

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION PENAL

Ponente: Dr. Gustavo Gómez Velásquez

**HOMICIDIO FRUSTRADO. LESIONES PERSONALES. DELITOS IMPER-
FECTOS. TRANSITO DE LEGISLACION.**

Bogotá, veinticinco de enero de mil novecientos ochenta y cuatro.

**Magistrado Ponente:
Dr. Gustavo Gómez Velásquez**

APROBADO: Acta No. 04 de 24 de enero de 1984.

VISTOS :

Se ha recurrido en casación, por el apoderado de los procesados, la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, fechada el 16 de febrero de 1983, mediante la cual se impuso a EUGENIO MOSQUERA y JESUS ANTONIO RODRIGUEZ, por los delitos de "homicidio y lesiones personales", diez y seis (16) años de prisión, a cada uno de ellos.

Admitido el recurso y declarada la demanda ajustada a los términos de ley, corresponde ahora hacer el pronunciamiento de fondo.

De los hechos y la actuación procesal.

Conviene, a este respecto, acudir a las anotaciones consignadas en el fallo recurrido, complementadas por el Procurador 3o. Delegado en lo Penal.

"... De autos se desprende que el 2 de junio de 1975, a la casa de la familia CARDONA, en el corregimiento de El Cauchal, llegaron dos sujetos quienes, después de tomarse unas gaseosas e ingerir algunas galletas, pidieron posada, la que les fue concedida y se quedaron a dormir en esa noche. Y ya en altas horas de esa misma noche, los habitantes de tal residencia se dieron cuenta que eran atacadas a cuchillo, razón para que NOHELIA MARIA

SANTA procediera a pedir auxilio, pero antes de salir de la casa fue herida, e igual cosa sucedió con CARMEN FRANCO ARIAS y RAFAEL RICARDO ACEVEDO AGUDELO, y resultando muerto PEDRO ANTONIO CARDONA.

"Iniciada la investigación penal correspondiente ésta terció hacia los sujetos EUGENIO MOSQUERA y JESUS ANTONIO RODRIGUEZ, los que fueron capturados el día siguiente —3 de junio— en el paraje La Playa, siendo inmediatamente reconocidos por NOHELIA SANTA como los mismos sujetos que el día anterior solicitaron posada en la casa en cuestión, y las mismas personas que en la noche de autos estuvieron dentro de la misma.

"Tanto EUGENIO MOSQUERA como JESUS ANTONIO RODRIGUEZ, en sus respectivas indagatorias, niegan ser los autores del homicidio agotado en la persona de PEDRO ANTONIO CARDONA, y de las lesiones sufridas por MARIA NOHELIA SANTA, CARMEN FRANCO ARIAS y RAFAEL RICARDO ACEVEDO, aduciendo que se encontraban por esos lugares debido a que fueron por una Motobomba que se hallaba en el sitio denominado 'La Mona'. Pero es la misma reconocedora MARIA NOHELIA SANTA quien se encarga de desmentir la posición asumida por aquellos inculcados, cuando en sendas diligencias de careo les sostiene que son los mismos sujetos que solicitaron posada en su casa y pernoctaron dentro de la misma en la noche de autos.

"Asimismo ANTONIO JOSE CARDONA HOYOS, hijo del occiso, reconoció a EUGENIO MOSQUERA como a un antiguo compañero de trabajo y que, por lo mismo, conocía la ca-

sa de su padre y sabía que éste negociaba en oro.

“Y en diligencia de careo, MOSQUERA en principio negó conocer a la persona que tiene de presente, CARDONA HOYOS, pero finalmente lo aceptó así. . .” (fls. 576 y 577, cuaderno 1o.).

“Practicadas las primeras diligencias de la policía, se abrió la investigación por el Juzgado Municipal de Dagua, el cual oídos en indagatoria los procesados y con base en las informaciones existentes, dictó en su contra auto de detención; prosiguió el trámite con la práctica por Juez de Instrucción de las pruebas necesarias y de las ordenadas por el Juez del conocimiento, quien una vez perfeccionada la investigación la cerró y calificó el proceso con llamamiento a juicio para los procesados nombrados, por homicidio agravado por la indefensión en la persona de Pedro Antonio Cardona y por homicidio imperfecto en los restantes afectados; apelada esta providencia y habiéndose desistido del recurso por los apelantes, se decretaron pruebas solicitadas y cumplidos los trámites pertinentes, se efectuó la audiencia, en la cual el jurado respondió negativamente en cuanto a la responsabilidad de los procesados, respuesta declarada contraevidente por el Juez, en decisión que consultada, fue confirmada por el Tribunal; celebrada nueva audiencia, el jurado pronunció veredicto afirmativo respecto a los dos acusados y en cuanto a todas las infracciones mencionadas, con base en el cual se dictó sentencia condenatoria en primera instancia, confirmada por el Tribunal.

“Recurrida esta última en casación, fue invalidada por la H. Corte en sen-

tencia de 29 de enero de 1981 (magistrado sustanciador Dr. Gómez Velásquez) en razón de haberse preguntado en cuanto a los delitos de homicidio imperfecto si los procesados eran responsables de ‘homicidio frustrado’ en las circunstancias de las cuales daba cuenta el proceso, por considerarse que se desconocían así las normas legales y las formas propias del juicio, dejando en firme la respuesta respecto al homicidio agravado.

“Resuelta petición de la defensa en cuanto a cesación de procedimiento porque el nuevo Código Penal no contemplaba el homicidio frustrado en decisión negativa que también fue objeto de apelación y se confirmó, se celebró nueva audiencia en cuanto a los delitos frustrados, en la cual el jurado respondió a cada uno de los cuestionarios presentados ‘. . . sí en heridas de complicidad correlativa...”

“Con base en esta respuesta, el Juez dictó su sentencia condenatoria por homicidio agravado y homicidios frustrados; y el Tribunal la modificó para considerar que se afirmaba respecto a estos últimos solamente lesiones personales, mediante el fallo que es objeto de recurso de casación. . .”.

La demanda

Del fallo recurrido el casacionista no discute lo que hace “relación al homicidio agotado en la persona de **Pedro Antonio Cardona**, pues es evidente que el veredicto con un “SI ES RESPONSABLE” no se contradice con la realidad procesal, ni ofrece causal alguna de nulidad”.

Pero objeta la determinación del Tribunal, al entender éste que la respuesta “SI DE HERIDAS EN COM-

PLICIDAD CORRELATIVA", permitía una condenación por el delito de "lesiones personales", cargo que no fue formulado en el auto de proceder ni a Mosquera ni a Rodríguez. Esta contestación del jurado comporta, a no dudarlo, un veredicto absolutorio. Sobre el particular recuerda la sentencia de 8 de abril de 1972, con ponencia del M. José María Velasco Guerrero, aplicable al caso subjúdice, en la cual se dice que "si el jurado niega el delito de homicidio preterintencional imputado al sindicado, no puede motu proprio atribuirle (el juez) a su antojo el de lesiones personales. La sentencia en este caso debe ser absolutoria, y si condena por el delito no controvertido en el juicio, sería eventualmente atacable en casación por el motivo primero de la causal segunda, por cuanto si bien absuelve por la infracción que fue materia del debate y por la cual se interrogó en los cuestionarios, condena en cambio al sindicado por un hecho afirmado en el veredicto, extraño al auto de proceder y por el cual no fue preguntado el jurado" — G.J. tomo CXLII, pág. 319, corrigiéndose la inexactitud de transcripción que hace el memorialista.

Este cargo, así explicado se apoya en el artículo 580, segunda causal, del Código de Procedimiento Penal y se invoca en favor de los dos procesados.

En cuanto a Jesús Antonio Rodríguez, se agrega la "violación directa de la ley sustancial de que trata la causal primera, inciso 1o., del artículo 580 del Decreto 409 de 1971".

Sobre el particular manifiesta:

". . . Evidentemente, cuando la Honorable Corte Suprema de Justicia ca-

só la sentencia anterior, del 18 de diciembre de 1979, y declaró "En consecuencia, la nulidad de la audiencia pública iniciada el 25 de septiembre de 1979, pero únicamente en lo que ésta se relaciona con los homicidios frustrados", 'debiéndose reponer la actuación teniendo en cuenta lo expuesto en la parte final de la parte motiva de esta providencia' siendo ya ley del proceso la providencia que enjuició por el delito de homicidio frustrado y no por tentativa, en ese mismo día comenzó a regir el nuevo Código Penal que abolió la figura del homicidio frustrado que rigió a todo lo largo de la vigencia del Estatuto de Penas de 1936.

"En tales circunstancias no era dable, en manera alguna, realizar una audiencia pública para juzgar y continuar una causa cuyo fundamento era una figura del homicidio con entidad propia como lo era el homicidio frustrado y diferente al homicidio tentado y, sobre todo, teniendo en cuenta, nunca me cansaré de expresarlo, que el llamamiento a juicio ni se había formulado por homicidio imperfecto ni por homicidio tentado. . .". Y se concluye: ". . . Pero aún es mayor la convicción que me asiste en lo que estoy planteando si se medita en la advertencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en la casación del 28 de julio de 1960 (G.J. XCIII, 260), así concebida:

" 'Si se llamó a juicio por homicidio, en el grado frustración, y el jurado condenó por esa específica figura delictuosa, al acogerse el veredicto como base de la sentencia, tiene que aplicarse el artículo 17 del Código Penal, que se refiere al delito frustrado, y no el 16, que se contrae a la tentativa'.

“Y no importa a la realidad de que esta causal de casaciones la que debo invocar para la impugnación del fallo el hecho de que los jurados hubiesen desatendido las voces del Cuestionario y preferido un ilícito de lesiones personales porque lo concerniente a atacar en casación es el juzgamiento, como acaeció, con base en un delito que dejó desierto la nueva legislación penal.

“Indudablemente en la sentencia atacada se violó la ley sustancial por exclusión evidente al errar el fallador acerca de la existencia de la norma y no tener en cuenta y por lo mismo no haberlo expresado así, que el nuevo Código Penal le quitó el carácter de delito a la conducta prevista en el artículo 17 del Estatuto Punitivo de 1936, que hacía mención al delito frustrado.

“Y esa violación de la ley penal sustancial tuvo su incidencia en el fallo adoptado porque de otra manera él hubiese sido absolutorio y no de condena como lo fue. . .”.

La sentencia censurada

En el aparte motivo de disentimiento, el Tribunal anota:

“ . . . En cuanto a los Cuestionarios sobre las heridas sufridas por las tres víctimas, esa misma sentencia igualmente es incontrovertible, pero no lo es en cuanto a la interpretación dada al veredicto emitido en estos términos: ‘SI DE HERIDAS EN COMPLICIDAD CORRELATIVA’, por cuanto el a-quo tomó esa respuesta como si se tratara de homicidio imperfecto en el grado de tentativa (fs. 557), que no se ajusta al verdadero pensamiento del jurado, que no fue otro que el de reconocer que los inculpados cometieron fue un clásico delito de lesiones perso-

nales, al utilizar la expresión ‘sí de heridas’, respuesta que se atempera por lo demás a los reconocimientos médicos legales visibles a folios 69, 71 y 158 de este informativo.

“Por estos razonamientos la Sala no comparte el criterio del señor defensor de los acusados, doctor RAFAEL DAVID APONTE GARCIA, que impetra para estos su absolución en lo que atañe a las lesiones de los tres ofendidos, so pretexto de que la respuesta ‘sí de heridas en complicidad correlativa’ implica en sí misma un veredicto absolutorio. Nada más alejado de la realidad que este planteamiento, pues, se repite, el Jurado en su soberanía reconoció la culpabilidad de los procesados, descartando el homicidio en grado de tentativa, para ubicarla en el mero campo de las lesiones personales. El veredicto así proferido es categórico y, ciertamente, no admite otra interpretación diferente por su claridad y firmeza.

“En cuanto a la graduación de la pena, se tiene lo siguiente: Como se trata de un concurso material de delitos, por el homicidio agravado se parte de la sanción mínima prevista en el artículo 363 del Código Penal, o sea quince (15) años de prisión; por las lesiones personales (tres) cometidas en complicidad correlativa, se aumenta esta pena en un (1) año, para un gran total de dieciseis (16) años de prisión, sanción máxima a imponer a los procesados Mosquera y Rodríguez, sentido en el cual se habrá de reformar el numeral 1o., literal a) del fallo apelado, para confirmarlo en lo demás. . .”.

La opinión de la Delegada

Así se expresa: “. . . Como aparece de lo expuesto, radica el cargo de des-

acuerdo de la sentencia con el auto de proceder, en que en aquella se condenó por los delitos de lesiones en las personas mencionadas, según la respuesta del jurado, cuando el auto de proceder contenía el cargo de homicidios frustrados, siendo por tanto delito diferente y sin que pudiera el fallador condenar por infracción no contemplada en el auto de proceder, ni sometida al jurado, con lo cual se demuestra el desacuerdo indicado.

“De conformidad con la anterior relación de la actuación, el cargo se formuló efectivamente por homicidio frustrado y el jurado al pronunciarse afirmó la responsabilidad por lesiones personales en complicidad correlativa; de lo cual se infiere, que tácitamente negó la responsabilidad por tales delitos imperfectos, para concluir que existía pero respecto a lesiones personales, en la modalidad indicada.

“Este veredicto resulta obligatorio y debe acogerse, por ser el segundo dentro del proceso, toda vez que el primero se declaró contraevidente y otro posterior, en cuanto a los mismos delitos, fue invalidado; así, no puede desconocerse conforme a precepto expreso de la ley (artículo 565, Código de Procedimiento Penal) por ser definitivo.

“Examinada la respuesta en sus términos, se concluye que asiste razón al recurrente, pues el jurado en tal forma negó la referida infracción y afirmó una diferente, lesiones personales, que no fue objeto del cargo; y como es posible adelantar nuevo juzgamiento por tal infracción, debe considerarse tal veredicto como absolutorio, ya que por otra parte, tampoco puede el fallador decidir acerca de una acusación que no fue objeto de enjuiciamiento,

ni del pronunciamiento del jurado.

“Por otra parte, existe respecto a tal situación la jurisprudencia invocada por el actor, que resulta aplicable al caso; y siendo de obligatoria observancia o no pudiendo desatenderse el veredicto, como ya se dijo, debe concluirse que es procedente la absolución por los referidos de homicidio frustrado, como única solución que puede aplicarse al caso examinado.

“Es por tanto procedente casar parcialmente la sentencia impugnada, la cual tiene validez, como se desprende del proceso y del anterior fallo de casación, en cuanto al delito de homicidio agravado por el cual fueron condenados los reos recurrentes, para absolver por los reatos mencionados.

“Corresponde por tanto a la Honorable Sala, de conformidad con la norma pertinente (artículo 583, nal, 1o. Código de Procedimiento Penal) dictar la sentencia respectiva; en ésta debe procederse a nueva graduación de la sanción, dado que no pueden tenerse en cuenta las infracciones referidas, por las cuales procede absolución; pero sin que tampoco proceda imponer el mínimo de la sanción prevista, pues obran en contra de los procesados, diversas circunstancias de mayor peligrosidad o de agravación genérica de la responsabilidad (nls. 3o., 9o., 13 artículo 37 Código de Procedimiento Penal derogado, nls. 1o., 7o. y 10 artículo 66 Código de Procedimiento Penal), dada la forma como se desarrollaron los hechos, el cometerse por dos personas, entre las cuales debe suponerse acuerdo y las demás modalidades observadas en su desarrollo y la personalidad revelada por los procesados.

“Por prosperar el cargo mencionado, se hace innecesario examinar el propuesto con base en la causal primera, en la demanda relacionada con el acusado Jesús Antonio Rodríguez, ya que éste hace referencia precisamente al delito de homicidio frustrado, por el cual procede absolución conforme a lo anotado; puede anotarse, a manera de comentario, que en cuanto a la situación en que se apoya éste, de haberse modificado la norma anterior en cuanto al delito frustrado para consagrar la actual solamente en término general lo relacionado con la tentativa, no puede suponer esto que tales infracciones no resultaran punibles por el cambio de legislación, pues tienen cabida en la anterior y en la actual, como ya lo hizo notar el fallador al examinar esta alegación propuesta en las instancias (folios, cuaderno 1o.). . .”.

Consideraciones de la Sala

1. Sea lo primero afirmar que, en los tipos generales de ampliación, como en el caso de “la tentativa” —artículo 22 del actual Código Penal—, no es cierto que llamamientos a juicio realizados bajo la vigencia del anterior estatuto, por delitos imperfectos, no puedan proseguir su trámite normal bajo el nuevo código, como lo comenta el recurrente. Las modificaciones introducidas a este respecto no implican la inexistencia de la figura, único aspecto que permitiría llegar a la conclusión propuesta y rechazada. Simplemente ha ocurrido un cambio que busca una adecuación más técnica de la figura. Lo que antaño se comprendía en los artículos 16 (delito tentado) y 17 (delito frustrado), tiene hogaño una sola denominación, vale decir, “la tentativa” (capítulo 2o. del título 3o.). La incriminación subsiste y a lo sumo podrá tener implicaciones en, determi-

nados casos de conducta, en la tipificación concreta del delito o en aspectos de favorabilidad punitiva.

Este proceso, así una parte del llamamiento a juicio se contrajese al delito de homicidio en su modalidad de frustrado, denominación ésta más de la doctrina que de carácter legal, y abolida en la nueva legislación, debía continuar adelantándose en la forma como se cumplió y en obediencia al fallo de casación emitido el 29 de enero de 1981. De haberse pronunciado el segundo jurado en forma diferente a como lo hizo, esto es, conservando la decisión en la órbita del delito tentado, el juzgador no hubiera podido desentenderse de esta clase de veredicto, que sí acatarla mediante un ajuste normativo a los nuevos dictados del artículo 22 del actual código penal, porque resulta obvio e indiscutible que la “frustración”, entendida como una tentativa acabada, como un paso más en el camino de la tentativa propiamente tal o inacabada, está dentro de ésta y corresponde a sus elementos propios de tipificación.

2. Respuestas del jurado de conciencia como las que se comentan, en las cuales se destaca un deseo de alejar la conducta del ámbito del homicidio imperfecto para ubicarla más bien en el de las lesiones personales, porque se reconoce en el procesado no un ánimo de matar sino un propósito de simple vulneración, la praxis judicial ha indicado una de estas opciones conceptuales:

a) Un veredicto como el que se analiza (“si de heridas en complicidad correlativa”), indicaría la posibilidad de reconocer “la tentativa” porque la referencia que se hace al fenómeno de las “heridas” no se vincula a una in-

tención de lesionar sino al medio de ejecución propio del delito de homicidio, conservándose el *ánimus necandi*.

La solución se muestra desaconsejable porque si algo traduce el agregado es el empeño de desestructurar la figura del homicidio;

b) Reconociéndose este objetivo y haciéndose equivalente “heridas” y “lesiones personales”, otra alternativa es la de pronunciar condena a este título, como lo ha hecho el Tribunal.

No convence mucho la consideración de entender que la controversia sobre el homicidio tentado haya comprendido, con igual eficacia, lo relacionado con las “lesiones personales”, ni menos que el procesado deba soportar las ventajas y desventajas de la veredicción, o sea que si se admite la negativa relacionada con el homicidio, debe aceptarse lo de las lesiones personales, pero no para absolver, igualmente, sino para imponer la condena.

Esta apreciación tampoco persuade porque repugna esa extensiva eficacia del debate de audiencia y del auto de proceder. Si en éste la conducta fue estimada como delito de homicidio imperfecto y en aquél no se contravirtió el delito de lesiones personales, no es admisible variar esa denominación, tan distinta y autónoma, para sorprender, en cierta forma, con una sentencia por infracción penal diferente; y,

c) Negándose la tentativa de homicidio y no siendo factible impartir una condena por “lesiones personales”, el juzgamiento debe resultar en algo efectivo, lo cual lleva a emitir una providencia absolutoria.

Este criterio es el que la Corte, en los últimos tiempos, ha adoptado y el que viene aplicándose en forma generalizada.

El impugnador tiene oportunidad de citar como se dejó transcrito, esta valoración jurisprudencial y aboga porque en esta nueva ocasión se mantenga su vigencia.

La Sala, sin embargo, no encuentra motivos atendibles para perdurar en esta tesis. Le bastaría, para apartarse de esta interpretación, anotar estos argumentos: a).— que se patrocina una detestable forma de impunidad, al considerar que no obstante tenerse por verdad que se ha cometido un delito de lesiones personales, no se posibilita y sí se cancela, de manera definitiva y absoluta, su merecida represión; b).— que diciéndose atender la voluntad del jurado de conciencia, quien ha querido la absolución por homicidio tentado, se desconoce el condicionamiento de esa respuesta, que no es otro que señalar la comisión del delito de “lesiones personales”. No se está acatando en integridad la veredicción emitida y se la está fraccionando perjudicialmente, hasta el punto de decretar una carencia de pena por conducta que se entiende de algún modo delictuosa. Es manifiesta la contradicción del juzgador al tomar el veredicto en este sentido, puesto que por una parte se admite un alcance de su respuesta y, por la otra, que ha constituido en presupuesto de la misma, se le niega eficacia y trascendencia; c).— que se está tolerando un desvío de la atribución del jurado de conciencia, pues a éste se le ha sometido el conocimiento de un delito de homicidio imperfecto, sobre el cual puede afirmar una responsabilidad pura y simple o con disminuentes y agravantes, o negarla por

múltiples motivos; pero, no le es dable invadir órbita distinta y tratar de fijar una responsabilidad sobre infracción que no puede conocer ni valorar; y, finalmente; d).— que en ausencia de una solución más armónica e integradora, sería aceptable una concepción jurídica de esta índole, así revelara ciertas imperfecciones, situación que debe variar si se aporta otra de mejor estirpe jurídica.

Pues bien, buscándose esta última hipótesis, la Sala encuentra como más aconsejable señalar una de estas dos alternativas: o que la parte afirmativa de responsabilidad, tiene plena acogida, desechándose la agregación sobre la cual no podía actuar el jurado de conciencia, o sea, lo relacionado con las lesiones personales; o, que no existe veredicto sobre el cual pueda afirmarse una sentencia.

Lo primero aparece como inaceptable porque sería escamotear la voluntad manifiesta del jurado, quien no ha querido un veredicto de homicidio imperfecto sino cosa diferente: una condena por lesiones personales.

Mejor la segunda recomendación, porque así se evita sorprender al procesado con el reconocimiento indebido de lesiones personales, cargo que no le ha sido formulado en momento procesal alguno; y, también, consolidar la impunidad de un comportamiento que se sabe y se tiene por delictuoso. Queda la opción de convocar un nuevo jurado para que advertido de estas circunstancias e informado con exactitud de sus posibilidades judiciales, decida si pronuncia una absolución o una condena, pudiendo en este último caso atenuar la responsabilidad, sin pretender fijar calificaciones jurídicas distintas, indicar otras competencias o

recomendar otras soluciones ajenas a la contribución juzgadora para la cual han sido convocados.

La mención del artículo 565, inciso tercero, del Código de Procedimiento Penal, resulta impertinente. La obligatoria aceptación del segundo veredicto presupone la existencia de éste. Mientras no se logre una respuesta del jurado que sirva de sustento adecuado a un fallo, absolutorio o condenatorio, debe reclamarse la intervención de éste cuantas veces sea necesario y hasta que se logre este cometido.

Como el juzgamiento por el delito de "homicidio" imperfecto o tentado no se ha podido realizar de manera eficaz y debe repetirse para procurar este objetivo, resulta igualmente evidente y cierto que la sentencia definitiva no puede emitirse. La decisión sobre el homicidio en la persona de Pedro Antonio Cardona, continúa en suspenso.

La impugnación prospera pero por razones distintas a las señaladas por el censor.

Por lo expuesto, la CORTE SUPREMA, SALA DE CASACION PENAL, apartándose nuevamente del concepto de la Procuraduría Delegada y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y declara, en consecuencia, la nulidad de la audiencia pública iniciada el trece (13) de abril de mil novecientos ochenta y dos (1982), debiéndose reponer la actuación conforme a las indicaciones de la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, cúmplase e insértese en la Gaceta Judicial.

(fdo.) Luis Enrique Aldana Rozo

(fdo.) Daniel L. Fiorillo Porras

(fdo.) Alvaro Luna Gómez

(fdo.) Pedro Elías Serrano Abadía

(fdo.) Fabio Calderón Botero

(fdo.) Gustavo Gómez Velásquez

(fdo.) Alfonso Reyes Echandía

(fdo.) Darío Velásquez Gaviria

(fdo.) Lucas Quevedo Díaz
Secretario

Expediente No. 28.206
C/. Eugenio Mosquera y otro.
Delito: Homicidio y Lesiones.
Magistrado Ponente: Dr. Gómez V.

SALVAMENTO DE VOTO

No siempre el ánimo de innovar conduce al resultado apetecido. La tradición es una garantía de acierto. Esta reflexión y la profunda convicción jurídica de estar en la verdad, fueron los factores que me hicieron permanecer, aun solitario, en los planteamientos que la doctrina y la jurisprudencia venían reiterando.

En este proceso los acusados fueron llamados a juicio por el delito de homicidio en grado de frustración, hoy simple tentativa en el nuevo Código Penal. La audiencia pública se realizó con base en un cuestionario

elaborado en armonía con esa resolución. El veredicto que se obtuvo fue el siguiente: "Si de heridas en complicidad correlativa". El Tribunal Superior de Cali acogió esta respuesta y condenó por el delito de lesiones personales.

El jurado no llegó a dar ese fallo por mera intuición. Le fue propuesto en la audiencia por la defensa no con el propósito de obnubilar su conciencia sino como una fórmula absolutoria frente a la ausencia de toda intención homicida.

La decisión mayoritaria reconoce que el jurado con ese veredicto declaró la responsabilidad por el ilícito de lesiones personales y, no obstante esta premisa, la misma que tuvo presente el casacionista, concluye que el veredicto es inexistente y que la audiencia debe repetirse, una vez más, por estar viciada de nulidad. Desecha, en consecuencia, la absolucón que pregonó siempre la jurisprudencia en estos casos.

Gustavo Rendón Gaviria, en su Curso de Procedimiento Penal Colombiano, Bogotá, Edit. Temis, 1962, pag. 201, expresa:

“... es tan obligatoria la concordancia entre el auto de enjuiciamiento y la sentencia, que cuando el cargo se desvirtúa o el jurado lo desconoce, aunque aparezca que hubo la comisión de un delito distinto, es necesario absolver al procesado, sin que el delito resultante pueda ser materia del fallo...”.

Al respecto viene diciendo la Corte:

“... si el jurado niega el delito de homicidio preterintencional imputado al sindicado, no puede motu proprio atribuirle a su antojo el de lesiones personales. La sentencia en este caso debe ser absolutoria, y si condena por el delito no controvertido en el juicio, sería eventualmente atacable en casación por el motivo primero de la causal segunda, por cuanto si bien absuelve por la infracción que fue materia del debate y por la cual se interrogó en los cuestionarios, condena en cambio al sindicado por un hecho afirmado en el veredicto, extraño al auto de proceder y por el cual no fue preguntado el jurado...” (Cas. Penal, abril 8 de 1972).

“... Si al absolver un cuestionario en que se pregunta al jurado si el agente es responsable de haber dado muerte a una persona, con intención de matar, contesta que no, pero que sí es responsable de delito de lesiones personales, el Juez de Derecho carece de competencia para condenar al reo por lesiones personales. Y debe tener el veredicto como simplemente absoluto. Pues no podría condenar al inculgado como responsable de un delito por el cual no ha sido llamado a responder en juicio...” (Cas. Penal, noviembre 30 de 1978).

Los motivos fundamentales que aporta la determinación de la mayoría para separarse de estos criterios, son:

“... a).— que patrocina una detestable forma de impunidad, al considerar que no obstante tenerse por verdad que se ha cometido un delito de lesiones personales, no se posibilita y si se cancela, de manera definitiva y absoluta, su merecida represión; b).— que diciéndose atender la voluntad del jurado de conciencia, quien ha querido la absolucón por homicidio tentado, se desconoce el condicionamiento de esa respuesta, que no es otro que señalar la comisión del delito de “lesiones personales”. No se está acatando en integridad la veredicción emitida y se la está fraccionando perjudicialmente, hasta el punto de decretar una carencia de pena por conducta que se entiende por algún modo delictuosa. Es suficiente la contradicción del juzgador al tener el veredicto en este sentido, puesto que por una parte se admite un alcance de su respuesta y, por la otra, que ha constituido en presupuesto de la misma, se le niega eficacia y trascendencia; c).— que se está tolerando un desvío de la atribución del jurado de conciencia, pues a éste se le

ha sometido al conocimiento de un delito de homicidio imperfecto, sobre el cual puede afirmar una responsabilidad pura y simple o con diminuyentes y agravantes, o negarla por múltiples motivos; pero no le es dable invadir órbita distinta y tratar de fijar una responsabilidad sobre infracción que no puede conocer ni valorar; y, finalmente; d).— que en ausencia de una solución más armónica o integradora, sería aceptable una concepción jurídica de esta índole, así revelara ciertas imperfecciones, situación que debe variarse si se aporta otra de mejor estirpe jurídica. . .”.

Veamos su aparente importancia:

a).— La tolerancia de “una detestable forma de impunidad”, no conviene, la sinceridad del jurado al señalar en forma tácita o expresa que en su sentir un hecho es constitutivo de lesiones personales, no puede desconocerse con ese argumento, porque siempre que se hace una afirmación en derecho se está negando su contraria. Cuando el jurado afirma el NO, niega el SI, y viceversa. Cuando expreso en este proceso “Sí de heridas en complicidad correlativa” negó, consecuentemente el homicidio por el cual se le preguntó. Y no se introduce por este modo una forma de impunidad al no poder el fallador condenar por el delito de lesiones, cuando lo que realmente está ocurriendo es que el jurado explica de esa manera su absolución. Así justifica su respuesta que, por comportar aspectos sobre los cuales no podía pronunciarse, sólo debe tenerse en cuenta para darle el sentido contrario y no para efectos punitivos como equivocadamente se pretende;

b).— El desconocimiento de la integridad del veredicto “hasta el punto

de decretar una carencia de pena por conducta que se entiende de algún modo delictuosa”, no tiene consistencia. La absolución en estos eventos es por el delito de homicidio que el Estado le imputa en el auto de proceder al procesado, no porque necesariamente, se haya cometido uno distinto sino en razón de que aquél no configuró su tipicidad en cuyo caso ninguna otra aproximación ilícita, como la que expresó el jurado con referencia a lesiones personales, puede, en rigor de verdad, ser castigada. De este modo se acoge íntegramente el veredicto al proferirse sentencia absolutoria.

c).— Decir que se propician desvíos del jurado, pues en estos veredictos se sale de su competencia “al tratar de fijar una responsabilidad sobre infracción que no puede conocer ni valorar”, no es exacto. El jurado no pretendió establecer una responsabilidad por hecho distinto, simplemente descartó la del delito por el cual se le interrogó porque creyó que la conducta podía radicarse en otro cualquiera. Es decir, que sin duda alguna absolvió del primero sin condenar por el segundo ya que al estar imposibilitado legalmente para hacerlo sólo quiso enfatizar su decisión.

d).— Que la jurisprudencia debe variar “si se aporta otra de mejor estirpe jurídica”, no es argumento que descalifique la tradición. Precisamente la tesis que la mayoría sostiene, no obstante ser sugestiva, resulta la más desfavorable para el procesado y la más dispendiosa para el proceso. No se le ve mejor calidad si ha de perjudicar al reo y dilatar la definición del juicio con la anulación del veredicto y de la audiencia de juzgamiento para efectuar su dificultada reconducción.

Considera el suscrito que lo expuesto pone de resalto que la Sala debió de casar la sentencia impugnada para absolver a los procesados como lo impetra la demanda.

Fecha ut supra

(fdo.) Fabio Calderón Botero
Magistrado