

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

*La esencia de la decisión (auto de control de legalidad) en el procedimiento ordinario **

Si bien es cierto que en principio el auto de control de legalidad se limita a un simple examen formal para verificar si el funcionario instructor adecuó el trámite a las normas que gobiernan el debido proceso y que no exista nulidad, es innegable también que el juez tiene la facultad de apartarse de la adecuación típica dada a los hechos en la providencia calificatoria.

Magistrado Ponente: Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ
Medellín, febrero 20 de 1989

Comentario: Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ

Entre los señores jueces Undécimo Superior y Veinte Penal del Circuito de esta ciudad ha surgido conflicto negativo de competencias, pues cada uno afirma que corresponde al otro el conocimiento del proceso que se adelante a E.C.E. por hechos que en la resolución de acusación o pliego de cargos el funcionario instructor encajó en las normas rectoras del homicidio imperfecto y del porte de arma de fuego de defensa personal, adecuación típica que discute quien promueve la colisión para admitir *meras lesiones personales* y detentación ilegítima del arma, al paso que la Juez requerida admite aquellas hipótesis delictuosas escudándose en la fácil y equivocada tesis de que a tiempo de realizarse el control de legalidad del auto calificatorio es im-

posible a la luz del artículo 488 del C. de P. Penal, en armonía con el artículo 501 *ibídem*, revivir el debate probatorio acerca de la responsabilidad penal del justiciable o hacer nueva calificación de los hechos en orden a declararse incompetente para conocer de la ilicitud expresamente atribuida al órgano que la rehusa.

Para decidir de plano, se considera:

I. CUESTIÓN PREVIA:

Si bien es cierto que en principio y como criterio general el auto de control de legalidad en el procedimiento de orientación o acentuadas notas acusatorias se limita a un simple examen formal para verificar si el funcionario instructor adecuó el trámite a las nor-

* El auto de control de legalidad fue derogado por el Decreto 1861 de 1989. No obstante, hemos querido publicar esta providencia y su respectivo comentario, como un sencillo pero sentido homenaje a la memoria del Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, quien fuera permanente colaborador de la Revista.

mas que gobiernan el debido proceso y no existe nulidad de las que consagra el artículo 305 del C. de P. Penal, precepto que en su numeral segundo parece haber recogido los vicios o irregularidades que autorizaban sanción de idénticos alcances pero de linaje constitucional (artículo 26) cuando se socavaba la estructura misma del proceso o eran desconocidas garantías fundamentales del acusado, es innegable también que estando el juez en la obligación de admitir o rechazar su competencia en tal proveído, le asiste la facultad de apartarse de la adecuación típica imprimida a los hechos en la providencia calificatoria y discutirla a través del respectivo conflicto negativo con quien no le esté subordinado funcionalmente.

La interpretación sistemática de los artículos 467, 486 y 488 del C. de P. Penal enseña que a pesar de que el Juez de Circuito o Superior no puede entrar en valoración acerca del contenido sustancial del pliego de cargos o decisión acusatoria, sin embargo le es lícito desconocerlo por vicios de naturaleza formal, o por razones de incompetencia acudiendo al mecanismo del conflicto o incidente que regulan los artículos 97 y ss. del C. de P. Penal si tiene motivos de orden probatorio y jurídico para "apartarse de la adecuación típica hecha por el instructor" y discutirla con el funcionario competente.

En igual sentido se pronuncia el autorizado jurista doctor Jaime Bernal Cuéllar en la obra que cita el señor Juez Superior a folios 104 y 105. (Léase su obra "El Proceso Penal", pág. 405).

La imaculación del proceso, que no debe tramitarse estérilmente ante vicios que lo exponen al fracaso, y la circunstancia de que el cambio de adecuación típica o de denominación jurídica que autoriza el artículo 501 ibídem no puede hacerse *ad libitum* o con base en meras apreciaciones subjetivas del juez para corregir errores cometidos a tiempo de calificar el mérito del sumario, explican satisfactoriamente el por qué de la colisión negati-

va de competencias que se puede agitar en muchos casos.

Sobre el particular escribe con mucho acierto el Magistrado y tratadista doctor Gustavo Gómez Velásquez: "El propósito del legislador al permitir los cambios de calificación de la conducta delictiva —artículos 501, 533— y tener esta por "provisional", se reitera en el alcance de esta norma al indicar que, no siempre, se produce por el cambio de competencia una consecuencia anulatoria, pues es dable continuar el trámite correspondiente, o sea el que corresponde seguir bien porque sea mera continuación del iniciado, bien porque se pueda ensamblar otro sin perjuicio de las partes, por ser diferentes los trámites. El caso que explicaría el fenómeno de la no anulación y de la continuación de un mismo procedimiento, sería una variación que afectara la competencia territorial; y, en la segunda hipótesis, una mudanza de la esfera militar a la ordinaria. Si es posible, por parte del nuevo competente introducir las transformaciones indicadas en los artículos 501 y 533, con los resguardos legales propios, el fenómeno de la nulidad estará ausente; en caso contrario a estas señaladas o semejantes alternativas, será necesario decretar la invalidez de lo actuado" (Código de Procedimiento Penal Colombiano Comentado, páginas 452 y 453).

No ignora la Sala y tampoco rechaza el mérito de la providencia que cita la señora Juez Penal del Circuito para sustentar su inadmisible tesis. Solo observa que ella no viene al caso de autos porque se expuso en hipótesis muy distinta y para estar en desacuerdo con el pensamiento de un juez que desconocía la existencia de uno de los delitos incluidos en la resolución de acusación sometida al control formal de legalidad.

Refiriéndose a la variación de la denominación jurídica del delito y de las circunstancias que modifican tanto la culpabilidad como la responsabilidad, dijo la Corte Suprema de Justicia al declarar exequible el artículo 533

del C. de P. Penal: "... para que el juez se pueda apartar "de los cargos deducidos en la resolución de acusación" y adecuar el *nomen juris* del hecho punible, cuya calificación es provisional según el numeral 3° del artículo 471, a la realidad procesal es menester que del acervo probatorio de la causa constituido por los distintos elementos de convicción aportados a ella o practicados en la audiencia pública, se evidencian los hechos o circunstancias en que haya de cimentarse la modificación de la denominación del delito o de la culpabilidad o punibilidad del agente ya que, como lo tiene definido la jurisprudencia de esta Corporación en Sala de Casación Penal, "el término probatorio del juicio no constituye un ritual inútil. Significa que su finalidad entre otras, es probar que las circunstancias específicas favorables o desfavorables deducidas en el auto de proceder (hoy resolución de acusación) pueden ser demeritadas y aún quedar demostradas las que no se pudieran tener en cuenta en ese pronunciamiento (Casación Penal de marzo 12 de 1985)". Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, julio 16 de 1987, M. P., Dr. Jairo Duque Pérez.

II. LOS HECHOS MATERIA DEL CONFLICTO

La solución del incidente exige, en primer término, reconstruir el aspecto fáctico de la cuestión que la Sala resume así: Más o menos quince días antes de los hechos aquí investigados, E.C.E. y J.O.P., estudiantes del Liceo de Bachillerato "Gilberto Alzate Avendaño" del barrio Aranjuez de esta ciudad, sostuvieron ligero altercado que debió terminar sin otras consecuencias por lo baladí del incidente, muy común entre jóvenes que asisten al mismo plantel educativo, a saber: Que voluntaria o involuntariamente uno de ellos empujó al otro o se le fue encima, episodio que originó intercambio de palabras y amenazas de parte de E.C.E.

Bajo ese inocuo antecedente, el veintiséis (26) de abril de mil novecientos ochenta y ocho (1988), a esi (sic) de la una y cuarenta

y cinco de la tarde, cuando J.O.P. iba rumbo a su casa de habitación, ubicada en dicho barrio, E.C.E. que lo acechaba detrás de un árbol, sorprendentemente le disparó desde su escondite en dos ocasiones, incrustándole el primer proyectil de un revólver calibre 38 largo, marca Llama, número IM8658A, en el maldito de útiles que llevaba a la altura del pecho, mientras el otro rozó de manera superficial junto a la región pública y el muslo derecho, generando incapacidad provisional de quince días, sin secuelas (folios 3, 6, 27, 30 y 71 v. a 74).

Como el agresor emprendiera la huida en asocio de otro individuo, una patrulla de la policía que cumplía labores de vigilancia en el sector, atraída por el ruido de los disparos acudió al escenario de los acontecimientos y al percatarse del suceso emprendió la persecución de E.C.E. quien en su desesperada fuga lanzó el arma al tejado de una casa, de donde fue recuperada.

En su indagatoria, que exhala ostensible recurso defensivo e infantil tergiversación de la dinámica de los acontecimientos, el justiciable finge que el ofendido dizque quiso atacarlo con arma de fuego que "se le encascaró", niega que hubiese obrado con designio homicida o intención de matar e insiste en la artificiosa alegación, mendazmente desde luego, de que apenas disparó al aire una sola vez (al final admite que en dos ocasiones) movido por el afán de asustar a su adversario (folios 9 al 11).

III. EL ALCANCE JURÍDICO-PENAL DE LA CONDUCTA QUE DISCUTE EL JUEZ REQUIRENTE

Ya se dijo que la tesis de la señora juez requerida para que asuma el conocimiento del negocio no aborda la esencia del conflicto y se limita a sostener que el señor juez superior debió restringir su examen a un control de índole formal, esto es, a expresar si la actuación del instructor era válida o no, resultando imposible, con base en el artículo 488 del C. de P. Penal, el ejercicio de la alternati-

va de remitirle el proceso a fin de que asumiera su tramitación, amparándose al respecto en el auto de 14 de mayo de 1988, magistrado ponente Dr. Leonel Calderón Cadavid.

El juez superior, en cambio, para desconocer la adecuación típica que el funcionario instructor otorgara al hecho (tentativa de homicidio) y enmarcarlo en el ámbito de unas simples lesiones personales, se adentra en el análisis de la dinámica de la conducta y partiendo de la base equivocada de que E.C.E. actuó bajo un dolo de ímpetu, estima que salvo mejor prueba en contrario la intención debe determinarse por el resultado y en el *sub judice* las heridas no fueron mortales, ni el móvil o causa del ataque era de tanta envergadura como para generar "animus necandi", ni las modalidades ejecutivas del suceso revelan ese propósito de exterminio.

El agente no eliminó a su enemigo por causas extrañas a su voluntad, sino por su propia y espontánea interrupción o inhibición de los actos ejecutivos, que tampoco fueron idóneos, según fluye de las motivaciones de la amplia providencia que se estudia, toda vez que los disparos dizque se hicieron al suelo, como para asustar a la víctima, así uno de ellos afectara de manera superficial su anatomía.

En fin, todo el busilis de su argumentación parece edificarse en la premisa de que si la intención del acusado hubiese sido la de matar, muy seguramente hubiese dirigido el arma a un sitio letal y vulnerable, o, en otras palabras más tajantes: Si el actor no dio muerte a J. O. P. fue simplemente porque no quiso (folios) (sic).

A lo cual se responde:

No pocas de esas argumentaciones, como se verá luego, aparte de traducir opiniones muy personales del señor juez, carecen de adecuado respaldo en las probanzas, olvidan o menosprecian episodios de los hechos de suma importancia para su genuina valoración, y, de otro extremo, riñen con salientes criterios doctrinarios y jurisprudenciales que deben acogerse para deducir en un caso es-

pecífico la ocurrencia de una tentativa de homicidio.

De veras, la figura del homicidio simple o común, tipo básico descrito en el artículo 323 del Código Penal, nace a la vida jurídica por el hecho de matar a otro, desplegando el actor una conducta voluntariamente dirigida (intención) hacia ese resultado, con representación de la ilicitud del comportamiento.

La culpabilidad, como ingrediente subjetivo del acto punible (dolo), o sea el nexó psicológico entre el sujeto agente y la conducta desarrollada por él en el mundo exterior, es la voluntad que se proyecta conscientemente y se encamina a ocasionar la muerte de alguien gracias a la ejecución de actos idóneos e inequívocos, a sabiendas de la ilicitud de la acción.

Cuando el resultado propuesto no se obtiene por circunstancias ajenas a la voluntad del actor que desplegó comportamiento idóneo e inequívocamente orientado a suprimir la existencia de una persona, el suceso ingresa a la órbita de la tentativa punible (C. P., artículo 22).

Sobre el particular expuso el Tribunal en sentencia de 11 de marzo de 1987: "La doctrina distingue cuatro especies de tentativa: Inacabada, acabada, desistida e imposible. En la primera clase se presenta un comienzo de ejecución de un hecho típico, hay idoneidad y univocidad de la conducta y una falta involuntaria de consumación. Acto idóneo es el que puede ser considerado apto para la producción del resultado y unívoco el que se orienta inequívocamente hacia un fin determinado. Dar comienzo a la ejecución del hecho punible implica realizar aquellos actos parcialmente suficientes para obtener el resultado deseado o implica precisamente que se dirijan en la dirección del mismo y de ahí que el concepto de idoneidad deba analizarse en cada caso concreto, porque no se trata de algo absoluto ni apodictico, sino relativo, pero el resultado no se produce por circunstancias ajenas a la voluntad del agente por la presencia de factores que coarten física o síqui-

camente su designio. Entre nosotros conforme al canon 22 del C. P., esta clase de tentativas es obviamente punible. La acabada ocurre cuando habiéndose cumplido todos los actos indispensables para la consumación del delito, este no se realiza por circunstancias independientes del querer del sujeto-agente. La desistida no tiene importancia, en su análisis, para la situación planteada, y, en fin, la tentativa imposible, llamada también inidónea, es aquella en que la no consumación del hecho obedece a la inaptitud [sic] de la conducta para obtener el fin propuesto o la inexistencia de su objeto material o jurídico ..." (Magistrado ponente Dr. Edgar Escobar López).

Ahora bien, una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y sirva ello de réplica al señor Juez Superior, enseña que en el homicidio simple el dolo puede concurrir en cualquiera de las modalidades o especies en que doctrinariamente puede distinguirse y ofrecer mayor o menor intensidad. Por ejemplo, puede asumir la forma de determinado o eventual, deliberado o de ímpetu, sin que en ningún caso se altere la figura delictiva.

Invocando la autoridad de PETROCELLI expuso la corte en la casación penal de 27 de agosto de 1976: "El criterio probatorio excluye el que se pueda decidir en el sentido de individualizar el dolo, con fundamento en el efecto producido según la conocida máxima *dolus indeterminatus determinatur ab exitu*. El resultado podrá ser un elemento, entre otros muchos, para conseguir la prueba, pero no podrá constituir base de presunción, que excluya la prueba efectiva ...".

"En sentido semejante se pronuncia CARRARA cuando expone: "En los delitos de ímpetu se presumirá el dolo indeterminado hasta cuando una necesidad lógica no obligue a pensar lo contrario. En efecto, el hombre airado es siempre un ser racional; y como tal, debe proponerse un fin para aquello que hace. Por lo tanto, la regla de que en los delitos de ímpetu ha de tenerse siempre un dolo indeterminado, no es apodictica o absoluta: Es verdadera-

solamente en sentido relativo" ("G. J.", N° 2393, pág. 538).

También la doctrina nacional y extranjera acepta que "la tentativa con «dolo de ímpetu» es concebible y así mismo punible. En realidad, lo que CARRARA denomina en esta forma no es sino un dolo directo que se origina y exterioriza de manera súbita, respondiendo a estímulos emocionales violentos. Su estructura, por lo tanto, no presenta características peculiares que justifiquen una conclusión antagónica a la expuesta" (ENRIQUE CURY U., *Tentativa y delito frustrado*, Edit. Jurídica de Chile, 1977, pág. 98).

La jurisprudencia nacional ha reiterado los criterios anteriores en la Casación penal de 6 de mayo de 1972, al decir que "La intención de matar, o sea la determinación de la voluntad en orden a ese resultado es resolución que puede formarse serena y reflexivamente, sin alteración alguna del entendimiento, o adoptarse con ánimo perturbado por la emoción u otra causa y de modo súbito seguido, vale decir, que la intención o propósito de causar un evento, como matar a otro, admite grados, puede ser más o menos intensa o llena, según el proceso psicológico de formación y exteriorización de la conducta".

Como el elemento subjetivo del ilícito (dolo para el caso) es fenómeno que corresponde al mundo interno, síquico o espiritual, su prueba no siempre resulta fácil y por ello la doctrina y la jurisprudencia acuden a distintos criterios cuando se trata de establecer la intención o ánimo de matar, señalando entre los más salientes el medio o instrumento utilizado para agredir, la dirección, número y violencia de los golpes, las zonas anatómicas vulneradas, las condiciones de espacio, tiempo y lugar del suceso, las circunstancias conexas con la acción delictuosa, las manifestaciones anteriores, concomitantes y posteriores del culpable, sus actividades anteriores al delito, las relaciones entre el autor del ilícito y la víctima, la causa para delinquir y la índole o personalidad del actor.

Como enseña la Corte Suprema de Justicia, resulta obvio que "para determinar la intención positiva de matar, no es menester que todos y cada uno de los aspectos tengan resultado desfavorable al procesado" (léase casación penal de 27 de octubre de 1986, Revista Jurisprudencia y Doctrina, marzo de 1987, págs. 205 y 206).

Un autorizado catedrático y tratadista escribe acerca de esta intrincada materia: "Ya en el plano probatorio resulta en ocasiones difícil demostrar el aspecto volitivo del dolo, o sea la intención de matar, por cuanto no es fácil penetrar en ese mar inescrutable y a veces incomprensible que es la mente humana. Es evidente que el hecho objetivo por sí solo no nos permite afirmar si cuando alguien dispara un arma de fuego lo hizo con el propósito de lesionar, de matar, de causar un simple "susto" a otro, o solamente con la finalidad de demostrar una fallida destreza en el manejo de las armas. Si bien el propósito de matar, no es elemento objetivo o externo de la infracción, y por ello no integra el "cuerpo del delito" (artículo 300 del C. de P. P.), sí es indispensable para la prueba de la culpabilidad en el homicidio.

"Salvo el caso de confesión (artículo 264 del C. de P. P.), el propósito de matar puede establecerse por prueba indiciaria. De los resultados externos (hecho conocido) puede por lógica inferencia deducirse el desconocido (propósito de matar). Esos "indicios", que como tales sería preciso estudiar frente a cada caso, podrían ser entre otros, las manifestaciones anteriores o posteriores al hecho, (el sindicado que ante varias personas ha afirmado su intención de matar a alguien sobre quien luego dispara), el tiempo, el lugar de la comisión, la naturaleza del arma empleada, la localización y número de las heridas, las circunstancias especiales, etc." (ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, Universidad Externado de Colombia, pág. 64).

A la luz de las anteriores consideraciones y de los elocuentísimos resultados de la inves-

tigación es imposible excluir la intención homicida o negar eficacia a la conducta desplegada por el justiciable para eliminar a su adversario, toda vez que distintos y muy persuasivos factores de convicción enmarcan el hecho en la tentativa de homicidio que dedujo el funcionario instructor, como se infiere de la naturaleza del arma utilizada por E.C.E., muchacho de temperamento agresivo o violento, de la repetición de los disparos, de las zonas anatómicas elegidas como blanco u objetivo de su cobarde ataque, de la distancia (3,10 metros) que lo separaba del ofendido a tiempo de accionar el revólver y de la feliz circunstancia de que uno de los proyectiles se incrustó en el maletín de útiles que portaba el agredido.

No hubo tal desistimiento ni insuficiencia o falta de idoneidad en el ataque, ya que la dinámica misma de la acción indica que luego de tan certera acometida y bajo la turbación siquica propia de quien ejecuta comportamientos de esa naturaleza el proceso de realización del delito se interrumpe porque el agente considera agotado lo que tenía que hacer para el logro de su designio. Es lógico que cuando una conducta de tal laya se realiza en sitio público y a los ojos de varias personas sobrevenga notorio alboroto o escándalo y hasta el sitio acudan otros hombres a informarse de lo ocurrido y a brindar auxilio a la víctima, mudanzas que explican por qué el inculminado no continuó los actos de agresión.

Si el resultado letal no se obtuvo fue por circunstancias ajenas a la voluntad del insensible atacante, pues si un disparo de esa índole tiene en principio eficacia para ocasionar la muerte y el agente obra con esa intención, es obvio que la no producción integral del evento no le quita nada al desvalor del acto y al parcial desvalor de la consecuencia que se obtuvo.

Se trata entonces de delitos conexos de competencia del Juez Superior de Medellín (C. de P. Penal, artículos 14, 70 y 84).

Sin necesidad de otras consideraciones, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Penal

de Decisión, DIRIME LA COLISIÓN negativa de competencias de que se hizo mérito en el sentido de que el conocimiento de este proceso corresponde al señor Juez Undécimo Superior de Medellín, a quien se enviará el expediente previa noticia de lo resuelto al Juzgado Veinte Penal del Circuito de la ciudad.

Cópiese, devuélvase y dése aviso al detenido por conducto de la Dirección de la cárcel.

COMENTARIO

La tesis de que el control de legalidad que se encomienda al juez del conocimiento o sentenciador a través de auto interlocutorio es meramente formal y le impide comprometer su criterio e imparcialidad mediante la auscultación del fondo de la resolución de acusación, no pasa de ser enunciado sin fundamento lógico en determinadas situaciones, que, además, autorizaría mantener la vigencia de cargos que no corresponden a la realidad probatoria y jurídica del asunto.

A qué conduce, por ejemplo, el impulso o trámite del juicio edificado en ostensible error de calificación del mérito del sumario, si desde el comienzo se advierte sin posibilidad de variar —acudiendo al mecanismo del art. 501 del C. de P. P.— la adecuación típica de hechos probatoriamente establecidos sin equívocos, pues ellos estructuran ilicitudes distintas de aquellas que el juez en su nociva resolución de acusación no alcanzó a desentrañar por un falso juicio de valoración, v. gr., encubrimiento en vez de complicidad en el hurto, abuso de confianza en lugar de peculado, falsedad en documentos privados, no públicos?

¿Qué decir cuando el vicio de calificación de la etapa investigativa demuestra sin dubitaciones que los hechos corresponden a figuras delictivas que encajan en otras competencias, v. gr., tentativa de homicidio y porte ilegítimo de arma de defensa personal en vez de lesiones personales y de infracción de la última naturaleza; secuestro extorsivo en lugar de concusión y detención arbitraria; hurto entre condueños en cambio de abuso de confianza en cuantía de un millón de pesos?

Si bien es cierto que la doctrina nacional ofrece soluciones para las hipótesis en que está en juego la competencia y abre el sendero al respectivo conflicto para discutir la adecuación típica del hecho*, trazando el camino de la absolución cuando el caso se mantiene en la órbita de atribuciones del juez y el error no puede corregirse recurriendo al sistema del art. 501 (ob. cit., págs. 348 a 352), en buena hora un tratadista de sólida estructura académica, el Dr. GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, se aparta, así lo entendemos, de esa especie de dogma de la inmutabilidad de la imputación y de la camisa de fuerza que el funcionario instructor impone al juez del conocimiento, para salir del funesto embrollo del vicio nacido de la equivocada valoración del comportamiento antijurídico, acudiendo al instituto de la nulidad, que no vacilamos en acoger.

* Al respecto véase la obra *El proceso penal*, de JAIME BERNAL CUELLAR y EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Bogotá, Publicaciones Universidad Externado de Colombia, 1987, págs. 405 y 406.

Los Magistrados,

J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ

JOSÉ J. GÓMEZ GÓMEZ

JULIÁN MUÑOZ SÁNCHEZ

ALBERTO GARCÍA QUINTERO
Secretario

Con laudable acierto escribe en su *Código de Procedimiento Penal*, comentando las normas rectoras de la nulidad: "La legislación abandonó, como semillero de controversias y de obstáculos a la labor de la justicia, la inmodificabilidad de la acusación formulada. No es que haya desaparecido el error en la denominación jurídica de la infracción, como alegremente piensan algunos, sino que hay posibilidad, sin retrotraer el juicio, de sanearlo. Pero si no se hace, o se hace contraviniendo las garantías que al respecto fijan los artículos 501 y 533 (sobre lo cual fue muy enfática la Corte al declarar la exequibilidad de una preceptiva de tan importante índole), la declaratoria de nulidad se hará sentir, así tenga que reconocerse como «comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso» o «la violación del derecho de defensa».

"Conviene reiterar que la calificación provisional no autoriza la redacción confusa, vaga y sin el lleno de los requisitos probatorios que la condicionan" (págs. 330 y 331).

Ese remedio procesal, no se oculta, sofocaría la alarmante impunidad surgida de mantener un vicio de calificación del mérito del sumario a expensas de que la resolución de acusación ejecutoriada es ley del proceso mientras no se cambie acudiendo al formalismo del art. 501 ya citado.

Se nos contestará entonces, para desestimar nuestra tesis, que el legítimo proceso judicial establecido para investigar y juzgar los hechos de conocimiento de los jueces superiores y de circuito les impide abandonar el ámbito del control estrictamente formal y solo les autoriza para resolver si se han observado los ritos propios del juicio, no se conculcó el derecho a la defensa y está a salvo el principio de favorabilidad, y de inmediato la respuesta vuelve a enmarcar la controversia en el plano de "la comprobada existencia de irregularidades que afectan el debido proceso" (art. 305-2), a menos que se limite la órbita de la causal de nulidad para conseguir el silencio del juez so capa de que al amparo del reparto o distribución de funciones y de los acentos o tendencia acusatoria del proceso ordinario la labor de calificación del instructor puede arrasarse con todas las normas y principios, aun de linaje constitucional, que gobiernan la factura del pliego de cargos, como si fuese lícito desconocer la esencia de los hechos, tergiversarlos, insertarlos en textos que no corresponden a su genuina adecuación típica, ignorar la verdadera forma de culpabilidad en que actuó el sujeto, etc.

¿Es que los vicios de naturaleza formal y sustancial en que incurra el juez en aquel auto, piedra angular de la causa y por lo mismo presupuesto ineludible del legítimo proceso, hay que ocultarlos o pasar al vuelo sobre ellos para que no se desquicien las bases o la estructura del proceso semiacusatorio? Criterio tan deleznable como halagüeño para el acusado no se justifica en un sistema regido igualmente por el principio de que la sentencia debe dictarse en un trámite válido y que las garantías instituidas por el constituyente y el legislador común también se encamina a preservar los intereses básicos del Estado a fin de que el ordenamiento penal cumpla la misión de ser un factor de la tranquilidad, del orden y de la paz social.

De otra manera la sentencia que desata el proceso resuelve el conflicto originado en el núcleo social no haría otra cosa que servir de alimento a la más escandalosa impunidad en nombre de un exagerado culto a formalidades capaces de convertir la resolución de acusación en sofocante tabú o mito después de que sale de las manos del juez instructor y no encuentra en nuevas probanzas manera de purgarse del gigantesco error que lo acosa.

Si tan absurda e intocable resolución de acusación mantiene su fuerza vinculante hasta el fallo, y en nombre de la congruencia el juez que no ha logrado el *cambio de la adecuación típica* (peculado en vez de hurto o abuso de confianza, v. gr.) basándose en prueba sobreviniente en la etapa de juzgamiento está en la obligación de absolver (C. de P. P., arts. 226, num. 2° y 501) como tributo, además, a la garantía de la defensa que impide cambiar

la calificación jurídica del hecho, necesariamente hemos de llegar a la deplorable conclusión de que hemos construido un ordenamiento procesal tan formalista que la ejecutoria del pliego de cargos y la ausencia de nuevas probanzas *imprimen carta de naturaleza al error, le otorgan muy saludables efectos*, y apenas dejan abierta la vía para impugnar la sentencia con el argumento de ser "violatoria de la ley sustancial" por alguno de los motivos que señala el art. 226, numeral 1°, ya citado, cuando regula el recurso extraordinario de casación que la defensa no interpondrá por falta de legitimación o agravio, el ministerio público en virtud de su conocida inercia y el verdadero perjudicado por no haberse constituido en parte civil.

Como vivimos en el país de las soluciones escritas e inoperantes, es posible que ahora mismo se esté escribiendo otra reforma para brindarle oportunidad al juez de enmendar *los errores de calificación de la etapa investigativa*, gracias a un instrumento legal que simplemente le exija una revaloración de los hechos y de las pruebas que obraban en el proceso a tiempo de incurrirse en el nocivo vicio.