite saneamiento.

QUINTA CAUSAL.-

5a.-Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción o a la época o lugar en que se cometió, o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido.-

Esta causal tiene varias hipótesis:

a).-incurrir el auto de proceder en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

Este presupuesto es lógico porque nadie puede ser condenado por un hecho que no ha cometido, de ahí que el inciso segundo del artículo 483 del C. de P.P. que habla de los requisitos formales formales del auto de proceder, estatuye indispensablemente el análisis de las pruebas que demuestren el cuerpo del delito y de las en que se funde la imputación al procesado. Mas adelante agrega dicho artículo que la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias conocidas que lo especifican, deberán constar en la parte motiva. La parte resolutive tendrá que contener necesariamente el llamado a juicio por el delito que corresponda, el cual será determinado como lo denomina el Código Penal en el capítulo o título respectivo. No se puede determinar dentro del género de delito la especie a que pertenezca ni señalar el artículo especial que se considere aplicable.

b).-haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo al lugar en que se cometió la infracción.-

Es necesario que en este presupuesto exista una identidad entre el lugar conocido en autos y el lugar en donde verdaderamente se llevó a cabo el ilícito.

c).-Haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo a la época de la infracción.-

Como en la parte motiva es necesario hacer una narración de los hechos que hubieren dado lugar a la formación del proceso, lógico es que deben concordar la época en que sucedió la infracción, como la que consta en autos. También debe haber aquí una identidad entre los dos lugares.

d).-haberse incurrido en el auto de proceder en error relativo o al nombre o apellido de la persona responsable o del ofendido.-

Es necesario la identificación del procesado, de ahí que en la parte motiva del auto de proceder, es requisito indicar el nombre o nombres del procesado, sus apodos o sobrenombres, su edad, sexo, estado, domicilio y oficio o profesión si fueren conocidos; sino, el juez en cualquier estado del sumario si surgieren dudas acerca de la identidad del procesado, ordenará de preferencia la práctica de las pruebas que tendan a dicha identificación, es decir, las pruebas conducentes.

Ahora bien, la absoluta imposibilidad de establecer la identidad del procesado con sus generalidades, no retardará ni suspenderá la instrucción, el juicio ni la ejecución, cuando no exista duda sobre la identidad física de la persona. Lo anterior porque el Estado es el titular de la función Penal y como tal, una vez hecha la identidad física debe aplicar los tres momentos fundamentales de dicha función como son:

1o.-El momento de la conminación abstracta, que es cuando el legislador en su función de prevenir los delitos los tipifica en normas sustantivas, señalándole a cada delito una pena en particular de acuerdo con la magnitud y modalidades del hecho delictuoso.

2o.-El momento del proceso. En este segundo momento se trata de establecer si la persona cometió el hecho descrito como delito mediante una serie de pruebas que es lo que constituye, en términos generales, el proceso.

30.-El momento de la ejecución. Aquí el Estado pone a disposición de la Justicia sus centros carcelarios o de rehabilitación para que se cumpla la decisión final de la rama Jurisdiccional, con el fin de que la condena no resulte ideal.

Para terminar este capítulo debemos afirmar que los presupuestos de la causal quinta del artículo 210 del C. de P. P., en todos, estamos en presencia de una invalidación parcial, es decir, a partir del acto nulo. No pueden ser sancionables.-

CAPITULO III.-

CAUSALES DE REVISION

El recurso de Revisión fue creado para corregir errores Judiciales de gravedad, no susceptibles de ser subsanables por otros medios de impugnación.

Hay que tener en cuenta que para interponer este recurso, se trate de errores Judiciales no susceptibles de ser subsanables por otros medios de impugnación, porque de ser así, se recurre a casación o a otro medio de impugnación establecido en la ley.

El artículo 115 del Código de Procedimiento Penal al tratar de la cosa Juzgada dice: El procesado Condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de Juez Colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta. Quiso el legislador darle un carácter sólido a aquellas sentencias que han hecho tránsito a Cosa Juzgada. Tan sagrado es su valor que se respeta una decisión de un juez extranjero cuando haya juzgado un mismo hecho, lo más distintivo de este precepto es considerar que no importa que en una u otra legislación se lo pene con un nombre distinto, solo es necesario que se trate del mismo hecho.

Hernando Devis Echandía en su obra "Nociones generales de Derecho Procesal civil" define la cosa Juzgada "como la calidad de inmutable y definitiva que la ley le otorga a la sentencia, en cuanto declara la voluntad del Estado, contenida en la norma legal que aplica en el caso concreto".

La principal característica de la Cosa Juzgada es que es inmutable e irrevocable. Por lo tanto, una persona condenada necesariamente tiene que aceptar la decisión del Estado por intermedio de sus jueces. Si se produjo dicho fallo en circunstancias imposibles de que el condenado fuese culpable, la ley ha establecido este recurso para revisar, presu-

sarcente, las decisiones de los Sentenciadores. Es preciso señalar que únicamente se puede recurrir en revisión sobre sentencias condenatorias y no las que sean absolutorias. Además, el artículo 2o. del Código Penal estatuye que las infracciones de la ley Penal se dividen en delitos y contravenciones. Así pues, no solo se refiere a los delitos la procedencia del recurso sino a las contravenciones especiales, de acuerdo con el Decreto No. 522 de 1.971 en su artículo 103.

El principal efecto del recurso de revisión, en materia Penal, es la libertad incondicional. Además como la persona al quedar libre, en este supuesto de revisión, es porque no ha cometido el delito y si tal es el hecho debe reclamar lo que pagó por la supuesta indemnización. Tendrá, a su vez, acción contra aquellos que determinaron su condena y "aquellos no pueden ser otros que lo jueces, magistrados, peritos, testigos. La norma excluye al Agente del Ministerio Público. Reza así el artículo 591, del C. de P.P: Los condenados a quienes se absolvieren en virtud de la revisión, o sus herederos, tendrán Derecho a exigir de los magistrados o jueces o testigos o peritos que hubieren determinado la condena, la indemnización de los perjuicios sufridos con ella. La acción correspondiente se surtirá ante los jueces competentes del ramo civil.

La omisión del Ministerio público tal vez no fue involuntaria debido a que él como representante de la sociedad, debe procurar la sanción de los infractores de la ley Penal, la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción.

En cumplimiento de estos deberes, el Ministerio público seguirá la práctica de las pruebas conducentes al esclarecimiento de la verdad, la detención o la libertad del procesado cuando sean pertinentes y, en gene-

ral, intervendrá en todas las diligencias y actuaciones del proceso penal.

En el mismo fallo que se ordene la revisión, se puede decretar la libertad provisional del condenado, si este se encontrare detenido.

En cuanto a la reformatio in-pejus se establece que el nuevo juicio revisado si fuere condenatorio, no podrá contener una sanción más grave que la impuesta en la primera sentencia. Hoy en día la Corte ha revaluado este concepto y es así como el Honorable Tribunal de Justicia de Cartagena, con salvamento de voto del Doctor Victor León Mendoza, hizo más gravosa la situación de unos implicados cuando se hizo apelación de una providencia. Adujo el Tribunal razones muy poderosas, como la de que el Derecho Penal es de orden público y que este carácter privatista de la reformatio inpejus tiene cabida plenamente en el Derecho Civil y que ese concepto de del Derecho privado no puede trasladarse al Derecho Penal, de naturaleza notamente pública.

Hechas las anteriores aclaraciones, pasemos a estudiar cada una de las causales de revisión estatuidas en la legislación de Procedimiento Penal Colombiano.

1a.- Cuando en virtud de sentencias contradictorias estén cumpliendo condena dos o más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas.-

Habla primeramente de sentencias contradictorias, la corte ha dicho: "... las sentencias contradictorias a que se refiere la causal primera de revisión deben ser, las dos, de condena; deben estar, las dos, en vigencia, y, sobre todo- no deben ser, en ningún caso, las sentencias de primera y segunda instancia, dictadas en un mismo juicio..."

Hay dos hipótesis en la presente contradicción de sentencias. La primera, cuando el delito únicamente podía cometerlo una persona, "aquí la revisión se impone para determinar cuál es el verdadero culpable y cuál el inocente". La segunda, cuando el delito no podía ser cometido sino por un número menor al de los condenados; en este caso es necesario determinar la revisión para esclarecer cual de los condenados no tuvo participación en el hecho delictuoso. -

2a.- Cuando alguno esté cumpliendo condena como autor o partícipe de homicidio cometido en persona cuya existencia se comprueba después de la condena. -

Esta causal de revisión aunque extraña por su no frecuente procedencia, es de una gran utilidad que se le haya establecido, por cuanto nada más lógico es el hecho de absolver a quien se ha condenado por un delito que en verdad es inexistente por cuanto la presunta "víctima" no existe. Hay que comprobar la existencia después de la condena para establecer que por sustracción de materia no puede haber delito a ningún título.

La Justicia queda a la obligación de devolver a la Sociedad a esta persona que no ha delinquido, quedando en mora con él por el perjuicio que le ha causado en cuanto a su reputación y quien sabe los traumas que una decisión de esta índole cause en su familia. Muchos de estos errores se deben a negligencia de ciertos jueces que por no llevar a cabo una técnica investigativa adecuada, dirigen un proceso en que los secretarios son los que llevan el peso del proceso.

Para invocar esta causal hay que demostrar que después de la condena que la presunta víctima aun vive, lo cual lógicamente, no es absoluto.

No importa establecer si el homicidio no se cometió por no alcanzar la imperfección o porque no fue objeto de la acción delictiva.

El Código Penal en sus artículos 16 y 17 dice:

"El que con el fin de cometer un delito, diere principio a su ejecución pero no lo consumare por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en una sanción...".-

"Cuando habiéndose ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito, este no se realizare por circunstancias independientes de la voluntad del agente, podrá disminuirse hasta en una tercera parte la sanción señalada para el delito consumado".-

Por lo tanto, hay que atenerse a lo preceptuado por estas normas si se dieran los supuestos establecidos en cada una de ellas.-

3a.- Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritación, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo.-

Esta causal necesita una correspondencia entre la condena y la prueba en que se basó el juez para determinarla. La prueba, debe ser de aquellas establecidas en el C. de P. F. en su artículo 223, como la Inspección Judicial que es el examen y reconocimiento personal que hace el Juez o funcionario de instrucción, o el comisario en su caso, ante su secretario y acompañado de peritos, si fuere necesario, de hechos que son materia del proceso.

El mismo Título V, sobre pruebas trae en el artículo 229 al indicio y dice que se entiende por tal un hecho del que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho.

En el Capítulo IV del mismo título habla del Testimonio en el artículo 236.

De los Documentos trata el artículo 261 al decir que los documentos públicos o auténticos, es decir, los expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones, son plena prueba de los hechos de que el funcionario dé fe. Contra esta prueba no se admitirá sino la que acredite la falsedad del documento mismo.

De la confesión trata el artículo 254 y dice: La confesión libre y espontánea hecha por el procesado ante el Juez o funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente probado el cuerpo del delito.

Al hacer referencia a la prueba pericial estisa: Cuando la investigación de un hecho requiera conocimientos especiales de determinadas ciencias o artes, o exija avalúos, el Juez o el funcionario de Instrucción decretará la prueba pericial. También se decretará este medio de prueba cuando haya que traducir documentos a la lengua Castellana y cuando se deba practicar un cotejo de letras.

Ahora bien, en qué situación queda la persona que rindió el testimonio falso y esta declaración le dió convicción al Juez? El artículo 191 del C. dice: El que, en declaración, dictamen o versión rendidos bajo juramento ante autoridad competente, afirme una falsedad, niegue o calle, en todo o en parte, lo que es verdad, incurrirá...

Como la prueba de la falsedad en el Testimonio no puede ser otra que la copia de la sentencia en que así se declare, no hay lugar a dudas que se responderá, en forma general, de acuerdo con la actitud pertinente.

En el caso del Falso testimonio el elemento moral está constituido por el conocimiento que tiene el agente de que rinde una declaración, dic-

tamen o versión ante autoridad competente, y en la voluntad, no obstante, de afirmar una falsedad o negar o callar en todo o en parte lo que es verdad (Según el decir del Dr. Pacheco Osorio).-

4a.- Cuando la Sentencia condenatoria, a juicio de la Corte Suprema, haya sido obtenida por algún documento o prueba de cualquier carácter secreto que no existía en el proceso.

Es clara esta causal, para que prospere, está en manos de la corte deducir si el documento o prueba fue obtenido por medios secretos y que no existían en el proceso.

Es necesario que se haya producido una condena por una prueba que no opere en el proceso, que la prueba sea secreta, ya que si esta existe aunque su vinculación al proceso sea por un medio ilegal, su apreciación para fallar consolida un error de Derecho. Hay que acreditar que la prueba se llevó al proceso por medios no claros. Con esta prueba y estos fallos, se atenta con el principio de Defensa, celosamente guardado por nuestra Constitución, al no darle oportunidad al procesado de descargarse de las pruebas aludidas en su contra.-

5a.- Cuando después de la condenación aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad.- Como el legislador es previsor, instituyó esta causal para corregir los yerros en que pudieran incurrir los jueces por factores diversos. No pueden ser hechos leves o menores los sucedidos para invocar la causal, porque de ser así, no cabría en toda la extensión de Colombia los

expedientes por procesos de Revisión. Por eso la norma ha hablado de hechos que constituyan siquiera indicios graves de inocencia o de irresponsabilidad.

Otro requisito para invocar la causa quinta es la inocencia o la irresponsabilidad. Tal sería por ejemplo, estar en las circunstancias de las causales de Justificación del hecho o de las existentes de responsabilidad y en la sentencia condenatoria se hubiere desconocido esa circunstancia.

Para demostrar la causal es necesario que en la sentencia no conste el hecho nuevo que excluya la responsabilidad del enjuiciado, estos hechos por ser precisamente nuevos, deben ser CONOCIDOS y no SUCECIDOS después de la Sentencia.

11.-

EXPLICACION REFERENTE A CADA UNA DE ELLAS CON RELACION A LA INCULPABILIDAD LEGAL NO CONTEMPLADA EN NUESTRO CODIGO PENAL.-

Todas estas causales de revisión tienden a hacer un estudio de todas las Sentencias que hayan tránsito a cosa Juzgada y que fueren proferidas en base a errores Judiciales. Por medio de la impugnación no se pretende la reforma del fallo sino su anulación, Una vez vuelto el proceso a los falladores de instancias quienes nuevamente sentenciarán para determinar si hubo o no error en la decisión anterior.

Para interponer este recurso es imprescindible tener en cuenta que la Sentencia producida, haya hecho tránsito a Cosa Juzgada, es decir, que no proceda contra ella los recursos de reposición, apelación, hecho, consulta ni el especial de Casación.

En el caso que nos ocupa, hemos visto que si el Juez se decide a dictar Sentencia condenatoria, se puede recurrir en Casación (causal 2a art. 580 del C. de P.P.).

Pero si el recurso se acepta o rechaza, puede impugnarse la decisión en Revisión?

Para contestar este interrogante es preciso decir primeramente en forma genérica que la Sentencia de la Corte en Casación, puede ser susceptible de Revisión porque para impetrarlo que una sentencia se haya dictado en determinada instancia o en tal grado de Jurisdicción. Lo que se debe saber a conciencia es el hecho sencillo de que en la Corte, cuando se recurre en Casación, el recurrente está en la disyuntiva de si se casa o no la Sentencia.

Si desecha el recurso la sentencia queda en firme. Pero, y la revisión no es contra las Sentencias ejecutoriadas? Ciertamente sucede que este fallo denegatorio de la Sentencia de casación (no del recurso) no es susceptible del recurso. Al recurrente le queda la oportunidad de impugnar las Sentencias condenatorias producidas en las instancias, porque la corte, en este caso, no ha producido decisión de fondo sobre el punto materia del litigio.

Ha dicho Botero Calderón que cuando la corte casa con reenvío, no es posible la revisión, porque no subsiste ninguna Sentencia de mérito; pero cuando casa sin reenvío, la revisión procede, si el fallo de la Corte es de condena, en razón de que este pronunciamiento sustituye el impugnado".

LA LEY IV.-  
CAUSALES DE CASACION

L

BREVE HISTORIA

Origen.-Después de haberse admitido el recurso de casación en materia Civil, pasó a la legislación Penal sin que lo anterior delinque la misma fuente en que tuvieron origen: la Asamblea Constituyente Francesa en el año de 1.790.

Un Decreto expedido ex. edito por la Asamblea constituyente, reglamentó este recurso estableciendo los siguientes requisitos:

1.-La ejecución del fallo condenatorio quedaba en suspenso por tres (3) días. Durante este lapso el reo podía recurrir, ante el Tribunal Supremo, que había sido constituido por la mencionada Asamblea Nacional para interponer el recurso.-

2o.- El recurso debía ser fundamentado.-Una vez llegado a la Secretaría del Tribunal, en el término legal (3 días) el recurrente tenía treinta (30) días para fundamentar su petición mediante la presentación de una demanda la cual debía contener los motivos jurídicos que indujeron al recurrente a hacer tal petición.

Como la Asamblea Nacional había señalado el recorrido para llegar a casación, esta podía desecharse el recurso si no había sido presentado en legal forma y dentro del término antes citado así como el recurso que si se presentaba con el lleno de todos los requisitos, era admitido.

Al hacerse el estudio del caso lo confirmaba o anulaba. La referida Asamblea estableció una serie de requisitos tales como enviar el nego-

oio al mismo Tribunal o a otro según que la Causal admitida se refiriera a las formas del procedimiento o a la aplicación e interpretación de la ley Penal.

Uno de los requisitos más importantes era que el Ministerio Público podía interponer el recurso tanto de la Sentencia absolutoria como de la Condenatoria.

En Colombia, en su primera etapa, tuvo vida durante 24 años, es decir de 1.885 a 1.910. Pero era un recurso bastante limitado, sumamente restringido por cuanto solo tenía cabida en los casos en que la sentencia imponiera la pena de muerte. Luego, mediante la reforma de Reyes, un acto Legislativo que abolió la pena de muerte, el recurso no tenía operancia y podemos decir que quedó derogado sino por la ley, si por la sustracción de materia, ya que al no tener a quien aplicarse, quedaba borrado de la esfera jurídica.

Vino a darle vida la ley 73 de 1.923 con la cual apareció con mayores amplitudes y se ha considerado vigente hasta el presente con una serie de modificaciones sustanciales y a las cuales trataremos de señalar aquí para demostrar como desde épocas remotas el legislador fue sabio y previsible como cuando se presentan casos como el que nos ocupa.

Hecho este breve recuento histórico a manera de ilustración, pasamos ahora a estudiar cada una de las causales de Casación establecidas en el actual Código de Procedimiento Penal en su artículo 570.

11.-

ESTUDIO DE LA PRIMERA CAUSAL.

1a.- Cuando la Sentencia sea violatoria de la ley Sustancial, por infrac-

ción directa o aplicación indebida o por interpretación errónea.-  
 Si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de Derecho o en error de hecho que aparezca manifiesto en los autos.  
 Para la aplicación de esta causal de Casación, es imperativo que la violación sea de una ley Sustancial. La violación de la ley puede ser directa o indirecta. Cuando se emplea el término ley, debemos remitirnos, como dice Fabio Botero, solo a la ley como expresión de la voluntad Soberana de la (Constitución) Nación manifestada en la forma prevenida en la Constitución (C.N. art. 4). De tal manera que no puede hablarse de Costumbre, de doctrina o de Jurisprudencia.

Cuando se quebranta el precepto directamente, hacemos referencia al primer momento fundamental de la función Penal, cual es el de la combinación abstracta y que estudiamos anteriormente. La corte ha puntualizado al respecto: "...se infringe la ley sustancial de modo directo cuando sin consideración a las pruebas que hayan servido al sentenciador para formar su juicio deja de aplicar al caso del litigio el precepto que lo regula, cuando entiende erróneamente la norma legal, o cuando aplica a ese caso una disposición que es extraña a la violación directa se origina pues, en la falta de aplicación, en la interpretación errónea o en la aplicación indebida de un precepto sustancial, a parte de toda consideración relativa a las pruebas sobre las cuestiones de hecho..."

Pueden ser, como lo son, variados los motivos por los que se produce la violación directa de la ley, ellos son:

- 1.- Por la exclusión evidente. La violación se produce cuando el juez aplica equivocadamente una norma que no corresponde al hecho juzgado o cometido

bien sea porque no conoce la vida de la norma o por revivirla. En todo caso, existe violación directa por exclusión evidente siempre que el juzgador "yerra acerca de la existencia de la norma."

2.-Por aplicación indebida. Es el caso cuando no corresponde la sentencia al delito que existe procesalmente, el error está en "la falsa adecuación típica, en la selección de la norma".

3.-Por interpretación errónea. Se da este caso de violación indirecta cuando se le atribuyen elementos a una norma que pertenecen a otra, el error es en cuanto al "significado de la norma".-

En cuanto a la violación indirecta "el quebranto surge de la deformación del hecho juzgado, porque la prueba que lo constituye se piensa que existe o existiendo se deja de aplicar o apreciar, o se valora erróneamente... (Dotero Calderón).

La Corte, sobre la violación indirecta, ha sentado su posición en los términos siguientes: "...Así, pues, solo cuando trate de saber el juzgador de instancia si los hechos materia del litigio están o no probados, es cuando puede acaecer la violación indirecta, esto es, por contragolpe, a causa de las equivocaciones que sufre el Sentenciador en esa investigación...".

En cuanto al error, la norma establece, para acudir en casación, que este sea de hecho o de Derecho. Nuestro máximo Tribunal de Justicia ha definido el error diciendo que "consiste en la falsa noción de una cosa, o sea, en la disconformidad entre la realidad de un ente dado y la imagen que del mismo se haya formado la inteligencia...".-

Creo que en el caso que nos ocupa, no cabría esta causal, si el juez se decidiera por la condena porque se necesita que el error de Derecho se produzca "mediante falsos juicios de legalidad y convicción" y como la Corte ha dicho que no basta cualquier error, sino aquel que decisivamente

gravita sobre los elementos estructurales del delito o sobre las pruebas determinantes, eximentes o modificadoras de la responsabilidad, o demostrativas de circunstancias que hayan influido en la individualización de la Pena" (C.S.P. de J. Casación Penal).—

Entre las formas de violación indirecta tenemos, según el cuadro de Bote-ro, las siguientes:

1a.—Por interpretación falsa:

a) en el Derecho: Se otorga una prueba un valor que la ley no le asigna. El fallador, por exceso o por defecto, estima la prueba como plena cuando es incompleta o como incompleta cuando es plena. Es la desarmonía o disparidad entre la voluntad efectiva del legislador con la prueba y la Sentencia. La impugnación se funda en que sobre una probanza ha recaído una apreciación legal equivocada. Por consiguiente, configura un error manifiesto de Derecho, por falso juicio de convicción, el aplicar a un determinado elemento de juicio un alcance distinto del que la ley atribuye o en negarle el que expresamente le señala.

Se presenta cuando se toman como simple indicio los hechos y circunstancias sujetos a los sentidos externos observados personalmente por el Juez, los testigos o los peritos en una diligencia de Inspección Judicial; cuando al hecho de que el sindicado, a sabiendas, posea o tenga moneda falsa, se le da el valor de presunción legal de responsabilidad; o cuando el documento público no se tiene como plena prueba de los hechos sobre los cuales da fe el respectivo funcionario.

b) en el hecho: se da al hecho que recoge la prueba un alcance objetivo que no tiene, o no se advierte el que en ella aparece. La impugnación se funda en el que el fallador le otorga a la prueba un sentido que no corresponde a su contenido fáctico, bien por defecto, bien por exceso. No se

discute la validéz jurídica, la que se da por sentada; por el contrario, se pone en evidencia que el hecho aprehendido fue desfigurado por el sentenciador en sus dimensiones objetivas. Se configura error manifiesto de hecho, por falso juicio de identidad.

Se incurre en esta alteración si el juzgador afirma que un testigo reconoció al sindicado, cuando en realidad solo dijo que "se le parecía"; si asegura que los peritos concluyeron que la visibilidad era nula, cuando en verdad era nula, cuando en verdad expresaron lo contrario; o si estima que el procesado confesó la intención homicida, cuando simplemente afirmó que solo quiso lesionar a su víctima con el disparo.

2a.-Por apreciación falsa.-

a) de su existencia jurídica. Se trata de impugnar la validéz jurídica de la prueba. Toda prueba debe recogerse observando el principio de legalidad. En este sentido, ha de haberse decretado previamente, ser conocida por las partes y estas haber gozado de la oportunidad de contradecirla. Igualmente, la prueba debe producirse con las ritualidades que le son propias. Cuando su legalidad o sus formas se violan, es absolutamente nula o inexistente y no puede producir los efectos a que está destinada. Es un error manifiesto de hecho, por falso juicio de legalidad, apreciar pruebas que jurídicamente no tienen eficacia, porque se han violado sus condiciones esenciales de validéz o de existencia.

Acontece lo anterior cuando el fallador da por probada la fuerza o violencia contra las cosas con base en una Inspección Judicial que no fue previamente decretada; cuando se considera establecida la responsabilidad del procesado con testimonio que no se recepcionaron en la forma prevenida por la ley; o en caso de que se estime un avalúo cuando los veri-

tos omitieron formalidades sustanciales.

b) de su existencia material: Consiste en que el fallador tiene en cuenta una prueba que no obra materialmente en el proceso. Es un evento absurdo, que puede suceder en la vida real y que no tiene justificación alguna. Sin embargo, la posibilidad de su acaecerse es suficiente razón para tenerla como motivo de impugnación de la sentencia cuando ese exabrupto es su determinante. Consuma un error manifiesto de hecho, por falso juicio de existencia, el apreciar una prueba imaginaria y, por ende, material y procesalmente inexistente.

Puede suceder que se dé por existente una sentencia para el cómputo de la reincidencia, a causa de las reiteradas alusiones de los testigos al hecho de que el procesado fue condenado anteriormente; cuando se da por existente el testimonio de cargo de una persona que no ha declarado, por efecto de las múltiples referencias de ella en el proceso; o cuando se reputa existente un documento escrito por el procesado y dirigido a la víctima, misiva a la que simplemente se remiten algunos testigos.

3a.- Por falta de apreciación.-

Parte del supuesto de que la prueba existe en el proceso y que es válida, no obstante lo cual el juzgador la ignora. Constituye error manifiesto de hecho, por falso juicio de existencia, excluir del juzgamiento la prueba, y, consecuentemente, el hecho que ella establece.

Ocurre en los siguientes casos: cuando no se tiene en cuenta un documento contentivo de un contrato de arras y se condena por abuso de confianza a quien las recibió y estuvo listo a cumplir; cuando se omite la partida de matrimonio del violador con su víctima y se condena por violencia carnal; o cuando no se tiene en cuenta el acta fiscal que establec-

el reintegro de lo apropiado por el funcionario público, y se le condena por peculado sin hacer la rebaja de pena correspondiente.

Así pues, como el Código de Procedimiento Penal en su numeral 2o. del artículo 580 consagra una causal que encaja perfectamente en el caso materia de estudio, pasaremos inmediatamente a su estudio no sin antes señalar que la violación directa corresponde a la primera parte del numeral primero y la indirecta está consagrada en el inciso segundo al decir que si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido en error de Derecho, o error de hecho que aparezca manifiesto en los autos.

### III.-

#### SEGUNDA CAUSAL DE CASACION

2a.- Cuando la Sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de Proceder o esté en desacuerdo con el veredicto del Jurado.-

Esta segunda causal contempla dos (2) hipótesis distintas; la primera, cuando la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder y la segunda cuando está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Si un juez se inclina, en el caso planteado, a dictar sentencia condenatoria, se encontraría con esta traba: la Casación, pues la sentencia daría lugar al recurso por romper la relación de causalidad que debe existir entre el auto de proceder y la sentencia, entre el veredicto y aquella, porque es lógico suponer que el presente caso se da en un proce-

so en que concorra o no la intervención del jurado de conciencia. Tivoleón Moncada en su obra "Comentarios al Código de procedimiento Penal" ha dicho: "...Es el auto de proceder el pliego de cargos que se formulan contra el acusado. Es la demanda, pudieramos decir, sobre que va a versar el debate que con él principia".

Palabras sabias son las expresadas por Botero Calderón: "siendo el auto encausatorio consustancialmente un pliego de cargos, su redacción tiene una trascendencia inusitada en el proceso, pues constituye la piedra angular sobre la cual se levanta el ordenamiento del juicio, en donde necesariamente se apoyan el veredicto y la sentencia. De aquí que el legislador fuera minucioso en determinar el contenido del auto de proceder, al imponerle al juez la obligación perentoria de precisar los cargos que se le hacen al acusado, ya que toda la actuación subsiguiente se limita al debate de ellos para que, en definitiva, el sindicado responda exclusivamente de los que no hubiere logrado desvirtuar. Este debate se circunscribe a los cargos señalados en el auto de proceder y al alcance que se les haya dado..." "...Esto significa que el auto de proceder, el veredicto y la sentencia integran una unidad jurídica sustentada por un eje, constituido por la calificación jurídica, in genere, que se le haya dado al delito. Eje que no puede ser dislocado o modificado por el jurado ni por el sentenciador sin que se derrumbe la estructura legal del proceso."

Cuando se va a dictar sentencia, todo juez de la República debe tener en cuenta que en el proceso obren legalmente producidas la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella. Porque si la decisión le corresponde en un juicio sin intervención de jurado, debe haber la correspondiente

consonancia entre su decisión final y el auto en que se apoya dicha decisión; y si por el contrario, el juicio es con Tribunal de jueces de hecho, los cuestionarios sometidos a los juzgadores en conciencia, también debe haber consonancia ya que a estos jueces de hecho solo se les permite aceptar o no las circunstancias modificadoras y los elementos que constituyen el ilícito, sin entrar en disquisiciones jurídicas que varíen totalmente el hecho sometido a su consideración, sus disquisiciones solo se limitan a las voces que surjan de su conciencia.

La corte en un gran estudio ha hecho un análisis profundo y el cual traeré con el fin de ilustrar un poco más acerca de esta segunda causal.

"Es indudable que en los juicios con intervención del jurado la sentencia del Juez de Derecho recoge la voluntad popular consignada en el veredicto salvo el caso de ser este contrario a la evidencia de los hechos. De ahí por qué, de ordinario, la causal tercera (segunda de acuerdo con el nuevo Código de Procedimiento Penal) no cabe argüirla para buscar contradicción o desacuerdo entre el fallo y el auto de proceder..." "...esta tesis no puede tomarse con un valor absoluto o indiscriminado. Ante todo hay que tener presente que la cuestión que se propone al jurado ha de acogerse a los términos específicos del procesamiento, que delimitan el poder juzgador de los jueces de hecho, máxime si las condiciones o circunstancias que se atribuyen al delito no sufren variación en el plenario de la causa..."

"...En la interpretación de la causal tercera (hoy segunda) precisamente frente a planteamientos como los que ahí se hacen, dijo esta sala en sentencia del 17 de Abril del año en curso lo que pasa a copiarse y que vale como fundamento para que prospere el recurso a estudio, entendiéndolo,

como hay que entender, que la sentencia acusada a mas de no guardar concordanza con el auto de enjuiciamiento se separa del contenido que lógicamente cabe atribuir al pronunciamiento del jurado. En los juicios en intervencion de jurado, como es de elemental conocimiento, la sentencia del juez de derecho debe descansar en el veredicto, auto mediante el cual la Sociedad, representada en los jueces de conciencia, define la responsabilidad del acusado. Pero esta manifestación o pronunciamiento popular tiene que producirse sobre los hechos que son materia de cargo y respecto de los cuales el auto de proceder señala el ámbito y límites del debate en la vista pública de la causa...

En consonancia con lo dicho por la corte, el Código de Procedimiento tiene un juramento especial para los miembros del tribunal popular y que dice: Juráis y prometéis delante de Dios y de los hombres, examinar con la más escrupulosa atención tanto los cargos como la defensa que va a hacerse al acusado; no traicionar ni los intereses de este, ni los de la sociedad que lo juzgas; no escuchar en el desempeño de vuestra misión, ni el odio, ni el temor, ni el afecto; decidir con la imparcialidad y firmeza que corresponde a todo varón honrado, sin atender voz distinta de la vuestra personal conciencia y no hacerlo jamás sin la convicción íntima sobre los hechos respecto de los cuales se interroga; no comunicar con nadie, sino entre vosotros mismos en la conferencia que vais a tener, sobre la causa sometida a vuestra veredicto, y no olvidar que la sociedad os ha confiado la más sagrada de las misiones y la de mayores responsabilidades presentes y futuras cual es la de administrar Justicia entre los hombres. -- Siguiendo en su estudio de la causal segunda, la corte continua: "...No sobra hacer este planteamiento, a efecto de fijar los fundamentos del recurso de casación con aplicación de la causal tercera (se-

gunda): En los juicios con la intervención del jurado tienen que acoplarse y armonizarse tres actuaciones procesales básicas como son el enjuiciamiento, el veredicto y la sentencia. Esta, en primer término y a salvo declaración de contraevidencia, debe acomodarse al veredicto, cuyo texto condiciona la condenación o absolución del acusado. El veredicto, a su turno, no es otra cosa que el pronunciamiento del jurado sobre la cuestión propuesta, cuestión que debe recoger todos los elementos específicos del cargo aceptados en el enjuiciamiento o, en algunos eventos, acreditados en el plenario de la causa.

Si el veredicto no se acopla al llamamiento a juicio o si se pronuncia sobre circunstancias constitutivas o específicamente agravantes del ilícito no sometidas a su consideración, la sentencia que el juez de Derecho dicte conformándola a los términos de la decisión del jurado es una sentencia en desacuerdo con los cargos formulados en el auto de proceder.

No es propio, como lo ha afirmado la Corte al estudiar la causal tercera (hoy segunda) de casación, que en juicio con intervención de jurado pueda presentarse el motivo de impugnación que surge de la desarmonía de la sentencia con el auto de enjuiciamiento, dado que el juez de derecho falla con base en el veredicto. Pero esa tesis no es posible mantenerla con un valor absoluto para concluir que solo es dable confrontar la sentencia con la decisión del jurado puesto que en su desarrollo progresivo la concordancia tiene que mantenerse entre el auto de proceder y la cuestión que se somete a los jueces de hecho; entre el veredicto de estos y los cargos formulados, para en última instancia saber si el fallo es fiel trasunto del proveído enjuiciatorio y del veredicto.

Cuando el jurado afirma una responsabilidad criminal en circunstancias más gravosas de las que se le sometieron a su juicio contraviene el pliego específico de cargos y lo que en tal sentido exprese no obliga al fallador, quien ha de tener por no escrito lo que el jurado exprese más allá de la cuestión sometida a su examen. Aceptar un pronunciamiento excedido virtualmente coloca en pugna la sentencia con el auto de proceder e incluso con el mismo veredicto, que solo es atendible en lo pertinente. Tratar de forzar con el fallo una situación procesal inequívoca, so pretexto de atender y entender un veredicto más allá de su verdadero contenido autoriza y da fundamento a la causal tercera de casación (hoy segunda)".

es mucho lo que hay que hablar sobre este tema de la discordancia entre la sentencia y el auto de proceder, pero nos reservamos otros comentarios, para analizarlos en el capítulo VI de esta misma obra.-

#### IV.-

#### TERCERA CAUSAL

3a.- Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto contradictorio.-

Como en toda causal de Casación, para recurrir, para recurrir a la corte sobre una sentencia, lógico es que esta se haya producido en un proceso. Pues bien, vamos a ver cuando se produce un veredicto contradictorio. La sentencia, se ha afirmado en variadísimas ocasiones, debe tener su sosten jurídico en el auto de proceder, por lo tanto si este no contempla los cargos en que se basa la sentencia, esta sería indudablemente un acto jurídico inexistente.

Sea esta la oportunidad para aclarar la sustancial diferencia entre un acto procesal inexistente y las nulidades en forma general. En la ine-

xistencia el acto no alcanza tener vida, es una moción procesal; mientras que la nulidad ha tenido existencia, ha tenido nacimiento jurídico, lo que sucede es que por vicios de forma o de fondo, debe anularse para una mejor valoración de los derechos del hombre. El C. de P. P. en su artículo 214 expone: Cuando la ley exija expresamente para la validez de determinado acto, que se llenen ciertas formalidades, y estas no se observaren, se considerará sin necesidad de resolución especial que tal acto no se ha verificado.

Se deduce que para la validez de ciertos actos, es requisito sine qua non ciertas formalidades, la omisión de ellas, se tiene que tal acto no se ha efectuado y lo más importante es que no necesita resolución especial para decretar la inexistencia.

En su obra "Casación y revisión en materia Penal" Calderón hace un estudio de los veredictos inexistentes y dice que toda respuesta del jurado que no esté concebida en una decisión categórica de responsabilidad, viola el esquema lógico del veredicto.

Ha trazado el siguiente cuadro:

1o.- Los anfibológicos: Son aquellos cuyo contenido conceptual se agota en un punto en que no es posible aprehender su auténtico y verdadero sentido. Comprende siempre una decisión inacabada, a medias, pues la responsabilidad que atribuyen o niegan, no puede ser traducida al Derecho con absoluta fidelidad. Los anfibológicos poseen estas variantes:

a) por absurdos. Cuando manifiesta una dialéctica que los constituye en proposiciones jurídicamente indecifrables. Si un jurado responde: "puede ser responsable, dudamos de su inocencia," ha proferido una determinación basada en la duda de inocencia y correlativamente fundada en la incerti-

dumbre de culpabilidad. Ha emitido un "sí" a medias, quebrantando la decisión categórica de responsabilidad, esquema lógico de todo veredicto.

b) por incompletos. Cuando componen proposiciones inconclusas que dejan un vacío conceptual que no permite ubicar con exactitud la especie delictiva o el grado de responsabilidad que atribuyen. Si el jurado responde: "Es responsable, pero sin intención de matar", desconoce en forma expresa el elemento subjetivo del tipo, desintegra la figura del homicidio voluntario o de propósito. Esto no significa que el veredicto tenga carácter absolutorio porque el "propósito de matar" puede estar ausente del homicidio y sin embargo continuar subsistente en una cualquiera de sus especies. En efecto, el homicidio culposo y el preterintencional, rechazan esa específica intención. Al no quedar ninguna de estas alternativas consignadas en el veredicto, el juez no puede, so pretexto de interpretarlo, optar por una de ellas, porque, en tal caso, obraría como juez y jurado a un mismo tiempo, ya que tendría que completar la voluntad de este, con riesgo de perpetrar un atropello a la institución, o al procesado.

2o.- Los contradictorios.- Aquellos cuyo contenido conceptual es inane porque las proposiciones que los integran se anulan recíprocamente. Comprenden una afirmación y una negación simultáneas, o una idea positiva frente a otra negativa, que no logran formar la síntesis lógica de una decisión categórica. Violan el principio de contradicción, que consiste en que una cosa no puede ser y no ser a un mismo tiempo y por un mismo respecto. Este veredicto se subdivide en:

a) antitéticos: Cuando acusan antilogía total entre las proposiciones que las integran, porque en unas afirman lo que en otras niegan, y viceversa. Si el jurado responde: "no es responsable, actuó con exceso de legítima de

fensa",niega la responsabilidad en una de las proposiciones,a tiempo que la afirma en la otra.No hay decisión,es la ausencia absoluta de veredicto.

b) Antinomicos: Cuando expresen antilogía parcial en una cualquiera de las proposiciones que lo constituyen, pues si bien una de ellas es clara, la otra es antitécnica. En esta última afirma y niega a la vez algo que no contraría la primera. Se trata de un predicado que se anula a si mismo. Si el jurado responde: "es responsable con sevicia y en estado simultáneo de ira causado por grave e injusta provocación", declara una responsabilidad pero en la proposición explicativa, queriendo determinar el grado imputado, resulta fallido. Esta respuesta no alcanzó a ser una decisión categórica de responsabilidad.

Para aclarar todo esto la Corte ha dicho "...no se puede interpretar un veredicto supliendo el pensamiento o el espíritu de sus mismos términos, con la opinión que ellos merezcan al Juez"... Con el pretexto de interpretación puede el fallador salirse de sus atribuciones, reconociéndole al veredicto una proyección Penal que no le corresponde".

Hay que diferenciar entre lo que es veredicto contradictorio y veredicto contraevidente. "El veredicto contradictorio-ha dicho la corte- es el que consta de dos proposiciones, de las cuales una afirma lo que la otra niega, sin que puedan conciliarse sus voces; por ejemplo, cuando se niega la ejecución del hecho y se afirma que se hizo con determinado propósito, o si se dice que un procesado es responsable de un asesinato, pero que procedió en legítima defensa. La contradicción debe encontrarse en el veredicto mismo y no entre el veredicto y las partes del proceso. El

notitie la Corte.

proce del Tribunal Popular se anulan o contraponen respectivamente como lo  
 ralidad de enjuiciados, cuando las respuestas que han emitido son sien-  
 la pena, antes de que se pueda recurrir en casación, en este caso de plu-  
 de uno de ellos según las pruebas que consten en el proceso. Lo que vale  
 onarios de acuerdo con el grado de culpabilidad que le correspondan a ca-  
 plural, lo que sucede en este último caso es que se formulan los cuesti-  
 nal, es que así como el enjuiciado puede ser singular, también puede ser  
 Otro punto que es necesario tomar en cuenta en el análisis de esta cau-  
 rado, se hace tan solo en conciencia o por íntima convicción. . .  
 do, para ver si la ley penal se ha aplicado correctamente, y el fallo del ju-  
 deralmente un estudio de Derecho sobre la sentencia de segundo gra-  
 expuesto en muchas oportunidades, que este recurso extraordinario es fun-  
 está dirigido en causal de casación, entre otras razones que la Corte ha  
 tento. En cambio, el veredicto contrario a la evidencia de los hechos no  
 ha dicho que el veredicto contradictorio equivale a veredicto ínter-  
 toces la sentencia carceraria de toda parte regional y local. Por eso se  
 de que puede constar son contradictorias, se destruyen mutuamente y en  
 se en el fallo del Tribunal Popular. Es claro que si las proposiciones  
 sentencia, en los juicios en que interviene el jurado, tiene que pasar  
 dicto contradictorio está dirigido en causal de casación, porque la  
 podido llevar la convicción racional de los jueces de hecho. Si vere-  
 pruebas procesales, el que no está basado en demostraciones que hayan  
 veredicto contradictorio, en cambio, es el que no tiene respaldo en las

218

#### CUARTA CAUSAL DE CASACION

V.- Cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad. El artículo 213 Del C. de P. B. establece: Salvo disposición legal en contrario, las causales de nulidad establecidas en los artículos 210 y 211 podrán alegarse en cualquier estado del proceso. Pero dictada la Sentencia de segunda instancia, no se podrán alegar sino en el recurso de casación.

Sabido es que las causales de nulidad son taxativas y por lo tanto su interpretación es de carácter restrictivo, por lo tanto, estas deben estar consagradas específicamente para poderse considerar como tal, de lo contrario, sería una irregularidad procesal que conllevaría sanciones disciplinarias o Penales al juez que tiene el conocimiento. Tal sería, por ejemplo, el Juez que delega en su secretario la facultad de recibir denuncia, la omisión de las prevenciones acerca del falso testimonio, etc.

Las nulidades pueden ser legales y constitucionales.

Las primeras están consagradas en el artículo 210 de nuestro Código de Procedimiento y las Segundas en la Constitución Nacional. Recoge el Código de Procedimiento en su artículo primero la legalidad del proceso, como desarrollo del artículo 26 de la C. N. - A estas serie de principios constitucionales sobre las formalidades que deben tener todo juicio, se las conoce con el nombre de nulidades supraliberales o Constitucionales.

No es menester extenderse en un análisis de la presente causal, por cuanto el caso de "Inculpabilidad legal no contemplada en nuestro Código Penal", hemos partido de la base que es un proceso legalmente dirigido,

sin que se produzcan los vicios que motivan recurrir en casación por medio de este último numeral. Además, en el capítulo II, se hizo un estudio amplio al respecto.

CAPITULO V.-

AUTO DE CESACION DE PROCEDIMIENTO

Está consagrado en el artículo 163 del Código de Procedimiento Penal y en él se señalan los supuestos para que se le pueda utilizar. Dice dicho artículo, que en cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado... el Juez, previo concepto del Ministerio público, procederá, aun de oficio, a decretar auto en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el procesado.

Naturalmente que para darle aplicación es necesario que se presenten una serie de requisitos que expresamente están consagrados en el artículo 163 y se den, esos, solamente esos supuestos.

Es muy frecuente encontrar equivocaciones imperdonables de algunos Abogados en confundir los requisitos del artículo 163 con el 320 y el 491 del C. de P. P. y que dicen respectivamente:

En cualquier estado del proceso en que aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse, el juez, previo concepto del Ministerio público, procederá, aun de oficio, a dictar auto en que así lo declare y ordene cesar todo procedimiento contra el procesado.

El auto a que se refiere el inciso anterior debe ser consultado.-

Auto inhibitorio.- El juez instructor se abstendrá de iniciar Sumario cuando aparezca que el hecho no ha existido o que no está previsto en la ley como infracción o que la acción penal no puede iniciarse. Tal decisión se tomará en providencia motivada contra la cual proceden los

recursos ordinarios por parte del ministerio público y del denunciante o querellante.-

Sobreseimiento definitivo.-El sobreseimiento será definitivo:

1.-Cuando aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, y

2.-Cuando resulte plenamente demostrado que el hecho se realizó en alguno de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal.-

Es un error del que no se han escapados ciertos jueces al extraer conclusiones erróneas partiendo de elementos exactos, o bien ha deducido conclusiones lógicas, pero partiendo de bases falsas.

Valga esta ocasión para hacer una división tripartita entre estas normas de nuestro régimen penal adjetivo:

El artículo 163 tiene aplicación en cualquier estado del proceso cuando se compruebe la inexistencia de cualquier elemento de la norma. Por tanto puede el juez decretarlo, de oficio o no, en cualquier momento del sumario o en cualquier momento del juicio. Solo es necesario comprobar procesalmente una de las alternativas consagradas en la norma. Según el viejo principio de que donde el legislador no distingue al interprete no le es dado distinguir, observamos que para dictar el auto consagrado en el artículo 163, es necesario previo concepto del Agente del Ministerio público para su aplicación, el cual puede ser favorable o desfavorable, con lo cual se establece que el juez bien puede abogerarse al criterio del representante de la sociedad o rechazarlo.

Hay que entender que la providencia que dicta el Juez en este caso no es una sentencia, es, solamente, un auto interlocutorio. Esta providencia debe consultarse, cualquier parte puede interponer los recursos legales.

El artículo 320 consagra el "Auto inhibitorio". A pesar de contemplar presupuestos más o menos iguales no se hizo una sola norma porque precisamente la diferencia con el 163 radica en que se aplican en momentos distintos del proceso. Además, el 320 no requiere traslado especial, no requiere concepto del Ministerio público, siempre se aplica antes de que exista proceso, no se consulta, es una providencia interlocutoria, acepta los recursos ordinarios los cuales pueden impetrar el denunciante o querrelante y el Ministerio público.--

Otro artículo que tiene bastante similitud con los dos anteriormente expuestos, es el 491 del C. de P. P., pero también tiene sus diferencias tanto con el uno como con el otro, pues en este se requiere concepto del Ministerio público, no requiere traslado especial. Se dicta cuando ya ha pasado la etapa del sumario concretamente, o como dice el artículo 488 del C. de P. P. así: Si no fuere el caso de proferir auto de proceder, el Juez dictará auto de sobrestamiento temporal o definitivo. Este último es el que consagra el 491 del C. de P. P. Esta providencia es susceptible de recursos y si no se presentan, debe ser consultada.

Para una mayor ilustración acerca de la similitud de estos tres artículos, me permito hacer un esquema identificando en cada artículo, las hipótesis en ellos contempladas, las cuales identificaremos con una letra que aparece al final de cada proposición.

Artículo 163:

- 1.-que el hecho imputado no ha existido(A).-
- 2.-que el procesado no lo ha cometido(D)
- 3.-que la ley no lo considera como infracción Penal(B).-
- 4.-que la acción Penal no podrá iniciarse o proseguirse(O)

Artículo 320:

- 1.-que el hecho no ha existido(A).-
- 2.-que no está previsto en la ley como infracción(B).-/
- 3.-que la acción Penal no puede iniciarse(O).-

Artículo 491:

- 1.-que el hecho imputado no ha existido(A).-
- 2.-que el procesado no lo ha cometido(D).-
- 3.-que la ley no lo considera como infracción Penal(B).-

Con lo anterior creo que quedan aclaradas las dudas y confusiones sobre estos 3 artículos. Por lo tanto pasemos a estudiar cada uno de los presupuestos establecidos en el artículo 163 que es el que nos ocupa con respecto al caso planteado en el capítulo I de esta tesis.

1.-

QUE EL HECHO IMPUTADO NO HA EXISTIDO

Se da aplicación a esta hipótesis contemplada en el artículo 163 del C.deP.P.cuando el hecho imputado no ha existido. Ese hecho debe tratarse de una conducta delictiva.

Como quiera el Juez está en la obligación de abrir investigación por los delitos investigables de oficio si fuere competente o dar aviso

al que lo es en caso de no serlo, no tiene absolutamente nada de particular que una persona pueda estar involucrada en un "delito" que jamás ha cometido, o mejor, que jamás ha existido y que se ha visto envuelto en esas circunstancias por esos avatares de la vida. De ahí que este supuesto tenga una gran importancia, ya que una vez probado que el hecho se produjo por circunstancias de fuerza mayor o fortuitas (que se deben investigar por ser hechos tipificados como delito) o su inexistencia más que todo, debe dictarse la providencia del 163 en que se ordene cesar todo procedimiento por ausencia de "un presupuesto de procedibilidad".

A la luz de nuestro derecho no hay problema alguno para darle aplicación a esta norma, porque como vimos anteriormente, en Colombia todas las personas son imputables, bástense recordar el artículo 11 del Código Penal que dice que todo e. que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable....-

Jufere decir lo anterior, como ya lo afirmamos, que se pueden declarar imputables tanto a los normales como a los anormales. Pero surge un interrogante: Si el hecho imputado, que no ha existido, ha sido "cometido" por un anormal, qué camino le toca tomar al juez?.-Sabido es que a estos seres, los anormales, se les aplican medidas de seguridad y no penas, pero una vez se les otorgue la facultad del 163 y se compruebe su estado de "inocencia", podrá el juez ordenar su reclusión en un manicomio criminal, o en una colonia agrícola especial, o la libertad vigilada, o el trabajo obligatorio en obras o en empresas públicas, o la prohibición de concurrir a determinados lugares públicos?.-Pienso que

si es factible, el juez puede ordenar su reclusión en un manicomio criminal por dos motivos:

- 1.- Porque el Estado al iniciarse una investigación no lleva el ideal de intimidar al delincuente, ni el de que la pena fuese una medida de expiación del delito. Esta se aplica solamente en defensa de la Sociedad y esta necesita defenderse tanto del que es normal como del que no lo es.
- 2.- Porque el Estado está en la obligación de defender a los asociados y no sería justo dejar que un alienado mental ande por las calles atentando contra la integridad personal o contra los bienes de las personas. Además es un deber de todo estado de tener centros en donde poder albergar todas estas personas que han llegado hasta ese estado y evitarles que se pongan a la burla de transeuntes inescrupulosos. Tanto es así lo anterior que el acto legislativo No. 1.- de 1.936 en su artículo 9, incorporó al Título III de la Constitución Nacional, llamado de los Derechos civiles y garantías sociales el actual artículo 16, el siguiente tenor:

"Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares." Mas adelante el artículo 19 de la misma Constitución agrega que la asistencia pública es función del Estado. Se deberá prestar a quienes careciendo de medios de subsistencia y de derecho para exigirla de otras personas, estén físicamente incapacitados para trabajar.

La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en

que deba darla directamente el Estado.

Para ilustrar un poco más mis apreciaciones acerca de cuando el hecho imputado no ha existido voy a transcribir un relato que hace René Floriot en su obra "los Errores Judiciales" en el que no se había cometido crimen alguno pero es condenado un hombre.

Es posible condenar a un hombre por un crimen que no se ha cometido? ¡Ay! Este error bastante más frecuente de lo que se imagina y puede producirse en dos casos bien diferentes.

En el primero tenemos que la Justicia cree que se encuentra en presencia de un asesinato cuando se trata en realidad de una muerte natural o un suicidio; encuentra un "culpable" y lo condena.

Una muerte natural puede, efectivamente, ocurrir de tal manera que despierte graves sospechas. No creo tener que recordar aquel proceso que ocasionó a la opinión: una buena Señora tenía numerosos parientes que morían uno tras otro y a los que heredaba. La cosa no resultaba de ser bastante inquietante y enormemente sospechosa. Se exhumaron los cadáveres, a los que se encontró impregnados de una fuerte dosis de arsénico. La buena señora fue detenida y permaneció en la cárcel hasta el día en que se comprobó que el agua del Cementerio arsénico y había podido impregnar los cuerpos.

No pretendo que tal comprobación probara por sí misma la inocencia de la acusada, pero sí impedía una condena basada únicamente en la presencia de arsénico en los cadáveres. Esta fue la opinión de los Jueces que la absolvieron. La desventurada había estado detenida durante cinco años y escapado, por muy poco, a una grave condena a raíz de su primera comparecencia ante el Tribunal.

En caso de muerte violenta es con frecuencia muy difícil certificar con certidumbre las causas de la defunción: ¿Suicidio o asesinato?. Si la Justicia opta por la última hipótesis cuando en realidad la víctima se ha dado voluntariamente la muerte, sentirá la tentación de detener al presunto culpable.

No citaremos más que un caso de una serie demasiado dilatada.

Hace algunos meses, en una gran ciudad del Este, se encontró muerta a una mujer. Su marido, doctor en medicina, tenía una amante. La esposa, que no le moraba nada sobre su infortunio, parecía sufrir bastante. ¿se había dado muerte por desesperación o por el contrario la había asesinado el marido infiel decidido a desembarazarse de una compañera molesta para contraer matrimonio con la que amaba?. Predominó esta segunda versión, ya que el médico había cometido la imprudencia de escribir a su amante que haría todo lo posible para recobrar su libertad y hacer su vida con ella.

Un primer experto que examinó el cadáver llegó a la conclusión del crimen y el hombre fue detenido. Bastante tiempo después, otros más calificados demostraron que la mujer se había dado voluntariamente la muerte.

La buena Señora de antes permaneció cinco años en la cárcel. El médico, más afortunado, tan solo algunos meses...

Interrumpamos la enumeración de estas causas de errores, pues son resultantes, como hemos podido ver, de conclusiones erróneas suministradas por los expertos. Volveremos con mayor extensión en el capítulo consagrado a estos auxiliares de la Justicia (Capítulo que narra Re-

né Floriot en su obra antes mencionada)

11

QUE EL PROCESADO NO LO HA COMETIDO

Podríamos decir que procesado es toda aquella persona a quien la autoridad competente le ha iniciado sumario.

De la anterior definición deducimos que cualquier persona puede estar involucrada en un proceso, más aun, puede ser detenida ya que los requisitos exigidos por el artículo 439 del C. de P. P. son muy amplios, a saber:

Cuando la infracción por que se procede tuviere señalada pena privativa de la libertad, el procesado será detenido si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, según el artículo 236 de este código, o un indicio grave de que es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho que se investiga.

En este supuesto lo que hay que probar es que el procesado no ha cometido el hecho. El delito, efectivamente se ha producido pero el sindicado no es el mismo que cometió el ilícito. Y el no ser él el autor de esa conducta puede deberse a diversos factores tales como encontrarse en otro lugar muy distante de aquel donde ocurrió el hecho a pesar de estar en el mismo lugar no pudo cometerlo por circunstancias que le imposibilitaron la comisión. Por eso desde tiempos inmemoriales existe el derecho de defensa, oportunidad que tiene el procesado para alegar por intermedio de un Abogado todas las circunstancias favorables a su defensa. Para que se dé aplicación a este

presupuesto es necesario, como en todos los del artículo 163, que el proceso se haya iniciado y que solamente durante el transcurso del mismo proceso se pruebe el caso correspondiente; en este caso, que el procesado no lo ha cometido, porque es en esta etapa donde mayor oportunidad de investigación tiene el Juez y se comprobará si tiene derecho o no a este beneficio.

III.-

QUE LA LEY NO LO CONSIDERA COMO INFRACCION PENAL.

Sabemos que las infracciones de la ley penal se dividen en delitos y contravenciones.

Por regla general las contravenciones son de conocimiento de las autoridades de policia.

La Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la Ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.

Las Leyes tienen genéricamente su origen en el Congreso. Este a su vez, reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias asignandole por tiempo determinado ciertas funciones que por naturaleza le corresponden al Senado Y Cámara. Es así como el Presidente de la nación en virtud de esas precisas facultades expide códigos previo los estudios de una comisión asesora en donde se señala a cada hecho una conducta delictiva.

Así pues, para que pueda iniciarse un proceso, es necesario que la ley le haya dado carácter de delito, haya creado una conducta típica, que

es el alma y vida del delito. Por tanto es requisito sine qua non, que la ley le de el carácter de delito. Así, tenemos por ejemplo, que si un Juez inicia Suicidio contra una persona por creer que el adulterio es delito, puede, en cualquier momento procesal, dar aplicación al 163 por falta de tipicidad.

Alfonso Reyes en su obra "La Tipicidad Penal" ha dicho: "La sociedad se explica como un conjunto de comportamientos humanos orientados a la obtención de fines que dicen relación con su conservación y desarrollo; sin embargo, no todos estos comportamientos se proponen tal finalidad; hay algunos que, por lo contrario, lesionan o ponen en peligro su estabilidad; frente a ellos, el Estado-garantizador de estos bienes sociales-debe adoptar una política doblemente eficaz, en cuanto orientada a prevenirlos para evitar que se menoscabe la integridad del grupo y la de cada uno de sus miembros y a reprimirlos cada vez que se realice. Pero esta labor no es uniforme y mecánica, ni podía serlo, ya que, siendo diversa la intensidad de la lesión producida con tales hechos, diverso ha de ser también el tratamiento.

Cuando el Estado considera que una conducta humana altera solamente el equilibrio económico entre dos o más individuos o disminuye intereses de valores intrascendente o lesiona a penas levemente bienes personales importante, en una palabra, cuando cree que los intereses de la colectividad que orienta y dirige de acuerdo con la concepción socio-política que lo conforma y nutre no resulte seriamente menoscabado, entonces busca el equilibrio mediante una regularización normativa de tales comportamientos dentro de un área jurídica ius-privatista. Cuando en cambio, considera que un hecho pone en riesgo o efectivamen-

vulnera valores individuales o sociales o altera su propia estabilidad, recoge tal comportamiento en normas positivas, lo prohíbe y respalda la prohibición tácitamente en él contenida con la amenaza de una sanción de inusitada severidad: la pena criminal; con lo que su ubicación trasciende al ámbito del Derecho privado para asentarse en los predios del Derecho Penal, que es de orden público interno.

La descripción que de estos últimos comportamientos hace el Estado por medio del legislador, es lo que los Alemanes han llamado Tatbestand, Los Italianos Fattispecie legale y los Españoles, tipicidad. No queremos con esto significar que la tipicidad sea un concepto propio y exclusivo del Derecho Penal porque reconocemos que también se predica de otros ordenamientos jurídicos; lo que sucede es que solo en materia Penal alcanza una función agotadora y excluyente, de tal manera que su inexistencia hace que la conducta humana sea jurídicamente irrelevante.

#### IV.-

#### QUE LA ACCION PENAL NO PODIA INICIARSE

Es pertinente transcribir apartes de un comentario hecho por el Doctor Antonio Vicente Arenas, en su obra titulada "Procedimiento Penal", cuando dice: "No es suficiente, para iniciar validamente el proceso, que exista un hecho realmente cometido, tipificado como delito e imputable a determinada persona. Es preciso también que en momento de su iniciación esté vigente la acción Penal y se ejerza en debida forma. Si la acción ha prescrito, o el procesado ha muerto, o no se ha formulado querrela o petición especial en los casos en que tal requisito es "necesario"

serio" para la iniciación del Suamrio, no se puede iniciar el proceso y si se ha iniciado en tales circunstancias, debe terminar con auto de cesación de procedimiento.

El artículo 105 del Código Penal consagra la prescripción de la acción Penal en la siguiente forma:

En treinta años, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años o más.

En un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición Penal, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años y menor de veinte.

En cinco años para los demás delitos.

Valga repetir que la acción penal es siempre pública y que puede moverse la actividad judicial de oficio, mediante denuncia y por medio de querrela. De oficio cuando el Juez tenga conocimiento de que se ha cometido algún delito investigable por ese medio. La denuncia es un requisito que una vez puesta en conocimiento de las autoridades sigue su curso oficiosamente. En la querrela se necesita legitimidad en la personería del querellante.

Si llegare a comprobarse a través de un proceso la ilegitimidad en el querellante en aquellos delitos en que no se puede abrir investigación oficiosamente, no se podrá dar aplicación al artículo 163 porque por expreso mandato del ordinal 2o. del artículo 210 del C. de P. P. hay que declarar la nulidad del proceso desde sus inicios.

QUE LA ACCION PENAL NO PODIA PROSEGUIRSE

Puede resultar que validamente se inicie un proceso y en el curso de él encontrarse fallas para poder seguir instruyendo. Así tenemos que la prescripción es motivo de improcedibilidad. El artículo 106 y 107 del Código Penal dicen respectivamente, al respecto, lo siguiente:

La prescripción de la acción comenzará a correr, para las infracciones consumadas, desde el día en que se perpetró el último acto de ejecución, y para las infracciones continuas, desde el día en que se verificó el último acto.-

La prescripción de la acción Penal se interrumpirá por el auto de proceder.

Interrumpida la prescripción, principiará a correr de nuevo desde el día de la interrupción; pero en este caso el término de la prescripción no podrá extenderse más allá del señalado en el artículo 105.-

Otras causales de improcedibilidad son la muerte del procesado; aclaro que si la muerte se produce dentro o, mejor, durante la ejecución de la Sentencia, no se da aplicación al 163 porque ya no se ordenará cesar procedimiento ya que este está agotado. Lo que se dicta es una providencia interlocutoria en que declare la muerte del procesado y la extinción de la pena, de ahí que el artículo 100 del Código Penal diga:

La muerte del procesado extinguirá la acción Penal.

La muerte del condenado extinguirá los efectos de la sentencia, y todas las consecuencias penales de la condenación; pero no impedirá que se lleve a cabo el comiso, ni que se haga efectiva la indemnización

de perjuicios sobre los bienes del causante.

Tampoco se pueda proseguir el proceso por desistimiento. El desistimiento en materia Penal, es la excepción de que todo delito es investigable de oficio. En consecuencia, si el delito que es lo principal se extingue, pues también se extinguirá la acción y la condena por aquello de que lo accesorio corre la misma suerte de lo principal.

Tengase presente, por regla general, que todo delito admisible de querrela es susceptible de desistimiento. Este no procede cuando el delito es atentatorio contra la asistencia familiar que, como se sabe, exige petición de parte para iniciarse, y por ningún motivo deberá el juez abrir investigación oficiosamente. Ahora bien, si el procesado garantiza bajo caución el cumplimiento de sus obligaciones, se suspenderá la acción penal por un tiempo equivalente al máximo de la pena, lo que significa que si se produce dicha violación, el Juez seguirá instruyendo el proceso hasta finalizarlo.

Otro medio de no proseguirse el proceso, es la caducidad. Cuando la querrela, por ejemplo, se presenta después de seis meses de la comisión del delito.

Tampoco se puede proseguir cuando en el delito de estupro, por ejemplo, el estuprador se casa con la víctima. Existen otros medios que imposibilitan, al menos legalmente, proseguir la ejecución de un proceso y que no mencionamos por ser de escasa ocurrencia.

Vl.-

PODRE REGRATARSE DE OFICIO

66

Para dar aplicación al artículo 163 del Código de Procedimiento Penal sobre el cese de procedimiento no es necesario que la parte interesada haga la petición al Juez para que este la conceda. Recuérdese que la naturaleza de la acción es siempre pública tratándose de cuestiones Penales. Por tanto puede oficiosamente el Juez decretarla en cualquier estado del proceso en que compruebe cualquiera de las modalidades que estructuran este beneficio en el procesado. Esto es de elemental lógica por cuanto el Estado no está interesado en hallar siempre y en todas las circunstancias, un culpable. El juez, recuérdese, debe investigar tanto lo desfavorable como lo favorable para que se pueda hablar de las garantías procesales y el Estado que tiene a su favor todos los medios disponibles para adelantar investigaciones científicas, no puede apartarse de la obligación que tiene de corresponder en ambos casos con absoluta igualdad y ser imparcial en sus decisiones para que se pueda corresponder así, al principio de la igualdad de la Justicia.

CAPITULO VI.-

CONCLUSIONES.-

I. DAÑO PUBLICO Y PRIVADO EL DELITO.-II. PARTE CIVIL.-III. PROTECCION DE LA SOCIEDAD.-IV. DERECHO DE DEFENSA.-V. TRABAS JURIDICAS.-VI. LOGICA CONCLUSION.-

I.- Hemos concluido el estudio de cinco capítulos en los cuales se han analizado en forma bastante amplia cada una de las posibles soluciones que podrían encajar en el tema expuesto en el capítulo I.- de este trabajo.

Reuniendo todos los capítulos anteriores advertimos que ninguno da una solución concreta, o una solución de pleno Derecho.

Dividamos, para una mejor comprensión, en dos partes nuestras consideraciones.

A) Cuando se presenta el caso en juicios con intervención de jurado y

B) Cuando se presenta el caso en juicio sin intervención de jurado.

En el primero de ellos la sentencia del Juez de Derecho debe basarse estrictamente en el veredicto emitido por el Tribunal Popular. De ahí que su decisión debe tener como base la de los jurados y que no pueda apartarse de lo que se ha consignado en el fallo, él está obligado a aceptar tal decisión limitándose solamente a decretar contraevitente el veredicto en caso de considerar que no hay identidad entre la decisión del tribunal popular con la verdad procesal, a no ser que en el auto de proceder se le someta a consideración acerca de un homicidio intencional, caso en el cual el juez tendrá por no escrito lo expresado por los jueces de hecho ya que el proceso no concebía e-

ses cargos y por tanto no podía defenderse de hechos que solo tuvieran visos de legalidad en la mente de sus juzgadores.

Pero tengase muy en cuenta este aspecto, a fin de evitar equívocos, pues lo que no se admite es, oigáse bien, la discordancia entre el fallo del Jurado y los cargos del vocatorio a juicio en cuanto se le asigne por el jurado una circunstancia más gravosa que la contenida en el pliego de cargos hechos en el auto de proceder. En consecuencia el Género del delito es lo inmodificable cuando se ha llegado con esa denominación al final.

Lo anterior no obsta para que en un determinado proceso el jurado pueda considerar circunstancias modificadoras en cuanto atenuan la responsabilidad del enjuiciado ya que lo que se exige es que el fallo deba estar de acuerdo con el pliego de cargos para poder afirmar categóricamente que al producirse la condena, esta se le hizo al condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio. Y es claro, como ya lo anotamos, que si una circunstancia agravante de la responsabilidad no consta en el vocatorio, no puede jamás ser tenida en cuenta por el Juez y con mucha más razón no podrá este dictar sentencia en que considere tales circunstancias agravantes que no consten en el llamo a Juicio y que tampoco las ha tenido en cuenta los jueces de conciencia (que sabemos no pueden considerarla).

Cosa bien distinta y que da lugar a interpretaciones erróneas son las circunstancias consignadas en el artículo 36 del Código Penal y que muchos confunden con las circunstancias específicas o modificadoras

de responsabilidad.

En las circunstancias de mayor o menor peligrosidad el juez, no es que caprichosamente las aplique, tendrá la facultad de deducir el mínimo o máximo de la pena, o aumentarla o disminuirla de acuerdo, como lo dice el artículo 36 del Código Penal, a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la peligrosidad del agente.

Deducimos entonces, que sometido a decisión del Jurado un cuestionario que diga, por ejemplo, que el acusado Prudencio Ramirez Buelvas es responsable de haber dado muerte a Mengano el día 25 de Julio de 1.975 y que actuó en estado de ira e intenso dolor por grave e injusta provocación al decir el Señor Mengano que él y su madre etc. Si el jurado acepta tal circunstancia, el juez al acatarla, dictará sentencia de acuerdo con ese veredicto, pero tendrá en cuenta, además, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que agraven o atenuen la pena y no la responsabilidad, que son aspectos totalmente distintos.

Hemos visto que la sentencia debe estar de acuerdo con el veredicto del jurado, en los juicios en que estos intervienen, de manera que ningún Juez puede dictar sentencia cuando no se identifique lo uno con lo otro, porque de hacerlo, su sentencia condenatoria será casable de acuerdo con lo establecido en el numeral 2.-del artículo 580 del C.de P.P.

B).--Analicemos el caso cuando se presenta en juicio sin intervenci-  
ón de Jurado.

Instruido todo el proceso, el Juez al momento de fallar debe tener en  
cuenta el contenido del auto de proceder, y si varían las circunstan-  
cias al momento de dictar la sentencia, debe abstenerse de condenar  
porque de hacerlo, su decisión será casable de acuerdo con lo estable-  
cido en la primera hipótesis del numeral segundo del artículo 590  
del C. de P. P.

De ahí que el Juez de derecho no pueda salirse de ese marco que se le  
ha trazado, porque si se llegó en todo el período probatorio a la con-  
clusión errónea y no aquel el delito, ya sea por falta de una buena  
técnica investigativa o porque las circunstancias así lo determinaron,  
necesariamente el juez debe abstenerse de dictar sentencia condenato-  
ria.

No puede él salirse de ese esquema trazado en el auto de proceder, ya  
que estaría consignando en la sentencia hechos que no fueron debati-  
dos o impugnados y con los cuales se viola el principio de adelantar  
el proceso con las formas propias de cada juicio.

Para una mejor comprensión de lo anteriormente expuesto, se transcri-  
ben varios apartes de Jurisprudencias emitidas por nuestra Corte Su-  
prema de justicia en distintas ocasiones sobre el tema en comento, en  
la siguiente forma.

"...el cuestionario que el juez sujeta al jurado, al principiarse la a-  
udiencia pública, se formulará así. El acusado H. N. es responsable de

los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder, determinando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica) porque el auto de proceder es la demanda contra el procesado, y en la motivación, a más de la "calificación genérica del hecho que se imputa", deben consignarse "las circunstancias conocidas que lo especifiquen".

El acusado tiene derecho a saber desde la vocación a juicio cuál es el delito que se le atribuye, pero no únicamente en su género, puesto que si hay circunstancias específicas que lo agraven o le den particular fisonomía, frente a la ley Penal, como ocurre cuando el homicidio toma la denominación de asesinato por concurrir alguna o algunas de las circunstancias previstas en el artículo 363 del Código Penal, sobre ellas tiene que hacer mención el llamamiento a juicio, pues de otro modo no podrían controvertirse en el plenario, ni debatirse en la vista pública de la causa. Sería, en síntesis, un proceder desleal con el acusado y una flagrante violación del derecho de defensa. Por ello el Código de Procedimiento Penal solo autoriza al Juez en la sentencia, cuando se trata de juicios con la intervención del jurado, apreciar y calificar "las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, cuando no sean modificadoras o elementos constitutivos del delito" puesto que si de tales se trata están dentro de la órbita de los jueces de hecho.

Y están dentro de la órbita del jurado siempre y cuando las haya con-

signado el auto de proceder, tratándose de circunstancias que específicamente agraven la infracción imputada. Dicho en otros términos. El Jurado no puede rebasar en su gravedad los cargos contenidos en el enjuiciamiento sin exceder su misión juzgadora. Puede, si, por el contrario, atenuarlo o modificarlo en favor del procesado. Así se considera que la calificación hecha en el auto de enjuiciamiento es provisional, que no obliga sino en la calificación genérica del delito, para apreciar circunstancias modificadoras agravantes no enunciadas en dicho proveído sería imperativo que se acreditaran en el plenario y que de modo concreto se sometiera a la decisión del jurado".-

"Con toda claridad ha dicho en otras ocasiones esta sala.

"...el auto de enjuiciamiento "constituye el pliego de cargos que se presenta al acusado para que se defienda (casación 15 de Abril de 1.931, XXIVlll, 532).

"Es doctrina sentada por la corte que en la parte motiva del auto de enjuiciamiento deben ser concretados los cargos, con expresión de las circunstancias que le dan gravedad específica mayor al hecho punible. De tal suerte que si en aquella plaza no se le imputan al acusado la premeditación o las cualitativas de asesinatos, por ejemplo, no pueden tampoco figurar después ni en el cuestionario para los jueces de hecho ni en la sentencia. Claro es que la condenación no estaría entonces en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, y que no tendría el acusado las garantías fundamentales de su defensa, puesto que imputandosele determinado cargo para responder dentro del

juicio habrá la imposibilidad moral de defenderse de otro más grave que no se le formuló, y también la imposibilidad legal y constitucional de condenarlo sin haberlo oído y vencido en juicio en lo relativo a ese mismo cargo más grave. (casación de 29 de Noviembre de 1.935 XII, bis, 162.)

"Los límites del auto de proceder no pueden traspasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento Penal y la garantía consignada en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Nadie podrá ser juzgado sino conforme la plenitud de las normas propias de cada Juicio (Casación de 13 de Agosto de 1.940, 2532).

"El auto de enjuiciamiento es base de la sentencia en el juicio Penal. Dentro de cada categoría o género de delitos debe ceñirse el sentenciador a la calificación hecha en el auto de proceder. Así el robo y el hurto tienen casi las mismas notas comunes y una sola que los especifica, a pesar de lo cual el enjuiciado por hurto no podrá ser enjuiciado por robo o viceversa. Aun más, existiendo las circunstancias denominadas modificadoras que dentro de determinadas especies de delitos crean o constituyen una sub-especie, en caso de que el auto de proceder, haya afirmado una de aquellas modificaciones favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia. Por ejemplo, si en el enjuiciamiento por homicidio se afirma categóricamente que el delito fue preterintencional o involuntario, la sentencia no podrá declararlo intencional o simplemente voluntario, ni imponer la sanción correspondiente a esta clase de homicidio. Supongase que a un sindicado se le haya llamado a juicio por un homicidio simplemente voluntario o intencional (o intencio-

nal, como le denomina el nuevo código), descartando la premeditación y que el jurado no solo dé una respuesta afirmativa al cuestionario sino que le agregue expresamente la circunstancia de la premeditación. ¿Podría entonces el juez de Derecho condenar al reo por homicidio premeditado? --No, porque ese cargo no se le había hecho en el auto de proceder que equivale a la demanda formulada por el poder público en contra del reo y al penarlo por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio. (casación de 19 de Febrero de 1.941, LI, página 85.

"El auto de enjuiciamiento debe expresar con toda claridad las inculpaciones que se hagan al procesado y es mejor, cuando el juez considera que mediaron circunstancias de asesinato, decirlo así. De manera que si no se habla manifiestamente de la existencia de tales circunstancias, tampoco se puede proponer cuestiones al jurado ni dictar sentencia condenatoria que suponga esas circunstancias. En el caso concreto a que alude el proceso se describieron en el auto de proceder, sin ambigüedad ni atenuaciones, las circunstancias en que fue cometido el crimen. Verdad es que no empleó el vocablo asesinato, pero al relatar las circunstancias en que el crimen se consumió, narración que hace parte integrante y esencial del auto, el juzgado que lo profirió formula implícitamente pero en forma elocuente la inculpación de asesinato (casación de 15 de Septiembre de 1.942 LIV, 173.).

"El juez, al pronunciar el auto de llamamiento a juicio, debe enunciar jurídicamente en la parte motiva el nomen juris que le corresponde a

la infracción Penal que se imputa al procesado y cuya estructura jurídica se desprende naturalmente de los hechos que ciertamente han ocurrido. En consecuencia, si se trata de un delito de robo es preciso enunciarlo discriminando con base en las pruebas toda su contextura, fijando sus elementos como son la apropiación de cosa mueble ajena, sin consentimiento del dueño y por medio de violencia. No podría en este caso el juez de la instancia llamar a responder en juicio a una persona por el delito de robo, si no se ha establecido la existencia de la violencia, pues entonces, el delito se desplazaría hacia otro hecho jurídico diverso, el hurto. Pero, además, no solamente se requiere que se determinen las características o circunstancias que lo especifiquen. En efecto, si un homicidio se ha realizado con alguna de las nueve circunstancias expresadas en el artículo 363 del Código Penal, que lo transforma en asesinato, por ejemplo, con premeditación acompañados de motivos innobles o bajos, es preciso hacer mención de esas circunstancias en la providencia enjuiciatoria. De la misma manera, cuando el delito de robo se ha cometido en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 404 del Código Penal, por ejemplo, haberse realizado en despoblado, es preciso anotarlo así en el auto de proceder. La razón jurídica de tal actitud es clarísima puesto que el auto de proceder, como tantas veces se ha dicho y repetido, es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que este se defi-

enda, no puede entonces en su sentencia el juez condenarlo con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la sanción cuando el enjuiciado no tuvo oportunidad de defenderse de esa particular situación si ella no se le atribuyó en el auto de proceder. (casación de 5 de Noviembre de 1.947 LXLV, 156).

"No se puede agravar en la sentencia el homicidio que de acuerdo con el auto de proceder y el veredicto del jurado, a penas fue intencional.

No puede el Juez someter al jurado cuestión tan grave como la premeditación, si fue expresamente excluida de los cargos formulados en el auto de proceder, hubierase aplicado el antiguo o nuevo estatuto procesal Penal porque al enjuiciamiento es la base de la sentencia, por ser el pliego de cargos que se presenta al sindicado para que inicie su defensa (casación de 27 de Octubre de 1.944 G. J. Tomo LVIII No. 20 16 pag 353).

"El auto de proceder, el veredicto y la sentencia, etapas esenciales del juicio criminal, están entre sí vinculadas en una lógica relación de causa a efecto, en forma tal que la sentencia debe acomodarse al veredicto y este al auto de proceder, a menos que en el periodo probatorio se modifique la calificación hecha en el auto de proceder. Y es vínculo este que varias normas crean y protegen en beneficio de los intereses de la justicia y del procesado. así, el Juez no puede plantar al jurado sino los hechos y circunstancias que se hallan comprendido en la calificación del sumario, ni el jurado

puede dar decisiones que opongan a la evidencia de los hechos, ni los falladores pueden aceptar veredictos que contengan semejante oposición. Y es tan grave la omisión de tales deberes, que todas las legislaciones, crearon este recurso extraordinario (de casación) con la finalidad de reintegrar al patrimonio del procesado, el derecho de que se le privó - el de defenderse oportunamente de los cargos que se le dedujeron en el auto de proceder y no de otros - y que la constitución garantiza en virtud de la norma según la cual nadie puede ser juzgado sino mediante las formas propias de cada juicio. (casación, Jorge E. Yeyes, de 17 de Agosto de 1.945. G.J. Tomo LIX, Nos. 2024 pag. 499).

"Entre el auto de proceder y la sentencia debe haber consonancia, porque el enjuiciamiento es pliego de cargos que la sociedad le hace al sindicado y la aceptación de la sentencia no es sino la declaración de la responsabilidad o irresponsabilidad por esos cargos.

Cierto es que la Jurisprudencia tiene sentada la doctrina de que lo inmodificable del auto de proceder es EL GENERO DEL DELITO expresado en la parte resolutive de dicha providencia. pero sí puede alegarse que el jurado, que no procede sujeto a tarifa probatoria alguna, puede declarar circunstancias específicas o modificadoras distintas de las consignadas en la parte motiva (Artículo 29 de la ley 4 de 1.943), no puede admitirse que tales circunstancias puedan alterarse en perjuicio del procesado en los juicios de Derecho, esto es, en aquellos en que el jurado no interviene, cuando al término de pruebas de la causa no se modifica la situación probatoria en su contra.

El Juez de derecho tiene que apreciar las pruebas sujeto a las pautas que el Código de Procedimiento le señala y, habiendo calificado los hechos en el auto de proceder obraría en forma arbitraria, y, por lo tanto, injusta, si se apartara de la sentencia de esa calificación sin nuevos elementos de juicio.

Ese es el efecto, precisamente, de que la ley ordene al juez que en el auto en que se llama a responder en juicio consigne, en la parte motiva, "las circunstancias conocidas" hasta entonces que especifiquen el hecho que se controviertan en el juicio y se profiera la sentencia según ellas cuando se mantiene inalterables, pero que se desechen y se falle, apartándose de ella, cuando las pruebas así lo indique..."

Analizadas anteriormente las causales de nulidad, revisión, casación, el auto de cesación de procedimiento, las opiniones emitidas y los comentarios que al respecto ha hecho la corte Suprema de Justicia, en abundante Jurisprudencia que se transcribe, solo nos resta concluir que el Juez cuando se le presenta el caso que hemos planteado no le queda otra alternativa que ABSOLVER, dictar sentencia absolutoria en favor del enjuiciado.

Para muchos es una decisión que no debe tomarse por cuanto alegan que el delito cometido queda en la impunidad. No perdamos de vista que siempre se ha sostenido que es mejor absolver a un culpable que condenar a un inocente, y en nuestro caso el sindicado es inocente del cargo que se le formula porque no se le ha podido demostrar si en realidad fue él o no el autor de la conducta delictiva ya que no

ha tenido la oportunidad de rebatir esos o esos cargos que lo acusan. También se argumenta que un Juez dolosamente lleva a término un proceso en que tenga marcado interés en favorecer al procesado, y en esas circunstancias dirige su actuación a que las pruebas y todas las decisiones judiciales se acomoden a lo que él pretende y tendría que absolver porque al fin de cuentas esa es la solución que cabe en Derecho.

Pero no, porque es casi imposible que un Juez oculte en una investigación los hechos que constan en el proceso como testimonios, inspección Judicial, o cualquier medio probatorio, porque su intención no puede llevarla hasta el máximo de cambiar la vía normal del proceso porque en un expediente en donde constan tantas piezas procesales, se vería de bulto la distinta denominación jurídica que lleva el auto de llamamiento a juicio con la verdad que consta en el proceso, y si en realidad no se ve esa verdad porque el Juez ha sustraído pruebas etc, tendrá que aplicar un sobreseimiento ya que no aparecerá plenamente comprobado el cuerpo del delito o no existe contra el procesado la prueba suficiente para llamarlo a juicio o aparecerá que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido etc.

Como esta actuación del Juez será vigilada por las partes, por ejemplo, la civil puede recurrir y basarse en el numeral 5 del artículo 210 del C.de P.P. para que se decrete la nulidad.

No pasemos por alto que la buena fe se presume y por tanto si se produce la mala fe del Juez, esta tendrá que probarse por quien la alegue. Es más, este interés del Juez en favorecer a determinado procesado por ser amigo de él o de quien lo representa o familiar, está en suspenso

pués él esta en la obligación de declararse impedido una vez advierte en su contra una causal de impedimento, de lo contrario, la parte que lo estime conveniente, puede recusarlo para obtener un fallo diáfano y acorde con la realidad procesal.

Son estas las razones por las cuales no aceptamos los argumentos anteriores y más aun que en nuestro caso no cabe la nulidad jamás ya que el auto de proceder se dictó con base a las pruebas que coraban en el expediente y hasta ese momento no habían variado las circunstancias que motivaron al juez a dictar auto vocatorio a juicio, de ahí que no proceda en nuestro tema central, la nulidad, cuando se diga que se incurrió en un error relativo a la denominación jurídica de la infracción porque, repito, en ese momento procesal no se podía basar dicho auto en otros hechos que no tuvieran vida dentro del proceso, ya que si así se hiciera entonces si se podría alegar la nulidad porque en ese preciso momento procesal, si se incurriría en error relativo a la denominación jurídica de la infracción.

También se ha argumentado en contra de la absolución que venimos tratando, que todo delito produce un daño público y un daño privado y que la persona perjudicada con el ilícito no se le resarciría el daño que se ha causado. El daño público que produce el delito es en cuanto a la sociedad, y, el Estado por medio de Agente del Ministerio público tiene la oportunidad de resarcir el daño cuando se le impone una pena en base a su responsabilidad. La parte civil tiene facultad para pedir pruebas y en esa ocasión debe aportar todas las que crea conducentes a fin de llegar al conocimiento de los hechos.

tenemos que concluir, aquí también, que en verdad no ha habido ningún daño y no lo ha habido porque jurídicamente no ha existido delito. La parte perjudicada con la infracción no podrá pedir indemnización porque no tiene a quien hacerlo. Entonces pues, deberá esperar para que el tiempo le borre las huellas, si es que se borran, del delito y que borre el daño moral, porque ese sí, no da lugar a que se extinga por medio de una decisión Judicial.

En cuanto al Derecho de defensa de la sociedad, el Estado está en la obligación de defender a todos los habitantes residentes en Colombia en su vida honra y bienes, y si garantiza la defensa de la sociedad, también debe garantizar la defensa del procesado.

La sociedad es un conglomerado que se rige por ciertas normas las cuales no puede violar porque precisamente surge el Estado como garantizador de la comunidad por el quebranto que se ha producido. Esta obligación del Estado es absoluta, lo cual no conlleva afirmar que no dé plenas garantías al acusado de un delito, ya que él debe proteger tanto a uno como a otro, de ahí que la razón por qué desde tiempos de la creación del mundo existe el derecho de defensa, que haya sido negado o desconocido es otra cosa bien distinta y es en virtud de ese derecho que tiene el procesado de demostrar su inocencia con lo cual cumple una doble misión eminentemente social cual es proteger a sus asociados de los delincuentes por medio de penas y darles a estos su verdadera situación jurídica en el seno de la sociedad en la cual viven.

No se puede decir que en nuestro caso se podría iniciar nuevamente un sumario después que el juez haya optado por la absolución, porque en cuanto a la cosa juzgada, nuestro derecho es bastante claro cuando esti-

pula que el procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de Juez colombiano, no será sometido a un nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a este se le de una denominación distinta. Vemos pues en todas las consideraciones que hemos hecho, que no queda otra alternativa distinta que dictar sentencia absolutoria.-

DEPARTAMENTO DE  
 BIBLIOTECA  
 UNIVERSIDAD DE CALDAS

B I B L I O G R A F I A . -

Gaceta Judicial tomo XCVI No 2242-2243 y 2244 de 1.961.....

Corte Suprema De Justicia Cas.Civil marzo 12 de 1.966 G.S.T. CXV.número 2230 p. 184.....

Corte Suprema De Justicia Cas.civil septiembre 15 de 1.954 G.I.T. LXXVIII No.2146 p. 604.....

Cas.civil mayo 6 de 1966 G.S.T. CIVI No.2281 F.80.....

Corte Suprema De Justicia Cas. penal agosto 23 de 1.969 G.S.T.CXXXI. No.2314-2316 P.311.....

Corte Suprema De Justicia Cas.penal septiembre 6 del 61 G.S.T.ICVII. No.2246-2249 P.252.....

Corte Suprema De Justicia Cas.penal 6 de mayo del 47 G.S.T.LXII No. 2050-2051 P.780.....

Corte Suprema De Justicia Cas.penal abril 10 del 54 G.S.T.LXXVII.No. 2140 P.466.....

Recurso De Casación en materia Civil, Penal y del Trabajo.....

.....Alvaro Pérez Vives.

"La Tipicidad Penal".....Alfonso Reyes.

"Derecho Penal Especial" Tomo I .....Pedro Pacheco Osorio.

"Derecho Penal Especial" Tomo II.....Pedro Pacheco Osorio.

"apuntes De Derecho Procesal Penal".....Augusto Tinoco Pérez.

"Comentarios Al Código de Procedimiento Penal Colombiano".....

.....Timoleón Moncada R.

" nociones generales de Derecho procesal civil.....

.....Hernando Devís Echandía.

"Derecho Penal General".....Victor Leon Mendoza.

- "Tratado de Derecho Penal Tomo 1.....Luis Carlos Perez.
- "Los errores Judiciales".....René Floriot.
- "Lo humano de la Abogacía y de la Justicia".....Horacio Gómez A.
- "Procedimiento Penal".....Antonio V. Arenas.
- "El Daño Moral".....Renato Scognamiglio.