

objecciones a la partición (inciso 2.º del art 253 de la ley 105 de 1890) porque mal podría liquidarse la sociedad conyugal si en la partición se incluyen bienes propios del cónyuge supérstite. Lo propio podría decirse si se han inventariado, como de la sociedad conyugal, bienes propios del cónyuge finado. (a. de 24 de octubre de 1928; s. de Manuel S. Gómez; M. Dr. I. Duque).

SERVIDUMBRE DE TOMAR AGUA.

El Juez en su sentencia consideró que no hay servidumbre de agua, es decir de tomar agua. Esto es inexacto porque según el art. 885 del C. C. el que tiene derecho de sacar agua de una fuente, tiene el derecho de tránsito para ir a ella. En apariencia no existe la servidumbre de tomar agua, porque esa servidumbre se sale de los términos de la definición legal (art. 879); depende ello de que tiende a confundirse con la servidumbre de acueducto. De la servidumbre de tomar agua habla el art. 893; y aludiendo a ella dice D. Joaquín Escriche: "el dueño de una fuente que ha concedido a su vecino o le ha dejado adquirir por prescripción el uso del agua, podría demandarlo para que se sirviese de ella con moderación" (S. de 5 de septiembre de 1931, j. de Cástor Vélez c. Emilia Sierra; M. Dr. I. Duque).

Jurisprudencia Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín

(7).—DOCTRINA SOBRE LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 404 DEL CODIGO PENAL, EN SU NUMERAL 3o. (DELITO DE ROBO); Y SOBRE APLICACION DE LOS ARTICULOS 104 Y 349 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL EN RELACION CON LOS MENORES DE EDAD Y LOS MENORES DE DIEZ Y OCHO AÑOS.

No está de acuerdo la Sala en cuanto que "los *modus operandi* a que alude el numeral 3o. de esa disposición legal (se trata del artículo 404 del Código) hacen referencia necesaria a que el lugar *esté habitado* o sea una dependencia inmediata de la habitación".

Ya, en distintas oportunidades, ha tenido el Tribunal ocasión para interpretar el numeral 3o. a que alude el Juzgado de instancia, en el sentido de que la perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de que trata ese ordinal, se refiere a lugares habitados o sus dependencias inmediatas, desde luego que el empleo de esos medios violentos a las cosas, lleva consigo una mayor gravedad en el delito, precisamente porque se ejecutan en lugares destinados a habitaciones.

Pero el escallamiento de un muro o el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, etc., a que hace referencia el mismo ordinal en la segunda cláusula de que se compone, después del signo ortográfico de "punto y coma", que separa los dos cuerpos o partes en que se divide, constituyen específica agravación para cualquier lugar habitado o inhabitado, dándole, por tanto, al delito categoría de robo agravado en ambos casos. Por consiguiente, cualquiera perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana de un lugar no habitado, o de sus dependencias inmediatas, sig-

nifica apenas la violencia genérica de un robo simple, que se pena conforme al artículo 402 del Código. En cambio, esos mismos hechos, en un lugar habitado; el escalamiento de muros; o el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, o cualquier otro instrumento similar, que se haga en lugar habitado o no, no puede pensarse de manera diferente a como lo estatuye el artículo 404 de la misma obra.

Tales las razones para no aceptar, desde este punto de vista, la interpretación dada por el Juzgado de instancia al estatuto vigente sobre el particular.

Más por lo que hace a la imposición de la pena, es evidente que de acuerdo con la interpretación hecha si estuviese establecido de una manera plena que en el caso hubo lo que en el lenguaje jurídico se denomina "escalamiento" para configurar el robo agravado que se sanciona con una penalidad máxima de catorce años, y de tres, como mínima, ninguna pena diferente a ésta, fijada dentro del arbitrio judicial, podría imponerse al reo. Con todo, los elementos constitutivos de la fuerza, que señala la inspección ocular practicada en el lugar de los hechos, establece que el reo, para llevar a cabo el delito, hizo violencia a una puerta situada en el corredor del establecimiento, que daba entrada a un depósito de café. Es, pues, a esta circunstancia a la que debe atenderse de preferencia, para la gradación de la penalidad. Mas como quiera que ello se hiciese en un lugar no habitado, el artículo pertinente es el 2o. de la Ley 4a. de 1943, que regía ya cuando se cumplió el delito; y, por tanto, la pena impuesta en la sentencia de primer grado, sería la que legalmente pudiera corresponder al reo, si la Sala no tuviera en consideración que el reo contempla varias circunstancias de mayor peligrosidad, toda vez que desde muy joven comenzó su carrera delictuosa, por delitos contra la propiedad, como puede verse a fs. 24 vto., habiendo sido condenado por el Juez de Menores, en dos ocasiones.

Se trata, pues, de un sujeto inadaptado para la vida social, con tendencias manifiestas a convertirse en un delincuente habitual, como detentador de la propiedad ajena. Es, en estos casos, en los que la ley penal vigente, con un fin subjetivista, que atiende más al delincuente mismo que al delito, busca el amparo de la sociedad, segregando a sujetos que, como Pimienta Atehortúa, constituyen una permanente amenaza social. Así las cosas, la pena debe corresponder a tal criterio. La impuesta por el señor Juez de instan-

cia, no es bastante a esta finalidad; y, por lo mismo, es necesario aumentarla en la proporción que un adecuado arbitrio judicial otorga al fallador para hacerlo. En consecuencia el reo sufrirá veinte meses de prisión, y las incorporales de primera instancia.

No puede el Tribunal pasar en silencio la presunta nulidad alegada por el señor defensor, tanto en primera como en segunda instancia, y que hace consistir en la falta de Curador en la indagatoria del reo.

El señor Juez del conocimiento, en réplica afortunada a aquella pretensión, cita con innegable propiedad, el inciso 3o. del artículo 349, disposición ésta especial, y, por tanto, de rigurosa aplicación en el caso, según la cual solamente cuando el procesado es menor de diez y ocho años, se le nombrará Curador para la recepción de la indagatoria.

Nada significa que el artículo 104 estatuya que a los menores débeseles complementar la capacidad mediante el nombramiento de un Curador *ad-litem*. Si se medita un poco en el contexto mismo del artículo, se comprende perfectamente que de aplicarse sin discriminación alguna y sin relacionarlo con otras disposiciones sobre la materia, puede conducir a erradas interpretaciones, que en lugar de clarificar y hacer más rápido y eficaz el juicio penal, lo embrollarían hasta extremos inverosímiles.

En efecto, no podría entenderse cómo el C. Procesal Penal, al tratar en el Capítulo III del Título II, bajo el mote de "Investigación de los autores y partícipes" y cuando hace referencia específica a la diligencia de indagatoria, no exija que ésta se practique con Curador sino cuando se trata de menores de diez y ocho años. Luego si el artículo 104 de la obra mencionada, se entendiese en el sentido de que el menor de veintiun años tiene que ser asistido de Curador para esa diligencia, sobraría, como es obvio, el inciso 3o. del artículo 349, ya que a nadie se le ocurriría negar que la expresión "menor de veintiun años", que emplea el artículo 104, comprende también a los menores de diez y ocho, a que hace referencia exclusiva el artículo 349, ya citado.

Por manera que la interpretación de estas disposiciones es menester hacerla en forma que se armonicen y complementen, y que a la vez conduzcan a la verdadera finalidad perseguida por el legislador, que no es otra que la de no dejar sin asistencia a los sindicados mayores de diez y ocho años, la que se otorga mediante el nombramiento de apoderado, a que tiene derecho en la indagatoria. Cuando es menor de esa edad, entonces la ley exige que ha-

ya para la diligencia de indagatoria un Curador, y, a la vez, un apoderado, de acuerdo con las reglas generales que rigen la materia. Es sólo cuando el sumario se hace juicio, mediante el auto de proceder, que la ley dispone, en el artículo 432 del Código Procesal Penal, que el apoderado se convierta en defensor, pudiéndolo nombrar, entonces, el mismo procesado, cuando sea mayor de diez y ocho años; y, en su defecto, el Juez, sin que esta atribución pueda arrogársela el Curador *ad-litem* que pueda tener el menor de dicha edad, pues el artículo citado no distingue entre mayores y menores para ese efecto, y es, además, una disposición especial que debe, por lo mismo, aplicarse de preferencia a cualquiera otra según las reglas de la hermenéutica.

Sentencia — Magistrado Ponente Dr. Angel Martin Vásquez.

(8).—INTERPRETACION LEGAL DE LA ALEVOSIA COMO CIRCUNSTANCIA CONSTITUTIVA DE ASESINATO.

La Sala considera de importancia fijar su criterio sobre lo que constituye la alevosía en nuestro derecho penal.

Esta palabra es de origen español y la define así el diccionario de la Real Academia de la Lengua: Alevosía: Cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo del delincuente. Traición, perfidia. Con alevosía. A traición. m. adv. Alevosamente, faltando a la lealtad o confianza; con engaño o cautela". Y con relación al vocablo seguro dice la misma obra: "Seguro..... Sobreseguro m. adv. Sin aventurarse a ningún riesgo". Etimológicamente la palabra "aleve", deriva del Gótico LEVIAN, que significa hacer traición, de donde viene la palabra anglosajona primitiva LAEVA, que significa traidor

En el antiguo derecho español existía diferencia entre la palabra alevosía y traición. La ley 1, Tit. 2, parte 7, que se refería a los delitos de lesa majestad decía que cuando se ejecutaban actos contra el Rey, su señorío o contra el bien común de la tierra se llaman de traición; pero que cuando se cometían contra otros hombres, se llamaban de alevosía. Y la ley 2, Tit. 21, nov. Rec. "previene que el que mata a traición pierde todos sus bienes para la Real Cámara, y el homicidio alevoso la mitad". Lo que quiere decir sin lugar a dudas que no era lo mismo en el antiguo derecho español traición

que alevosía. Posteriormente se unificaron estos conceptos y vinieron a significar lo mismo.

Ya en el Código Penal de 1850 se decía que había alevosía cuando el hecho se cometía a traición o sobreseguro, el art. 709 decía: "El homicidio alevoso es el que se comete a traición y sobreseguro, ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercebida a la persona, ya llevándola con engaño a perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquiera otro auxilio para facilitar el asesinato, ya empeñándola en una riña o pelea provocada con ventaja conocida, o ya usando de cualquier otro artificio para cometer el delito con seguridad o sin riesgo para el agresor o para quitar la defensa al acometido". En esta disposición se señalan claramente los casos en los cuales existe la alevosía y no hace ninguna diferencia con la traición. Y en el Código Penal de 1.870 se decía que se obraba con alevosía: "Cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas de la ejecución que tienden directa y especialmente a asegurar sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido".

El Código Penal Colombiano de 1890 en su art. 586 decía que el homicidio premeditado tomaba la denominación de asesinato cuando se cometía: "..... 3o. Con alevosía, o a traición y sobreseguro; ya sorprendiendo descuidada, dormida, indefensa o desapercebida a la persona asesinada; ya llevándola con engaño o perfidia, o privándola antes de la razón, de las fuerzas, de las armas o de cualquier otro auxilio para facilitar el asesinato; ya empeñándola en alguna riña o pelea provocada por el asesino con ventaja conocida de parte de éste; o ya usando de cualquiera otro artificio para cometer el delito con seguridad, o para quitar la defensa al acometido". Este Código hacía clara determinación de estas circunstancias por los muchos ejemplos que la constituían. Y el Legislador de 1936 dijo en el art. 363: "El homicidio toma la denominación de asesinato.... 5o. Con cualquier circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechancia, la alevosía, el envenenamiento;". Ya no es necesario en este estatuto penal la existencia de la premeditación para configurar el asesinato como lo exigía el Código de 1890.

Según la disposición transcrita hay alevosía cuando se obra a traición, sobreseguro, con perfidia, etc. Y se obra a traición cuando se procede alevosamente, faltando a la confianza o lealtad, cuando hay engaño o cautela, según define el diccionario la expresión

"a traición". De suerte que el vocablo que más se acerca al de "alevosía" es el de "a traición" que expresa claramente circunstancias determinadas de ocultamiento para herir, insidia en el medio empleado, cobardía en el obrar, felonía, deslealtad, aprovecharse del estado de indefensión de la víctima cuando ésta circunstancia era conocida por el actor. Se obra a traición cuando se acomete a la víctima en estado indefenso, cuando el ataque es insidioso o desleal, cuando se obra sorpresivamente y en circunstancias que le hacían a la víctima difícil o imposible conocer el ataque, como cuando está dormida, de espaldas, desvanecida, existe una maquinación oculta, etc. El penalista Argentino Dr. J. P. Ramos en su Tratado de Derecho Penal dice: "Es difícil definir la alevosía. Por nuestra parte, entendemos que es un modo de ejecución del delito de homicidio o lesiones, consistente en realizar un propósito criminal aprovechando de una manera oculta, insidiosa o felona, el estado particular de la víctima que le impide defenderse".

El sabio profesor de Montevideo en sus conferencias sobre el delito de homicidio transcribe así los conceptos del maestro Carrara, el más grande del Derecho Penal: "Hay dos maneras de ejercer la deslealtad en la ejecución de un homicidio: con ocultación moral o con ocultación física. La ocultación moral existe cuando el delincuente simula respecto de la víctima sentimientos de amistad que no experimenta o cuando disimula sentimientos de enemistad que labran su espíritu. La ocultación física existe, en cambio, cuando el delincuente se oculta a la vista de la víctima para sorprenderla y cometer mejor el delito. Cuando la ocultación es moral, tiene lugar el homicidio PRODITORIO; cuando es física, tiene lugar el homicidio PER AGGUATO, o llamado por los franceses homicidio con GUET-APENS, por los brasileros, con EMBOSCADADA y por los españoles con ACECHO". El Dr. Irureta citado dice que la definición del Código Penal Español de 1870 es la más completa y la que se debe tener en cuenta para determinar el alcance de la expresión alevosía. Y el Dr. Concha en su tratado de Derecho Penal dice: "Se dice que el delito se comete a traición, cuando el homicida oculta su ánimo hostil, simulando amistad o disimulando la enemistad, con lo cual priva al ofendido de la defensa que de otro modo ejercería".

Las expresiones ya enunciadas al transcribir el ordinal 5o. del art. 363, se complementan, se confunden algunas veces y aunque signifiquen hechos o circunstancias diferentes, cualquiera de e-

llas constituye alevosía, que es precisamente el hecho de poner a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad. En todas ellas se obra con ocultación física o moral, con cobardía, con traición, con sorpresa, con felonía. Dice la H. C. Suprema de Justicia que las palabras ALEVOSIA, TRAICION, SOBRESSEGURO son complementarias entre sí y que "no hay duda de que las palabras alevosía, traición y sobreseguro, empleadas en el numeral 3o. que se viene comentando, (se refiere al art. 586 del C. P. de 1890) son perfectamente expresivas de una sola circunstancia, siendo la última más explicativa que esencial; pues en la traición y en alevosía se comprende la seguridad que el agente toma para ejecutar el hecho, seguridad que previene tanto el resultado de éste como el peligro del agente". En Casación de 10 de agosto de 1936 dijo la misma Corporación: "Ahora bien: la indefensión de la víctima es circunstancia de asesinato, cuando constituye alevosía, traición o sobreseguro, porque, se repite, la indefensión o el estar la víctima desapercebida, son apenas aspectos de la circunstancia de asesinato definida en el numeral 3o. del art. 586; pero cuando no alcanza a constituir alevosía, traición o sobreseguro, la indefensión es tan sólo una circunstancia agravante genérica".

En las actas de la Comisión Redactora del Código Penal dijo el Dr. Lozano que obra con alevosía el sujeto que da muerte a otro que va en el asiento delantero de un tren y lo acomete por la espalda. El profesor Irureta trae el caso de un sujeto que camina por la calle y de pronto nota que delante de él va una persona que es su enemigo o a quien no mira bien y toma en ese momento el propósito de darle muerte y lo hiere por la espalda. Estos ejemplos indican claramente que para la existencia de la alevosía no es precisa la concurrencia de la premeditación como erróneamente se determinaba el Código Penal de 1890. Existe el asesinato sin la premeditación y la alevosía puede existir sin esta circunstancia en nuestra legislación penal vigente. La jurisprudencia Chilena ha considerado que obra con alevosía quien da muerte a una persona dormida. La española ha dicho que no es necesario que las circunstancias que constituyen la alevosía sean buscadas de propósito, "bastando con que se aprovechen las que en el momento se ofrecen", que existe alevosía en la muerte dada a un ciego; también cuando se acomete rápida e impensadamente a quien se encuentre en estado avanzado de embriaguez debido al licor que le hizo ingerir. El más alto tribunal de justicia de Chile dice: "Sólo hai ale-

vosía, en expresión de la ley, cuando se obra a traición o sobreeseguro, y esto supone que hay artificio, asechanza o cautela de parte del reo para ejecutar con seguridad el homicidio".

No es preciso la existencia de varias circunstancias para que haya alevosía. En sentencia de casación proferida por la H. Corte Suprema de Justicia en la causa adelantada contra Aliso Ceballos Rojas que lleva fecha 9 de febrero de 1936, dice esta corporación: "Lo esencial en todos estos casos es que se sorprenda indefensa a la víctima, y que el agresor se aproveche de esa indefensión, con cobardía o deslealtad de su parte y una notable inferioridad en el sujeto pasivo del delito. Si el legislador hubiera pensado en exigir una serie de actos pérfidos de parte del acusado, tendientes a obtener la indefensión o inseguridad de la víctima, no habría puesto como ejemplo el homicidio por medio del veneno o con alevosía, ya que ocurren muchos casos en que se asegura el golpe sin haberle fingido a la víctima amistad, sin haberla engañado con artimaña alguna capaz de obtener la indefensión".

No hay que confundir la alevosía con las circunstancias de mayor peligrosidad que enumera el ordinal 7o. del artículo 37 del C. P. de 1936 que hace relación al que abusa de las condiciones de indefensión o inferioridad del ofendido. Son cosas muy diversas y que se deben analizar en cada caso particular con sumo cuidado. En el homicidio las circunstancias de indefensión o las aprovechadas por el autor para asegurar su acción sin ningún riesgo para su persona son constitutivas de un delito especial cual es el asesinato. En el asesinato hay un dolo especial, de mayor entidad jurídica que en el homicidio voluntario o intencional, hay la existencia de una mayor peligrosidad. Las circunstancias aprovechadas por el agresor tienen que ser de esa categoría jurídica para que constituyan el asesinato, como sería el obrar a traición, sobreeseguro, insidiosamente, etc. Obra con alevosía el sujeto que da muerte a otro sabiendo que no tiene arma y que por lo tanto no puede defenderse, porque obra sobreeseguro, sin riesgo para su persona. Y obra con circunstancias de mayor peligrosidad cuando se da muerte a un sujeto que no tiene arma, pero sin que tal circunstancia fuera conocida o aprovechada previamente. No hay duda que existe sustancial diferencia entre estas circunstancias, porque las de mayor peligrosidad son accesorias del delito, agravan la responsabilidad sin constituir figuras jurídicas diversas y en cambio las otras son determinantes de entidad jurídica, son elementos esenciales sin

los cuales no se configuran ciertos delitos, integran el asesinato. En concepto de la Procuraduría General de la República en causa contra Aquileo Tamayo se lee: "La alevosía no consiste en la rapidez de la agresión, como dice el Tribunal, sino en sorprender a la víctima indefensa o desprevenida, en forma tal que el delito se consume sin peligro para su autor. Se confunde, pues, la alevosía con la indefensión del acometido y con la cobardía del agresor". Por eso hay que determinar claramente por el juez en el auto de proceder la entidad jurídica de que se trata, y analizar detenidamente las circunstancias que integran el asesinato, ya que las circunstancias de mayor peligrosidad las analiza el juez cuando sea el caso de la graduación de la pena, puesto que son accesorias del delito.

Como se ha visto, la expresión que más puede explicar el significado del vocablo "alevosía" es el de "a traición", y "sobreeseguro". Lo esencial en esta forma del asesinato es la sorpresa, la traición, la cobardía, la falta de lealtad, la indefensión conocida por parte del agente y el ningún riesgo para su persona al ejecutar el hecho. No se requieren una serie de actos sino cualquiera circunstancia que ponga a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad.

Sentencia en causa por Homicidio contra Joaquín Guillermo Casas. Septiembre 15 de 1945.

Magistrado Ponente: Dr. Jairo Villa Viera.

(9).—LA PARTE CIVIL NO PUEDE APELAR DEL AUTO QUE DECRETA LA LIBERTAD PROVISIONAL DE UN PROCESADO.

VISTOS:

Rendido el veredicto en la causa que por homicidio le fue seguida a José Díaz, el señor Juez Tercero Superior accedió a la petición sobre libertad provisional hecha por el señor defensor de Suescún.

Por su parte, el Dr. Víctor Carvajal Ortega, en su carácter de apoderado de la parte civil, interpuso apelación y en subsidio el recurso de hecho contra el auto excarcelatorio. El señor Juez de la causa negó el primero y concedió el segundo.

La Sala considera, como el funcionario a-quo, que la parte

civil no tiene la prerrogativa de apelar de la gracia de libertad condicional concedida al procesado.

El Código de Procedimiento Penal, en su Libro I, Disposiciones Generales, Título I, Capítulo I, rompe así:

"DE LA ACCION PENAL

Art. 80.—Toda infracción de la ley penal origina acción penal y puede originar también acción civil para la indemnización de los perjuicios causados por la infracción".

En el Capítulo II

DE LA ACCION CIVIL, el art. 24, reza:

"La acción civil para el resarcimiento del daño causado por la infracción de la ley penal, se ejercerá dentro del proceso penal por la persona o personas perjudicadas o por su herederos".

Comparadas las dos disposiciones, se observa que una es la acción penal y otra la acción civil. Tanto es así, que el legislador distinguió a continuación cuando dijo: "La acción penal es siempre pública. Se iniciará de oficio a menos que para proceder la ley exija petición o querrela de parte".

Desde allí fijó una pauta para los funcionarios encargados del orden público. Y otra para la acción privada, de orden económico.

También se encargó de definir la situación del perjudicado por la infracción, cuando dijo que "si no se conformare con la sentencia en lo tocante a la indemnización de perjuicios, podrá ejercer ante los Jueces civiles la acción correspondiente.

La doctrina que para sustentar su tesis trae el señor Juez de instancia, del Tribunal Superior de Manizales, es de un gran contenido jurídico.

Léase:

"La excarcelación del sindicado vulnera los fines de la acción civil o se mueve dentro de la esfera de la acción privada?. Claro que no, porque la excarcelación no significa la inexistencia del hecho criminoso ni la irresponsabilidad del sindicado. Además, no se debe olvidar que la excarcelación es un beneficio a que tiene derecho el sindicado en determinados casos y en cuya concesión sólo debe intervenir el Estado, en virtud de ser él quien está encargado de la defensa social, como titular de la acción penal".

"En cuanto a la supuesta objeción de que la notificación lleva correlativa la autorización de interponer los recursos necesarios y correspondientes, es una ingenuidad interpretativa que queda sin valor al recordar que la amplitud, los límites de las facultades de la parte civil sólo van hasta el linde de su finalidad que no es otra que la económica. Si a la parte civil se le notifican todas las providencias, es con el sólo objeto de que se dé cuenta de la marcha del proceso y para que actúe dentro de la esfera propia de su acción".

"De manera que la parte civil puede recurrir ante el superior de todas las actuaciones procedimentales que por mandato de la ley tengan el carácter de apelables, siempre que dichas actuaciones o providencias hagan referencia o puedan vulnerar el fin propuesto por el legislador al instituir la acción civil en el juicio penal, cual es el pago de los perjuicios. Más toda ingerencia de la parte civil en puntos propios de la acción penal debe ser rechazada porque es regla absoluta que el sujeto activo de dicha acción, es siempre el Estado, ya que su objeto es eminentemente público: la imposición de una sanción".

Auto de 11 de mayo de 1945.

Magistrado Ponente: Dr. Mariano Sanín T.

(10).—CUANDO EL RECURSO DE APELACION OPORTUNAMENTE INTERPUESTO CONTRA EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO NO SE CONCEDE, LA ACTUACION JUDICIAL SUBSIGUIENTE QUEDA VICIADA DE NULIDAD POR VIOLACION DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL QUE EXIGE EN TODO PROCESO LA PLENITUD DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO.

Dice el artículo 183 del Código Procesal Penal vigente, que contra las providencias judiciales en materia criminal existen los siguientes recursos... 2o.—El de apelación.

Al mismo tiempo, el artículo 196 *ibidem* ordena: "Toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal, y no deba ser consultada".

Según esto, en el proceso penal, el reo o su defensor tienen facultad legal para interponer recurso de apelación contra el auto de proceder, el cual debe ser en el efecto suspensivo, por mandato

implícito del artículo 187 de la obra antes citada. Si ello ocurre, la providencia no queda ejecutoriada, porque para esto es menester que no se interponga recurso alguno, como lo ordena el ya mencionado artículo 196.

Por manera que si en un proceso penal, al tiempo de notificarse al reo el auto de vocación a juicio, interpone el recurso de apelación contra ese proveído, este mismo hecho deja, sin efecto inmediato, la resolución del Juez a quo, mientras no sea revisada y confirmada por el Juez ad quem. Ello porque tal auto no se ejecutaría que a esto equivale la interposición oportuna del recurso.

Ahora bien: una providencia no ejecutoriada, porque contra ella se interpuso el recurso de apelación, dentro de los términos legales, no puede producir efecto alguno contra el apelante, quien, por ello mismo, conserva el derecho de que sea revisada por el Superior. Si tal cosa aconteciere, vale decir, si el recurso no se concede, que sería significar que al reo se le arrebató una prerrogativa fundamental, y que, por lo tanto, se violó el artículo 22 de la Constitución, que manda observar la plenitud de las formas propias de cada juicio, para el juzgamiento de los delincuentes.

Por manera que, en el caso, en el cual se arrebató al reo el derecho de que fuera revisado el auto de proceder de primera instancia por el Tribunal, en virtud de la apelación que contra ese proveído interpuso y que no le fue concedido, con manifiesta violación de las más elementales normas de procedimiento penal, por descuido incalificable del señor Juez de Instancia y de su Secretario, sin que conste que el reo desistiera del recurso, es menester declarar que se ha incurrido en una nulidad de carácter tal que la eleva a la categoría de sustantiva, por violación de la norma constitucional antes prevista.

Por ello mismo era necesario ordenar la reposición del juicio, como lo hiciera el señor Juez de instancia, de modo que se llene el objetivo del reo, consistente en lograr la revisión por el Tribunal del auto de proceder dictado en su contra, no empece a la gravedad indiscutible de la causa, que había sido ya materia de la decisión del Jurado, y estaba pronta para ser decidida por el señor Juez a quo, con base en el veredicto proferido, afirmativo de la responsabilidad, por unanimidad.

(Auto dictado en la causa contra Jesús María Murillo, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Angel Martín Vásquez).

(11).—EL ARTICULO 3o. DE LA LEY 164 DE 1938 NIEGA LA EXCARCELACION PARA LOS CASOS DE HOMICIDIO CULPOSO, NO SOLO PORQUE EL AGENTE DEL DELITO CAREZCA DE LICENCIA, TITULO, DIPLOMA, AUTORIZACION O PASE, SINO POR PRODUCIRSE LA INFRACCION EN EL EJERCICIO DE UNA PROFESION, CONCEPTO ESTE QUE NO PUEDE FUNDARSE EN EL SIMPLE ACTO QUE DETERMINA EL HECHO CULPOSO.

VISTOS:

La disparidad de criterios entre el señor Magistrado ponente, doctor Uribe Williamson, y los demás miembros de su Sala, ha dado ocasión para que sea el segundo de turno, quien resuelva el incidente excarcelatorio a que ha dado lugar la apelación interpuesta contra el auto en que fue negada, por el señor Juez Quinto Superior, la libertad del procesado.

El diez de mayo del año en curso, por disposición de Juan Pablo Martínez, trabajador de la Carretera al Mar, los choferes Gabriel Uruburu y Ricardo Velásquez emprendieron, con sendas volquetas oficiales a su cargo, viaje hacia la población de Frontino, desde la de Dabeiba, llevando, aparte de dicho Martínez, a algunos de los obreros de dicha empresa vial, no se sabe con qué fines, sino que el de pasar, así, un rato de distracción.

Una vez en dicha ciudad, todos aquellos individuos se dieron a la tarea de ingerir bebidas alcohólicas y visitar a las mujeres públicas del lugar, barrio a donde los condujo el chofer Uruburu. En un momento dado, Martínez se separó de sus compañeros y fue-se hacia la plaza principal del poblado, punto en donde se hallaba estacionada la volqueta de Velásquez.

Como dichos individuos se hallaban a órdenes del indiciado, a quien debían obediencia, éste se dispuso a hacerse oír —según lo afirma— de sus compañeros, especialmente del chofer, haciendo funcionar, o queriendo hacer funcionar el pito o bocina del automotor, a fin de emprender el regreso.

Sea ello verídico o no, lo cierto del caso fue que dicho sujeto Martínez, alicorado, como se hallaba, se dispuso, sin conocimiento alguno sobre la materia, y, por ende, sin título que lo autorizara para proceder en tal forma, a maniobrar el mecanismo del carro, con los funestos resultados de que dan cuenta las anteriores co-

pías, tomadas del proceso original; o sea, con el de las lesiones que sufrieran Isaac Herrera G. y Pedro Carvajal, quien, por aquel motivo, falleció en las horas de la tarde del mismo día del accidente (fs. 2 vto. a 3 y 9 y 15).

Era apenas natural que el automotor, accionada por quien ningún conocimiento tenía sobre su manejo, emprendiese una vertiginosa y accidentada marcha, durante la cual arrollara a los ofendidos, con las consecuencias descritas en los reconocimientos periciales que constan a los folios citados.

Estos hechos se hallan demostrados en la investigación, a juzgar por las constancias procedentes. De ellos dan cuenta las testificaciones de Desiderio Herrera (fs. 3 v. y 14); Fausto Ceballos (fs. 4); Hernando Martínez Villa (fs. 5 v.); Eleázar Arbéláez S. (fs. 6 v.); Arturo Vélez R. (Fs. 7 v.); y Leonardo Pulgarín (fs. 8 y 14 vto.).

Con base en aquella prueba, hubo de ser dictado, contra el presunto responsable, auto de detención, sin derecho al beneficio de libertad (fs. 12 y 15 vto.).

Llegado el negocio a conocimiento del señor Juez Quinto Superior, el apoderado de Martínez, por memorial de fs. 15 vto. a 18, impetró de dicho funcionario la concesión de aquella gracia para su patrocinado, cuestión que fue negada, según se ve del contexto de la providencia de veinticuatro de Julio último (fs. 19 vto. y siguientes), contra la cual hubo de interponer recurso de alzada dicho señor apoderado (fs. 22 vto) el que le fue concedido.

Por ese motivo, la Sala procede a la revisión de la citada providencia, y a resolver sobre su legalidad.

Se trata, aquí, única y exclusivamente, de saber si Martínez tiene derecho, o no, a ser libertado, de acuerdo con las prescripciones legales al respecto. Para ello se considera:

La importancia del asunto implica para el Tribunal el compromiso de un estudio serio y profundo, en cuanto ello sea dable, para dicreminar el contenido del artículo 3o. de la Ley 164 de 1938, que modificó el artículo 406 del Código de Procedimiento Penal.

Para mejor claridad en la exposición, se transcribirán seguidamente los artículos pertinentes. El numeral 13 del artículo 406 decía: "..... Homicidio en los casos de los artículos 362, 365 y 366 del Código, cuando se trate de culpa en el manejo de vehículos automóviles, siempre que el conductor procesado careciera de licencia o pase al tiempo de ocurrir el accidente".

La reforma de aquella disposición, consagrada por el artículo 3o. de la citada Ley 164, dice: "El ordinal 13 del artículo 406 del Código de Procedimiento Penal, quedará así:

"13. Homicidio en los casos de los artículos 362, 363, 365 y 366 del Código Penal y en el del artículo 370 del mismo cuando se ocasione por culpa en el ejercicio de alguna profesión, arte u oficio, siempre que el autor del homicidio carezca de licencia, título, diploma, autorización o pase que las leyes o reglamentos exijan para ejercer en esos casos".

Si se comparan los términos del artículo original del Código de Procedimiento con el pertinente de la reforma, se establece, con absoluta claridad, que esta última consistió en suprimir la sencilla fórmula del numeral 13, que hablaba del "conductor procesado cuando careciere de licencia o pase al tiempo de ocurrir el accidente", por otra, el parecer más completa, pero que por referirse a varias ocurrencias que hacen relación a la profesión, arte u oficio del homicida, cuando éste carezca de licencia, título, diploma, autorización o pase que las leyes o reglamentos exijan para ejercer en esos casos presenta en contingencias como las de este proceso dificultades extremas en su aplicación práctica por cuanto que en la fórmula del numeral 13, el hecho simple de hacer referencia a la ley al conductor procesado que carece de licencia o pase, dejaba abierta la posibilidad para enfocar o comprender dentro de sus términos un evento igual al realizado en este negocio.

Es obvio que ser conductor de un vehículo sin pase o licencia, no es exactamente lo mismo que ejercer la profesión de chofer sin el pase o licencia reglamentario, y delinquir en esas circunstancias. El primer hecho permite el beneficio excarcelatario a quien imprudentemente ejecute un delito sin licencia o pase. El segundo impide idéntica conclusión, porque no se obra en el ejercicio de una profesión u oficio, que son los elementos que determina la culpa, exceptuada de aquella gracia.

En el antiguo sistema del Código, el sólo hecho de ser conductor sin licencia o pase reglamentarios, impedía el beneficio de libertad caucionada a quien delinquiera en esas circunstancias. Con la reforma no basta simplemente conducir, es necesario ejercer el oficio o profesión sin la licencia o pase que los reglamentos señalan para tales casos. Es manifiesto que no ejerce un oficio o profesión, quien apenas toma un automotor y sin conocimiento alguno manobra de tal suerte que por imprudencia causa algún daño. Comete culpa, y culpa muy grave, pero no está comprendido dentro de la

disposición adjetiva que constituye una excepción al principio general que gobierna la libertad provisional en los delitos culposos.

Exigiendo el numeral 3o. de la Ley 164 que la actividad dañina determinante del delito provenga del ejercicio de una profesión que se pretende desempeñar sin el título correspondiente, plantea la dificultad de entender que ese mandato legal no tiene significación distinta que la que surge de esa afirmación: la ley autoriza o faculta la libertad provisional en todos los delitos culposos, menos en aquellos a que se refiere el artículo citado de la ley en cuestión.

Siendo esto así, se pregunta: las actividades dañinas realizadas por el procesado Martínez, tienen categoría suficiente para considerarlas cumplidas dentro de las circunstancias precisas del artículo 30 de la Ley 164 de 1938?

Es necesario negar este interrogante, sin que valgan para el caso las consideraciones que, enumerándolas, hace el señor Juez de instancia, en el auto que el Tribunal revisa por apelación.

La primera que el señor Juez aduce es, precisamente, la que constituye el punto neurálgico de la controversia suscitada en el proceso. El señor Juez afirma allí que Martínez "hizo las veces de conductor y ejerció los actos propios de quien tiene por oficio la conducción de vehículos automotores, luego el sindicado actuó como chofer conductor".

Esta afirmación, a diferencia de las que hace en los numerales 2o. y 3o. del auto que se revisa, dicho funcionario, no tiene ninguna comprobación en los autos, sin que valga para pretender establecer lo contrario, la aseveración tan rotunda de que "poner en marcha un vehículo sea cual fuere la finalidad que con ello se persiga, la ley o el reglamento exige que quién lo conduzca esté provisto de un pase que garantice la idoneidad en el ejercicio del manejo de carros automotores".

En realidad de verdad, el hecho ejecutado por Martínez constituye una imprudencia grave, que da al ilícito consumado por él caracteres específicos de culpabilidad evidente. Nadie desconoce que el suceso cumplido en la forma como lo relatan los autos, revela indiscutible peligrosidad. Pero aquí está precisamente uno de los errores de apreciación que condujeron al Juzgado de instancia a creer que Martínez había delinquirido en el ejercicio de la profesión de chofer. La consideración de la peligrosidad del reo juega un papel preponderante en el nuevo estatuto, como que es la base de la penalidad, o mejor, sobre ella se edifica todo el andamiaje legal para la imposición de la pena. Más ocurre que, por desgracia, la re-

forma a que se ha venido refiriendo el Tribunal, pertenece a una Ley posterior al Código Penal; y por esta desafortunada circunstancia no encaja, de modo preciso, dentro de las concepciones ideológicas que determinaron la expedición del nuevo estatuto. Por consiguiente no es dable atribuir a una ley que se hizo con una finalidad casi individual, gracias al incidente de tránsito sufrido por una distinguida señorita de Bogotá, de familia respetable, que determinó la reforma, conceptos que ella no contiene. La realidad es que no armoniza, desde el punto de vista de los principios que estructuraron el Código, con la concepción que en éste tiene el problema de la peligrosidad.

Por manera que si en verdad el delincuente revela esta circunstancia, no es, precisamente, sobre ella como puede edificarse el criterio o el concepto de que no puede ser excarcelado bajo caución, por cuanto que ese no fue el motivo determinante de la modificación Legislativa, sino principios muy diferentes y que no guardan relación ninguna con ese fenómeno de tanto alcance dentro de la reforma penal.

Por lo demás, y vistas las cosas desde el ángulo de la misma redacción del artículo, es notorio en él que sólo se niega la excarcelación en los delitos culposos, cuando el daño surge de culpa en el ejercicio de alguna profesión, arte u oficio; pero para que ello ocurra es menester que se obre en ejercicio de esas actividades, lo que significa que el agente esté en acción de ocuparse o de practicar los actos propios de su oficio. De manera que si no ocurre ello así, no es posible aplicar la disposición, por más que puedan señalarse en ella deficiencias técnicas que el Tribunal no discute, y vacíos que la constituyen en norma un tanto contradictoria, por la imposibilidad de explicarse que sólo durante el ejercicio de esas actividades pueda el delito estar excluido de excarcelación, y no cuando no ocurra así, como en el presente caso.

Vista de esta suerte la solución de la controversia aquí suscitada y que tan discordantes pareceres ha producido entre los funcionarios que en ella han tomado parte, pues los Agentes del Ministerio Público tanto del Juzgado como del Tribunal están acordes con la tesis que sustenta esta última Corporación, resulta evidente que a la imprudencia indiscutible del sindicado Martínez con el daño grave que ocasionó, no puede dársele el carácter de ejercicio de la profesión del conductor de vehículos automotores, para que le incluya en la precisa excepción del artículo 3o. de la ley 164 de 1938.

Se advierte antes de concluir esta providencia, que todo lo dicho en ella sobre peligrosidad, sólo se refiere a la controversia en estudio, no en cuanto a la aplicabilidad de la pena, si llegare el caso.

Las anteriores consideraciones son bastantes para que el Tribunal, en armonía con el concepto de su colaborador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, revoque, como efectivamente REVOCA el auto de encarcelación de la fecha y procedencia indicadas, en lo que atañe a la gracia de libertad; y, en su lugar, resuelve excarcelar a Juan Pablo Martínez, siempre que otorgue fianza abonada por valor de doscientos pesos, o compruebe hallarse dentro de las circunstancias a que alude el artículo 415 del Código de Procedimiento Penal. (Auto - octubre 2 de 1945. Magistrado Ponente: Dr. Angel Martínez Vásquez.

INDICE DEL TOMO VII

Comprende los Números: 19, 20 y 21

	páginas
Agudelo D. Belisario	
El Laboreo Fcurnal en Minas	5
Agudelo Villa Hernando	
Apartes de un Estudio sobre las Instituciones Económicas Colombianas	107
Autonomía de la Universidad	433
Bernal Restrepo Gustavo	
Sistemas Generales de Organización	91
Algunos Aspectos de la Responsabilidad del Porteador en el Contrato de Transporte	365
Botero Mejía Bernardo	
El Desistimiento y su Influencia en Derecho Penal	11
Cano Rivera Jorge	
Derecho Comercial General	53
Cárdenas Nannetti Jorge	
Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional	393
López J. Emilio	
Causa y Valor en los Instrumentos Negociables	21
Mejía G. Helí	
Concurren la "Aberratio" y el Dolo Ultraintencional?	411
Murillo V. Juan Antonio	
Función Social de la Abogacía	215
Rendón G. Gustavo	
Derecho Penal. Parte Especial	167
Derecho Penal Colombiano. Parte Especial	315
Restrepo Restrepo Carlos	
Informe del Congreso Cooperativo	223
Comentarios	271
Jurisprudencia Civil del Tribunal Superior de Medellín	149-281-463
Jurisprudencia Penal del Tribunal Superior de Medellín	291-473
Índice del Tomo VII	493