

ALGUNAS NORMAS PARA LA APLICACION DEL NUEVO CODIGO PENAL

10.—Cuando hay concurso de delitos, sea formal o sea real, no se pueden sumar las penas de cada hecho, pues el sistema del **cúmulo material** que consagraba el Código de 1890, fue sustituido por el del **cúmulo jurídico o acumulación intensiva** en la nueva legislación;

20.—No son "circunstancias agravantes" las de los nueve ordinarios del artículo 363 del Código Penal de 1936. Cualquier caso de esos es un **elemento constitutivo** de asesinato. Intensificación del *animus necandi*;

30.—La frase "hasta en otro tanto" del artículo 33 del Código Penal nuevo (lo mismo que la expresión "hasta en una tercera parte" del artículo 31), indica un máximo imponible sólo en ocasiones extraordinarias. Y si se presentare la necesidad de doblar la pena del delito más grave, o de elevarla en la tercera parte, débese tener el cuidado de que el aumento no sea mayor que el máximo correspondiente al otro hecho, cuando el concurso es de dos delitos.

40.—La fractura de un mueble para robar el contenido será un modo general de violencia a las cosas, conforme al artículo 402 del Código de 1936, pero no es la específica perforación o fractura del robo más agravado a que se refiere el artículo 404 *ibidem* (caso 30.); y

50.—La indole del Código de 1936 va a modificar, reduciéndolo, el poder que el superior tenía en apelación, consulta o casación, para variar la pena principal que el inferior deducía del Código de 1890, puesto que suprimidos los tres grados de todo delito y la mecánica regla del artículo 124 de ese Código antiguo, y sijándose hoy la sanción al delincuente por la ponderación de los

principios que entrañan los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 del Código nuevo, de muy rara ocurrencia será la equivocación palmaria en la cantidad de pena impuesta. La subjetividad casi incontrovertible de que disfruta el impartheidor de la justicia penal para mover su entendimiento entre los bajos **mínimos** y los altos **máximos** de la sanción en la mayor parte de los delitos, es un arbitrio respetable que únicamente en casos excepcionales dejará decir que hubo error en la pena por exceso o por defecto, siempre que el juzgador de instancia haya tenido en cuenta aquella ponderación. Y es que, medidas la gravedad y modalidades del hecho delictuoso y las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, y apreciados los motivos determinantes y la personalidad del agente, difícil ha de ser para el superior concluir que el inferior, al sancionar, v. g., el homicidio que contempla el artículo 362, con diez años de presidio, debió reprimirlo más bien con nueve o con doce años.

— O —

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. — SALA DE CASACION
PENAL**

(Magistrado ponente, doctor Campo Elías Aguirre).

Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta.

En algún paraje del municipio de Cajamarca, en el departamento del Tolima, José Isaac Casas Guerrero, auxiliado por el menor Joselin Ramos Ovalle, mató a Laura Rosa Arcila de Castaño con treinta y ocho machetazos, a fin de robarle, como le robó, también valiéndose de la cooperación de dicho menor, la suma de doscientos ochenta y tres pesos y veinticinco centavos (\$ 283.25), todo lo cual aconteció el doce de julio de mil novecientos treinta y siete.

— O —

Fue un perfecto asesinato por la clara premeditación de Casas Guerrero, por la alevosía y la inhumana ferocidad que ese hombre empleara y porque el homicidio representó el medio de apoderarse de la mencionada suma de dinero que era el fruto de

las economías del marido de la muerta y de algunos peones suyos, dinero que el criminal sacó de un baúl, después de violentar el mueble.

— o —

Sometidos a juicio Casas Guerrero y Ramos Ovalle en el Juzgado 2o. Superior de Ibagué, el veredicto unánime de los jueces de hecho afirmó la culpabilidad sin restricciones del primero, en su carácter de asesino y ladrón, y al otro lo situó en la categoría de partícipe del homicidio, "pero sin previo conocimiento", negando a la vez la premeditación del menor y la ayuda de éste en el robo.

El Juez, entonces, el diez de febrero de mil novecientos treinta y nueve, condenó a Casas Guerrero a veintidós años de presidio, con aplicación del Código Penal de 1936, así: diez y siete por el asesinato y por el robo cinco. Es decir, aumentó los mínimos de los artículos 363 y 404 *ibidem* y sumó las penas, suma que que es la observancia del sistema de la **acumulación material** que consagra el Código de 1890, incompatible en absoluto con el sistema de la **acumulación jurídica intensiva** que el nuevo Código trae para los diferentes concursos de delitos.

De suerte que el Juez, al deducir la penalidad para Casas Guerrero del Código de 1936, por estimarla más favorable, ha debido obedecer la regla del artículo 33.

— o —

A Ramos Ovalle le impuso el Juez tres años de reclusión. Por qué reclusión si el mismo Juez consideró violado el artículo 600 del C. P. de 1890, que señala presidio? Y por qué se le condenó en calidad de auxiliador del homicidio, frente al veredicto de fs. 47 del cuaderno 2o. que sacó a ese reo del alcance del artículo 24 del Código antiguo?

Ramos Ovalle quedó absuelto del auxilio en el robo.

El Tribunal Superior de Ibagué resolvió lo siguiente:

"1o. Condénase a José Isaac Casas Guerrero...., como culpable de los delitos de HOMICIDIO y ROBO relacionados, a sufrir en la Penitenciaría de esta ciudad o en el establecimiento de castigo que determine el Gobierno, la pena principal de VEINTICUATRO AÑOS (24 años) DIEZ MESES DE PRESIDIO;

"2o. Condénase a JOSELIN RAMOS OVALLE...., a sufrir TRES (3) AÑOS DE RECLUSION....;

"3o. Revócase el punto 3o. de la sentencia recurrida por ser notoriamente injusto el veredicto del jurado en relación con el cargo que al reo Joselin Ramos Ovalle se le dedujo en el auto de proceder, tocante al delito de ROBO, y se ordena convocar nuevo jurado a quien se someterá nuevamente a decisión lo relacionado con la participación de dicho reo en tal delito; y

"4o.

— o —

En recurso de casación vino a esta Sala lo que toca con José Isaac Casas Guerrero, y ya terminados aquí los trámites entra la Corte a decidir aquel recurso.

Dice el señor Procurador:

"Casas Guerrero y su defensor interpusieron el recurso de casación, pero ante la Corte tan sólo se han presentado algunos escritos del primero, en que sostiene que no se le dieron suficientes garantías para su defensa y que se apreciaron mal algunas pruebas. Esta argumentación miraría a la causal sobre injusticia en el veredicto, cuestión que no fue debatida en las instancias. Por este aspecto, sería infundado el recurso, tanto más cuanto que los veredictos no pecan contra la evidencia. Por el contrario, hay probanza suficiente sobre la responsabilidad del recurrente en la comisión de los delitos que le fueron imputados.

"Estudiado el expediente por este Despacho encuentra un reparo al fallo recurrido sobre la aplicación de la ley penal. Así, pues, invoca la causal 1a. del artículo 3o. de la Ley 118 de 1931.

"CAUSAL PRIMERA"

"Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por mala interpretación de ésta o por indebida aplicación de la misma".

"José Isaac Casas Guerrero fue llamado a responder en juicio criminal por estos delitos: homicidio premeditado con circunstancias de asesinato en la persona de Laura Rosa Arcila de Castaño, y robo por la cantidad de \$ 283.25. Los cuestionarios referentes a este

procesado, son unánime y simplemente afirmativos y no están en evidente contradicción con las probanzas.

"El Juez de primera instancia, en desarrollo de las respuestas del Jurado, estimó como más favorable para el reo el nuevo Código Penal, y razona así:

"Se trata, ante todo, de una asesinato, que en la nueva ley penal tiene una base mínima de 15 años de presidio (artículo 363); y como concurren las circunstancias de mayor peligrosidad enumeradas en los puntos 6 y 9, hay lugar a hacer un aumento de dos años de presidio, pues apenas concurre la circunstancia de menor peligrosidad (numeral 11, art. 38), por la ignorancia del reo, aun cuando sabe leer y escribir.

"El delito de robo aparece sancionado en la nueva ley penal con la pena de 3 a 14 años de presidio (Artículo 404), por haberse verificado mediante la **fractura de los baúles** (subraya la Corte) en que tenían guardado el dinero los esposos Castaño-Arcila; y como concurren respecto de este hecho las propias circunstancias de mayor peligrosidad anotadas en el homicidio, hay también lugar a hacer un aumento de dos años de presidio.

"Así resulta el homicidio sancionado con la pena corporal de diez y siete (17) años de presidio; y el robo, con la de cinco (5) años de la misma pena. Y sumadas ambas, le resulta al reo la pena total de veintidós (22) años de presidio.

"Por su parte, el Tribunal consideró que el Código de 1890 era el más favorable para el acusado Casas y expresó esta apreciación en estos términos:

"Dadas las circunstancias **agravantes** (subraya la Corte) que concurrieron en la ejecución del homicidio, por lo cual se le denomina asesinato, o sean las especificadas en los numerales 2o., 3o., 5o. y 7o. del artículo 363 del nuevo Código Penal, la cuantía de la pena para Casas Guerrero debería ser de acuerdo con dicho Código, la de 19 años, que por la circunstancia prevista en el artículo 33 de la misma obra en relación con el 404 del C. P. habría que aplicar la sanción establecida para el más grave (la del asesinato) aumentada hasta en otro tanto, **lo que daría lugar a una pena total de 38 años de presidio** (subrayó la Sala) con las accesorias consiguientes."

"Las respectivas penas señaladas en el antiguo Código Penal son la fija de 20 años de presidio (artículo 3o. y B del Acto Legis-

lativo Número 10 (sic) para el homicidio, y la de tres a cinco años de presidio aumentada en uno o dos meses por cada veinticinco pesos del valor de lo robado (artículos 778 y 785 del C. P.), lo que daria un total fluctuante entre 23 años 11 meses y 24 años 10 meses de presidio.

"De modo que aplicando la pena más benigna al reo Casas Guerrero, teniendo en cuenta las circunstancias agravantes habidas, el minimo de la pena que se le debe imponer a él, es de 24 años 10 meses de presidio y además las accesorias correspondientes".

"El concepto sobre favorabilidad de la ley penal en muchas ocasiones es claro y no da lugar a discusiones; pero otras veces, como la presente, resulta demasiado subjetivo y, por ende, sujeto a controversias.

"Los delitos cometidos por Casas son de palmaria gravedad y si no se hubiera operado el cambio de legislación la pena imponible sería la señalada en la sentencia del Tribunal, (subraya la Corte) de acuerdo con los artículos 3 y B del Acto Legislativo No. 10 (sic) y 598, 778, 785 y 71 del Código de 1890. Pero como según el artículo 45 del nuevo Código Penal, la pena de presidio no puede pasar de 24 años, entonces resulta más favorable la nueva ley, la cual debe ser aplicada en toda su integridad.

"Confrontadas, pues, las dos penas máximas, la del Código anterior y la del Código nuevo, es más baja la señalada por este último.

"Ahora bien: el asesinato está reprimido por la ley nueva con la pena de presidio de quince a veinticuatro años (artículo 363) y el Tribunal estimó que en este caso el reo merecería una pena de diez y nueve años de presidio, apreciación que debe respetarse, por no existir motivo para impugnarla. El robo está reprimido con presidio de tres a catorce años (artículo 404) y el artículo 33 que contempla el concurso material de delitos preceptúa que al delincuente se aplicará la sanción establecida para el delito más grave, aumentada hasta en otro tanto.

"Hay fundamento suficiente para juzgar que la peligrosidad delictuosa de Casas es notable y que los delitos de indudable gravedad los perpetró por motivos innobles. Luego debe ser sometido a la máxima sanción permitida por el Código, así: diez y nueve años por el asesinato y cinco años por el robo.

"Por lo expuesto, este Despacho pide atentamente a la H. Corte que case la sentencia ameritada y en su lugar condene a José

Isaac Casas Guerrero además de las sanciones accesorias, a la pena de diez y nueve años de presidio por el asesinato perpetrado en la persona de Laura Rosa Areila de Castaño y a la pena de cinco años de presidio por el robo de la cantidad de \$ 283.25 consumado en la casa de la misma víctima del homicidio".

— o —

Antes de ir al fondo de la cuestión la Corte se detiene en estos reparos accidentales:

a). Alega el señor Procurador que "si no se hubiera operado el cambio de legislación la pena imponible sería la señalada en la sentencia del Tribunal", para Casas Guerrero. Quizá no lo sería. En primer lugar, con las cuentas que hizo el Tribunal ascendería el total de la pena a veinticuatro años y once meses y no a veinticuatro años y diez meses. Y en segundo lugar, el cómputo fue equivocado para el robo que se calificó acertadamente en la escala media del mínimo y máximo del artículo 778 del C. P. de 1890: cuatro años de presidio (artículo 124). Pero esa calificación del segundo grado se olvidó en el artículo 785, del cual no se tomó sino el mínimo. El grado segundo da un aumento de un año, cuatro meses y quince días.

b). Llama el Tribunal "circunstancias agravantes" las de los ordinarios 2o., 3o., 5o. y 7o. del artículo 363 del C. P. de 1936. Y propiamente no son esas y las demás de dicho artículo circunstancias agravantes sino elementos constitutivos del asesinato, que intensifican el *animus necandi u occidendi*;

c). Argumenta el Tribunal que con el Código nuevo tendría Casas Guerrero diez y nueve años por el asesinato, y "que por la circunstancia prevista en el artículo 33 de la misma obra en relación con el 404 del C. P., habría que aplicar la sanción establecida para el más grave (la del asesinato) aumentada hasta en otro tanto, lo que daria lugar a una pena total de treinta y ocho años de presidio...." Nó. La frase "hasta en otro tanto" del artículo 33 indica un máximo imponible en ocasiones extraordinarias, máximo que estaría tanto más lejos de poderse cargar al reo Casas Guerrero, para doblar por el robo los diez y nueve años del asesinato, si se medita en un innegable absurdo resultante: que el aumento sería mayor que el máximo de catorce años del artículo 404:

d). También el Tribunal, en lo concerniente a Ramos Ovalle, trocó por reclusión el presidio del artículo 600 del C. P. de 1890;

y e). Para el juzgador de la primera instancia el robo de los \$ 283,25, que cae bajo el precepto del artículo 404 del C. P. de 1936, se cumplió "por haberse verificado mediante la fractura de los baúles...". Y la perforación o fractura del caso 3o. del artículo 404 es taxativa para pared, techo, pavimento, puerta o ventana. No se extiende a muebles. La fractura del baúl es un modo general de violencia a las cosas, y otros serán los distintivos especiales del robo que se estudia, para que quepa en el artículo 404.

— o —

No es la ocasión de que la Corte dilucide hoy el interesante problema que surge del artículo 45 del C. P. de 1936, en relación con los mandatos de los artículos 31, 32, 33 y 34 *ibidem*. Los máximos del artículo 45 son para un solo delito, sin reincidencia? En los casos de un solo delito con reincidencia o de un concurso formal o real de delitos o de un delito continuado, podrá excederse del límite máximo del artículo 45?

Y no es aquella ocasión por no necesitarse ahora la dificultosa tarea de responder a las preguntas formuladas que comprenden una seria duda, puesto que sin afirmar que se puede o no se puede pasar de esos máximos en concurso de delitos o en aumento por reincidencia, lo cierto es que la penalidad de Casas Guerrero debe no exceder de veinticuatro años de presidio.

— o —

La Corte, como el señor Procurador, también halla justificada la causal 1a. del artículo 3o., Ley 118 de 1931, por el aspecto de indebida aplicación de la ley penal en la sentencia, en atención a que perjudica menos a José Isaac Casas Guerrero el Código de 1936 que el de 1890.

En efecto. A los veinte años de pena fija de presidio por el asesinato, sustitutiva de la de muerte, habría que agregar, en acumulación material, no los cuatro años y diez meses que el Tribunal impuso por el robo (eran, se repite, 4 años y 11 meses), sino cinco años, cuatro meses y quince días de presidio. Pero no más de veinti-

cinco años de tal sanción, conforme a la regla del artículo 71 del Código antiguo, regla cuya interpretación recta hizo recientemente esta Sala, a saber: que cuando se trata de un delito único que mereza más de veinte años de presidio, se aplican veinte de dicha pena y el resto se sufrirá en reclusión; pero que cuando se trata de varios delitos que en conjunto tengan más de veinticinco años de presidio, la represión habrá de reducirse a veinticinco años de la misma pena.

Y en cambio, frente al Código de 1936 el asesinato que perpetró Casas Guerrero debe sancionarse con diez y nueve años de presidio; y el aumento por el concurso real del robo, que no es jurídico que sea "hasta en otro tanto", se ajusta a la equidad y a la proporción legal estimándolo en cinco años. Al mínimo de quince años del artículo 363 se le añaden cuatro años, y el mínimo de tres del artículo 404 se sube a cinco.

— o —

Y por qué se le asignan diez y nueve años de presidio al asesinato en la persona de Laura Rosa Arcila de Castaño? No es una caprichosa fijación? No lo es. El Tribunal Superior de Ibagué, en la comparación de la penalidad principal de ambos Códigos, escribió que "la cuantía de la pena para Casas Guerrero debería ser de acuerdo con dicho Código (el de 1936, aclara la Corte), la de 19 años...". Y el señor Procurador dice, con razón, que es una "apreciación que debe respetarse, por no existir motivo para impugnarla".

Es que la aplicación del Código de 1936 va a modificar, por fuerza de su indole, la facultad o el frecuente poder que el superior tenía, en apelaciones, consulta o casación, para variar las penas que el inferior deducía del Código de 1890.

Suprimidos los tres grados de todo delito y la fácil mecánica del artículo 124 de ese Código antiguo, y aplicándose hoy la sanción al delincuente por las determinaciones de los artículos 36, 37, 38, 39 y 40 del Código nuevo, no será de muy rara ocurrencia la **palmaria equivocación en la cantidad de pena que se imponga**? Y por ser "demasiado subjetivo" el arbitrio del fallador para mover su entendimiento entre los pequeños mínimos y los grandes máximos de la mayor parte de los delitos, subjetividad casi incontrovertible, sólo en casos excepcionales se le podrá decir al juzgador, si observó aque-

llas determinaciones, que hubo yerro en la pena por exceso o por defecto.

Cuánta gravedad del hecho delictuoso, cuántas y cuáles modalidades de él, cuáles y cuántos motivos determinantes, cuántas circunstancias de mayor y menor peligrosidad y qué grado de personalidad peligrosa del agente, autorizarán al superior para concluir que el inferior, al sancionar, v. gr., el homicidio que contempla el artículo 362, con diez años de presidio, ha debido imponer al homicida más bien nueve o doce años?

— o —

El homicidio que ejecutó Casas Guerrero antes de entrar a regir el Código Penal de 1936 fue asesinato por la premeditación para cometerlo y por la concurrencia de las circunstancias 3a., 6a., y 7a., del artículo 586 del Código de 1890.

Y asesinato es también en el Código nuevo por distintas fases: porque hubo premeditación acompañada de motivos innobles o bajos; porque fue para facilitar la consumación de un robo; porque se usó la alevosía y sevicia y porque el matador se valió de la actividad de un menor (artículo 363), número 2o., 3o., 5o., 6o. y 7o.)

— o —

El robo de los doscientos ochenta y tres pesos y veinticinco centavos se caracterizó por la violencia general a las cosas y a la persona de la asesinada, en armonía con los principios de uno y otro Código.

Y como modificadores del robo simple, que tornan a éste en el más grave de los robos del Código de 1936, resultan los elementos que siguen: que se cometió en despoblado y con arma y que la violencia ejercitada sobre la Arcila de Castaño puso a esa mujer en absoluta imposibilidad de obrar (números 1o. y 4o. del artículo 404).

— o —

Revela José Isaac Casas Guerrero una acusada personalidad peligrosa. Consumó dos hechos de gravedad indudable y de modalidades y motivación poco comunes. Y los consumó con estas circunstancias de mayor peligrosidad (descartando las previstas como cons-

titutivas o modificadoras de los delitos): para ambas infracciones el modo de su ejecución que demuestra una mayor insensibilidad moral del delincuente; el haber abusado de las condiciones de inferioridad personal de la víctima y la co-actividad del menor Ramos Ovalle; y para el robo, los motivos innobles y su preparación ponderada (3a., 5a., 6a., 7a. y 8a., artículo 37). Una sola circunstancia de menor peligrosidad existe: la pobreza y la falta de ilustración del reo, (11 del artículo 38), no porque hubiesen influido en la ejecución del asesinato y el robo, sino por la analogía a que obliga el artículo 40..

— o —

Equidad y proporción hay en los veinticuatro años de presidio para Casas Guerrero por los dos delitos.

Y justificada la causal que invocó el señor Procurador, con la reserva de la Sala sobre el alcance del art. 45 del Código Penal de 1936, la Corte debe proceder de la manera que ordena el inciso primero del artículo 40., Ley 118 de 1931.

— o —

Falta juzgar a Joselin Ramos Ovalle por su participación en el robo, como resultado de la declaratoria de injusticia que el Tribunal pronunció—respecto del veredicto que negara la culpabilidad de ese sujeto en dicha participación. Y ese juzgamiento debe cumplirse sin pérdida de tiempo, pues Ramos Ovalle ya pagó sobradamente los tres años de reclusión por su complicidad secundaria en el asesinato.

— o —

En mérito de las razones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oída la opinión del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué con fecha veinticinco de julio de mil novecientos treinta y nueve, que impuso a José Isaac Casas Guerrero la pena principal de veinticuatro años y diez meses de presidio por asesinato y robo, y en su lugar condena al mismo Casas Guerrero a veinticuatro años de presidio en la penitenciaría que el gobierno señale; a la interdicción de derechos y funciones públicas por un período igual

al de la pena principal, periodo que se contará según lo manda el artículo 97 del Código de 1936; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; a perder la patria potestad si la tuviere, y a indemnizar los perjuicios que ocasionó con el asesinato y el robo.

Se decreta la publicación especial de la sentencia y se confiscará el arma que el reo usó para el homicidio, a fin de entregarla al Estado.

El lapso de la detención y prisión se abonará a los veinticuatro años de presidio.

Devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Ibagué. Notifíquese, cópíese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

CAMPO ELIAS AGUIRRE

JOSE ANTONIO MONTALVO

ABSALON FERNANDEZ DE SOTO.

JULIO E. ARGUELLO R.

Secretario.

