

Creo, por lo visto, que diversa hubiera sido la decisión de la Corte si a tiempo se hubiera descubierto esta otra intromisión del ejecutivo en el texto del Código de 1936 aprobado por el Congreso y hoy ya maltrecho y parece que agonizante (11).

11. La causal entre las señaladas por el artículo 580 del C. de P. P. que entonces hubiera debido invocarse tendiente a casar la sentencia, no puede ser tratada aquí. Otro problema que se plantea es el de saber ante quién se debe demandar el numeral 4o. del artículo 404. Es ante la Corte Suprema de Justicia? Es ante el Consejo de Estado?

JURISPRUDENCIA

COSA JUZGADA EN MATERIA PENAL

Magistrado Ponente: Dr. Juan Fernández Carrasquilla

El delito continuado constituye una unidad insoluble para todos los efectos legales, pues así lo dispone el artículo 32 del C. P. Juzgada una fracción del hecho continuado, todas las demás quedan juzgadas y sobre éstas no puede recaer nueva sentencia ni levantarse nuevo proceso, salvo que sean posteriores.

TRIBUNAL SUPERIOR SALA DE DECISION PENAL

Medellín, veinticuatro de mayo de mil novecientos setenta y siete.

V I S T O S

Por apelación del proceso conoce el Tribunal, en segunda instancia, del auto de proceder dictado por el Juzgado Octavo Superior de la ciudad en contra de ERNESTO DE JESUS GARCIA por los delitos de "falsedad en documentos" y "estafa".

El recurso no fue fundamentado, ni el contexto procesal permite inferir con claridad los motivos de la impugnación, salvo que el sindicado pretenda en realidad ser completamente inocente de las imputaciones que se le formulan, en vista de su reiterada alegación de que el cheque de marras lo recibió, junto con otro, de un niño desconocido que sólo le dijo que allí le enviaban "eso".

El señor Fiscal Tercero de la Corporación, tras encontrar la prueba sumarial gravemente comprometedor para el acusado, solicita la integral confirmación de la providencia impugnada.

Los hechos originarios del proceso fueron fielmente historiadados por el señor Juez a-quo de la siguiente manera:

"En hora indeterminada del veintisiete de octubre de mil novecientos setenta y cinco, en la heladería conocida como "La Rabe" del municipio de Santa Bárbara, Ernesto de Jesús García se dedicó a la ingestión de bebidas embriagantes. Cuando la cuenta ascendía a la suma de cuarenta y dos pesos con cincuenta centavos (\$ 42.50), llamó al administrador del establecimiento de nombre José Leonel Molina Villada a fin de solicitarle le recibiera un cheque por valor de doscientos pesos, girado por Adán Valencia contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero de la misma población, para cancelar la deuda contraída, pero con la advertencia de que solamente podía presentarlo para su cobro el diez de noviembre siguiente, por cuanto el girador carecía de fondos para ello. Molina Villada, sin ambages de ninguna naturaleza, aceptó la propuesta y entonces procedió a cubrirle el excedente con dinero efectivo. Pues bien, precisamente en las horas de la mañana del diez de noviembre José Leonel se encontró con Ernesto de Jesús en dicha localidad. Este le preguntó sobre si ya había cambiado el título valor, recibiendo respuesta negativa. Le insinuó entonces que no lo hiciera hasta las horas del medio día y que se dirigía hacia donde José Flórez para que le prestara los doscientos pesos. Al momento apareció éste, dueño de la chequera sustraída, manifestándole al ofendido que el documento pertenecía a chequera robada y por eso había perdido el dinero. Fue pues la razón para que el denunciante se trasladara a la Caja de Crédito Agrario, donde le protestaron el cheque porque la firma del girador no concordaba con la auténtica. Luego se inició la correspondiente investigación, operándose la captura del responsable" (fs. 53-54).

La Sala no va a detenerse en el mérito de la cuestionada providencia, porque observa que el proceso se ha rituado con pretermisión de claras reglas de unidad procesal y fundamentales garantías de conveniencia para el reo. No obstante haber en el expediente constancia inequívoca de que el hecho investigado es apenas sí una parte o fracción de un delito continuado, cuya unidad jurídica y procesal es irrompible, el sumario se adelantó por separado y de esta guisa pretendió concluirse, para arribar, desde luego, al resultado eventual de la acumulación material de penas tras dos sentencias condenatorias por dos hechos distintos, cuando en realidad el hecho es legalmente uno solo, al tenor del artículo 32 del C.P., que es aquí una de las normas violadas.

Desde su indagatoria dijo el procesado que el cheque de doscientos pesos a que estas diligencias se refieren lo obtuvo conjuntamente con un cheque por cincuenta y dos mil pesos que también puso en circulación en los mismos días. A folio 34 vto., el instructor certifica sobre la existencia del proceso penal adelantado por el otro cheque espurio e igual cosa consta a folio 48 vto. por directa petición del juez del conocimiento. No obstante la inquietud que el

a-quo tuvo al dictar el auto ampliatorio de la investigación, ordenando la averiguación del estado del otro proceso "a fin de establecer si se trata de un posible delito continuado" (fs. 33 fte.), nada hizo para unificar los procedimientos. Pero **tampoco** en el otro proceso, en el que igualmente constaba la existencia del presente, se hizo nada en tal sentido. Se ha actuado, pues, como si las varias fracciones de un delito continuado, objetivamente separables pero teleológicamente fusionadas por **ministerio** de la ley, pudieran ser objeto de diversos procesos penales. La regla general es, sin embargo, que un proceso debe tener un solo objeto procesal, pero debe abarcarlo universalmente porque ningún aspecto o fragmento del mismo podrá ser revisado en distinto proceso. Luego de sentar que la unidad del objeto procesal se circunscribe por la "identidad subjetiva" (autor) e "identidad objetiva" (hecho), advierte BELING que "dos actos punibles independientes constiuyen siempre dos objetos procesales. En cambio, un delito a los efectos del derecho penal representa un objeto procesal, aún tratándose de una pluralidad de actos jurídicamente "dependientes", por ejemplo el delito continuado". (Derecho Procesal Penal, pág. 85).

Pero estamos, en realidad, ante la hipótesis de dos actos legalmente unificados en la figura del delito continuado a virtud de la unidad de designio criminoso? En orden a decirlo vale tener en cuenta que ambos cheques fueron falsificados por el mismo sujeto, en desprendibles de la misma chequera sustraídos a su patrón José Flórez y que ambos sucesos tuvieron ocurrencia dentro del mismo marco espacio-temporal y bajo la misma tensión o pulsión de aprovechamiento de la misma oportunidad delictiva, sin duda con el mismo ánimo de lucro.

La indisoluble unidad jurídica, procesal y existencial de las mencionadas conductas, se apreciará mejor al reparar en el relato de los hechos efectuado por este Tribunal al confirmar la sentencia que se dictó por el cheque de los cincuenta y dos mil pesos, con ponencia del H. Magistrado doctor Jaime Ruiz Restrepo, mediante fallo del 23 de abril de 1977.

"Quiso Ernesto de J. García comprar a Raúl Ruiz Cuartas, el 9 de noviembre de **este mismo año** (1975), unos muebles que en total sumaban el valor de noventa mil (\$ 90.000.00) pesos, los que cancelaría con un cheque por valor de cincuenta y dos mil (\$ 52.000.00) pesos, y el dinero restante, en efectivo, que pagaría unos días después. Entregó García el cheque a Raúl Ruiz, quien antes de que perfeccionara el negocio, y de entregarle los muebles, averiguó con el señor Darío Mejía, quien figuraba como girador del instrumento, constatándose que él, no había girado el cheque, ni era ese el número de su cuenta".

"Plenamente se comprobó que el cheque N° 027470 pertenecía a la cuenta N° 073 del señor José Flórez, a quien en esos **mismos días** se le perdió su chequera. Y plenamente se comprobó también que Ernesto de Jesús Correa fue quien falsificó el cheque que entregó a Raúl Ruiz, pues así concluyó el perito grafólogo después de analizar las graffias suministradas por el procesado, en dictamen que obra a fs. 55 y 56 del expediente. Además su no-

via, María Consuelo Castañeda, que estaba presente cuando el procesado entregó el cheque a Raúl Ruiz, manifestó que "...Ernesto lo firmó hay, y se lo entregó al señor Raúl, yo no le puse atención a eso, me parece que él lo firmó por detrás y le puso el número de la tarjeta de identidad, no se decir más sobre eso del cheque".

"Igualmente se estableció que el procesado trabajaba con el señor José Flórez, dueño de la chequera, en su carpintería, en la que permanecía solo en algunas oportunidades; que el cheque fue elaborado en la máquina de escribir de propiedad del señor Bernardo Valencia, quien a folios 11 y en diligencia de careo con el procesado (fls. 20), sostiene que este muchacho García le pidió el favor de confeccionar el instrumento negociable; y como el mismo procesado lo aceptó, fue él quien entregó al señor Ruiz tal cheque, sólo que quiso desvirtuar su responsabilidad, al manifestar que un menor para él desconocido le entregó el cheque el que recibió al darse cuenta que estaba elaborado a su nombre, explicación que en ningún momento puede atenderse, máxime cuando el señor Leonel Molina también entregó otro cheque perteneciente a la chequera del señor Flórez, conducta esta que fue investigada por separado, a pesar de que bien podían haberse acumulado los procesos".

Ahora bien:

Los largos intervalos de tiempo pueden ser indicios del rompimiento de la unidad de designio, pero esto no puede tomarse como regla inquebrantable o fácil expediente. Dice por ello REYES que "resulta indiferente que la multiplicidad de conductas se efectúe en un mismo ciclo temporal o en oportunidades distintas, siempre que un prolongado lapso entre ellas no modifique o haga desaparecer la unidad psicológica que integra la figura" (Derecho Penal, 175). Para CORREA, "continuar el delito conforme a lo originalmente resuelto" significa, ni más ni menos, "completar con acciones futuras lo ya realizado para concretar el objeto propuesto" (Delito continuado, 137), de suerte que las conductas se realizan objetivamente en distintos tiempos cronológicos y subjetivamente en el orden de la misma preocupación existencial, es decir, en el mismo presente vital que se prolonga porque no agotó sus posibilidades en las cristalizaciones iniciales. "Cuando efectivamente media unidad de resolución, ella no es destruida por el hecho de que tal resolución única sea ejecutada en tiempos y espacios diversos. Estas circunstancias de unidad de tiempo y lugar sólomente son tomadas en cuenta como exponentes de una eventual incompatibilidad con la unidad de resolución" (SOLER, Derecho Penal Argentino, II, 304-5).

Si la justicia estimó mal la tipicidad del conjunto de los actos imputables, ateniéndose a un formalismo abstracto y contrario a las leyes materiales tanto como a las instrumentales, o si descuidó integrar las varias pesquisas en un solo proceso a efectos de surtir un juzgamiento unitario e indivisible, estos yerros no pueden perjudicar al acusado. Porque es absolutamente contrario a la justicia imputar dos delitos cuando de verdad no existe sino uno, o condenar por cuatro cuando a lo sumo podría quizás hablarse de los dos (falsedad

documental y estafa, ambos continuados y en concurso real, según la tesis tradicional, o bien solamente la primera infraccional). Lo cierto es que, como se ha visto y consta en los autos, los juzgamientos sí pudieron y debieron integrarse. Y contra la tesis de la cosa juzgada, que va a aplicarse, nadie dice que los jueces no hubieran dejado constancia expresa y clara de estar procediendo por un delito continuado, pues lo cierto es que éste constituye un mismo hecho (un solo objeto procesal, por tanto) para los efectos del artículo 115 del C. de P. P., porque así lo dispone expresamente sin restricción alguna, el artículo 32 del C. Penal. Dice por ello WELZEL:

"El objeto de enjuiciamiento lo constituyen todos los actos particulares que quedan comprendidos en la relación de continuidad (también los no conocidos) y el fallo que produce cosa juzgada respecto de un hecho continuado, resuelve todos los actos particulares que pertenecen a él, aún aquella que no han sido considerados o no eran conocidos" (Derecho Penal Alemán, pág. 315).

En el mismo sentido se pronuncia MAURACH (Tratado de Derecho Penal, II, 429) y SAUER (Derecho Penal, pág. 346).

Para que el delito continuado exista como tal, jurídicamente, "los actos particulares posteriores han de producir sólomente una ampliación del mismo contenido de injusto". Signa WELZEL con maestría (Ob. cit., 313). Esta "ampliación" o agravación del mismo tipo de injusto es fácil apreciarla en los delitos que atacan un bien jurídico cuantitativamente mensurables, como los económicos. Pero en los otros también cabe o puede haber la continuidad, aunque el criterio cuantitativo no sea tan claro, es decir, sea más moral que material. Sabido es que la jurisprudencia nacional ha admitido la continuidad en los delitos contra la fe pública, cuando el aprovechamiento de idéntica oportunidad o tentación revela la unidad intencional que fusiona los diversos actos. Aplicables son al caso las enseñanzas de MAURACH, para quien el aspecto subjetivo de la figura, de suyo problemática, del delito continuado, queda bien definido al decir que "subjetivamente presupone la reunión de los particulares "delitos objetivamente independientes" en una unidad de acción, de suerte que el acto renueva la misma o similar resolución de actuar bajo la eficacia motivadora de circunstancias iguales o esencialmente iguales" (Ob. cit. II, 432). Difícil sería dar una distinta o mejor formulación al alcance de la unidad de designio criminoso", porque ésta es lógica y ontológicamente imposible si se la entiende como identidad y conlleva a injustas soluciones (que favorecen más al reflexivo y frío programador que al débil claudicante ocasional) si se adopta el criterio severísimo del "plan conjunto" o el "programa total". En autos está claro que el agente procedió, previa la unidad de los actos preparatorios comunes (sustracción conjunta de dos desprendibles en blanco) a renovar el mismo propósito ante una situación idénticamente similar, atacando el mismo bien jurídico para producir con el último acto una reafirmación agravante del primer resultado.

"Una acción continuada —escribe E. SCHMIDT— constituye también un suceso histórico unitario en el sentido del derecho penal material, sólo cuan-

do se entiende el concepto encerrado en sí, desde el punto de vista social, una unidad de sentido. Todos los elementos particulares llevan en sí el carácter de lo fragmentario y están unidos por el "dolo común" dirigido a la continuación de un acto a otro; y por la relación immanente al resultado común a que se aspira; y que no se pueden considerar independientes ni en el sentido jurídico material, ni en el sentido procesal. Resulta, por tanto, que la sentencia firme en que se condena al acusado por una violación de la ley cometida en forma continuada, comprende todos los actos particulares comenzados antes de la publicación de la sentencia y que forman parte de la relación continuada, siendo indiferente si el juez los ha considerado o no, si pudo o no hacerlo y si tuvo o no motivo y ocasión de procurarse su conocimiento. Siempre que un acto particular perteneciente a una relación continuada está en unidad de hecho con otra violación de la ley, el deber de cognición universal del juez se extiende también a esta última infracción. Si la misma escapa a la apreciación del Tribunal, y la sentencia que se refiere al hecho continuado hace cosa juzgada, ya no es posible el juzgamiento de esa infracción" (Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal, págs. 177-78).

Se equivoca, pues, el doctor A. ORTIZ RODRIGUEZ al sostener, en su ensayo sobre "La cosa juzgada penal", que la palabra "hecho" tiene distintos significados en los artículos 32 del C.P. y 115 (antes 103) del C. de P.P. Ello puede ser cierto ontológicamente (aunque es dudoso), pero no jurídicamente (lo que sí es muy claro), porque los varios hechos del delito continuado los fusiona la ley en un solo hecho, para todos los efectos legales. El artículo 32 dice que "se considera como un solo hecho..." mientras el citado ensayista tiene que concluir expresamente, para sostener su desfavorable tesis, que para efectos de la res iudicata la repetida infracción a que se refiere esa norma dizque "no se considera como un solo hecho", conclusión que está en manifiesta pugna con el derecho positivo escrito, tanto si se lo mira en su expreso tenor literal cuanto en su sentido racional o fin (Rev. Temas de Derecho Penal, N° 1, págs. 49 y 50). Realidad o ficción, el delito continuado conforma una irrompible unidad jurídico-penal y jurídico-procesal. No puede escamotearse el argumento de que si todas las "fracciones" de la infracción continuada son "legalmente", "un solo hecho", cada una o varias por separado no constituyen un hecho (el hecho juzgable), sino tan sólo parte de él, y ciertamente no es posible que un delito unitario se juzgue por parcialidades en procesos separados. Si la figura legal de la continuidad exceptúa las reglas del concurso de delitos, la prohibición de regreso de la ley a la general existirá siempre, ya que la ley no ha creado contra-excepciones y este defecto no puede suplirlo el intérprete judicial; y, sin embargo, el separado juzgamiento conduce de la mano a la punibilidad por acumulación aritmética de penas, que ni siquiera a la acumulación jurídica que para el concurso material está previsto en el Derecho Penal Colombiano. De haberse juzgado en un sólo proceso los dos actos de que se trata, como debió ser y pudo ser, tal vez la pena impuesta a Ernesto García se hubiera incrementado un poco; por tanto, impedir el nuevo juzgamiento aparea la posibilidad de un poco de impunidad. Pero esta es una secuela lógico-

jurídica de que el ordenamiento colombiano, a diferencia de otros sistemas penales y procesales, no permite revisar ordinariamente la condena para ajustarla a las tasaciones que nuevos aportes determinen. Es, pues, la propia ley la que ha querido que el valor de seguridad (individual-social) prevalezca en la hipótesis sobre el valor justicia material, y esta escogencia axiológica del legislador puede el intérprete criticarla, pero jamás burlarla, eludirla o inadvertirla. En casos así hay que pensar al revés el célebre aforismo *dura lex sed lex*: suave es la ley, pero es la ley; y quizás la ley ha proferido esto porque *summum ius summa iniuria*: el extremo tecnicismo lógico formal del derecho suele aparejar graves injusticias y frente a éstas los sistemas democráticos y liberales garantizan el bien individual sobre el bien común. De aquí el *favor rei* en lugar del *favor societatis*.

Como, en conclusión, ya una parte del hecho fue juzgada por sentencia en firme, no es posible juzgar por separado la otra parte. Huelga considerar que este último quedó también incluido en el primer juzgamiento, dada la inquebrantable unidad histórica, jurídico-penal y jurídico-procesal del hecho debatido, que es un solo delito integrado por varios actos separados que, en razón de la unidad de propósito, conforman una inescindible unidad finalista. Se revocará, pues, la resolución que se revisa por la vía de apelación y en su lugar se ordenará la cesación extraordinaria del procedimiento, de conformidad con el artículo 163 del Código de P.P., porque la acción penal no podía iniciarse ni puede proseguirse por separado, dado que sobre el delito mismo recayó ya una condena ejecutoriada, que hace cosa juzgada con respecto a lo que en este proceso se debate.

Así, entonces, en desacuerdo con el señor Fiscal, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, *REVOCA* el auto de fecha, origen y contenido indicados y en su lugar *RESUELVE*: Declárase que, por efecto de la cosa juzgada penal, la acción penal no puede proseguirse en este proceso. Se ordena, en consecuencia, la cesación de todo procedimiento contra el procesado ERNESTO DE JESUS GARCIA, por los cargos de "Falsedad en documentos" (cheque) y "estafa" de que trata este expediente. Revócase el auto de detención y se ordena la libertad incondicional del procesado por cuenta de este sumario (quedando, pues, solamente con cuenta de la causa que le adelanta el Juzgado 10 Superior de la ciudad).

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según consta en el acta respectiva.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVA.

Mayo 24 de 1977.

Magistrados, Juan Fernández Carrasquilla, Fernando Gómez Gómez, Alvaro Medina Ochoa, Oscar Vallejo Tobón, Secretario.