

SOBRE LA REFORMATIO IN PEJUS Y OTROS

TEMAS PROCESALES

Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez

Medellín, julio 28 de 1979

Doctor

Alberto Jaramillo M.

Ciudad.

Muy apreciado doctor y amigo:

Con todo gusto absuelvo la consulta que usted se dignó formularme en su comunicación de fecha 25 de los corrientes, sobre cuestiones de derecho procesal penal.

Desea usted saber mi opinión sobre los siguientes asuntos:

- I. Naturaleza del auto que niega la declaración de una nulidad.
- II. Si tal providencia debe ser notificada y, en caso afirmativo, ¿qué consecuencias se derivan de la omisión de ese requisito?
- III. Si se resuelve, en segunda instancia, una petición de nulidad con auto de "cúmplase", y se devuelve el proceso al juzgado de origen sin notificar la providencia, ¿cómo se puede remediar esa irregularidad?
- IV. Si procede algún recurso contra el auto que, en segunda instancia, deniega una declaración de nulidad.

* Al Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez le fué solicitado, por el Dr. Alberto Jaramillo Mira, abogado en ejercicio, y a propósito de un proceso, un concepto por escrito sobre algunos puntos procesales reseñados al principio del concepto. Por la seriedad académica del autor y la importancia del escrito, no hemos vacilado en presentarlo a nuestros lectores. Vaya aquí a él nuestro reconocimiento por su contribución.

- V. ¿Cuáles son los alcances del art. 197 bis del C. de P. P., o sea de la *reformatio in pejus*?
- VI. Si puede el fallador condenar, a título de dolo, es decir, por delito intencional de lesiones personales, al procesado contra el cual se dictó auto de proceder por lesiones personales culposas.
- VII. Si no fuere posible lo anterior y llegare a presentarse el caso en sentencia de segunda instancia, ¿cómo se podría enmendar el error?
Siguiendo el orden del cuestionario, procedo a exponerle mi concepto sobre los puntos propuestos, así:

I. El auto que niega la declaración de nulidad de la actuación o de parte de ésta es, sin lugar a la más leve duda, de carácter interlocutorio, a tenor de lo dispuesto en el art. 169, num. 2, del C. de P. P., puesto que resuelve un "incidente o cuestión del proceso", de interés para la actuación y para quienes intervienen en el proceso, particularmente para quien **hubiere** invocado la nulidad.

La ameritada providencia, vale decir, el auto que deniega la existencia de la nulidad, contiene una decisión o resolución trascendente y **no una** simple orden de trámite para dar curso legal a la actuación, circunstancia esta última que imprime connotación al auto de sustanciación, con arreglo a lo previsto en el numeral 3 del citado artículo 169.

Las providencias que dicta el juez y que sean "Simple órdenes de trámite" se denominan autos de sustanciación, dice DEVIS ECHANDIA. El mismo autor enseña que los autos interlocutorios son decisiones judiciales "sobre puntos que no sean de simple trámite sino que contienen alguna cuestión de fondo", como es el auto que decreta o niega una nulidad. (Compendio de Derecho Procesal, Tomo I, p. 335). En igual sentido se pronuncia HERNANDO MORALES (ver Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General, sexta edición, ps. 459 y 460).

II. Siendo, como en verdad lo es, el auto que niega la declaración de una nulidad de naturaleza interlocutoria, necesariamente tiene que ser notificado a las partes, por expreso mandato del artículo 179, inciso 1º, parte final, del C. de P. P., notificación que debe hacerse en la forma contemplada en el art. 180 ibidem.

La omisión de la notificación de la providencia que niega la nulidad, proferida en el curso del juicio, impide la ejecutoria de la misma, de conformidad con lo establecido en los arts. 208 y 209 del C. de P. P., y no surte efecto hasta cuando se cumpla ese requisito y venza el término legal para interponer el recurso o los recursos que procedan sin que se haya usado de ellos, o cuando se hayan resuelto aquellos si hubieren sido interpuestos.

“Si una de las finalidades de la notificación, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, es buscar la perfección del acto, si con ella se pretende dar estabilidad a las resoluciones del juzgador para imprimirle efectos compulsivos y de ejecución, es obvio que esos resultados no pueden llevarse a término sino mediante el conocimiento que de esas providencias se da a las partes interesadas por el acto de la notificación. Es en este evento, cuando los particulares lesionados, deben, oportunamente y dentro de los términos legales, hacer sus reclamos para que sus derechos no sufran quebrantos y menoscabo” (Sentencia de la Sala Penal, de 11 de junio de 1947, G.J. LXIII, p. 744).

III. La solicitud de nulidad de lo actuado formulada por alguno de los sujetos procesales no se puede resolver válidamente sino mediante auto interlocutorio, sometido en su forma y en el fondo a las exigencias del art. 172 del C. de P. P. La providencia que decide sobre una petición de nulidad tiene que ser motivada; debe constar de una parte expositiva y de otra dispositiva. Por consiguiente, el auto en mención debe ser notificado a las partes, tal como se explicó atrás, aunque no se hubiera dispuesto expresamente la notificación, esto es, a pesar de que en el proveído solamente se haya ordenado su cumplimiento, pues la notificación no deviene de la voluntad discrecional del juez sino que es imperativo de la ley.

A tono con lo anterior, si por inadvertencia se devuelve del juzgado o tribunal de segunda instancia, al juzgado de primer grado, un proceso en el que no se haya ejecutoriado en debida forma el auto que denegó la demanda de nulidad, como que ni siquiera se notificó esa providencia, el remedio procesal para subsanar la omisión no es otro que el de solicitar al juzgado de primera instancia, de oficio por el *ad quem* o a petición de parte, el reenvío del respectivo proceso, para cumplir el requisito esencial de la notificación omitida. Este procedimiento no está expresamente instituido en el estatuto procesal, pero es legítimo, por las siguientes razones:

El derecho procesal, según unánime consenso, tiene un carácter accesorio o instrumental, no finalista, como que presupone la existencia del derecho sustancial que ha de realizarse por las causas y con las formalidades establecidas por aquél. El ordenamiento jurídico procesal no se concibe sin la previa existencia del derecho material, al cual sirve para su aplicación.

Por su naturaleza instrumental, no es posible que se presenten lagunas, vacíos o situaciones que no puedan ser resueltas por el juez, pretextando silencio de la ley o ausencia de norma para decidir una determinada cuestión o para corregir una irregularidad cualquiera en que se haya incurrido. Refiriéndome a la interpretación de la ley procesal penal observo en mi Derecho Procesal Penal lo que a continuación reproduzco:

“... importa destacar que las lagunas de la ley procesal penal, o sea las cuestiones que se suscitaren en el proceso y para cuya solución no existiere disposición expresa, hay que resolverlas por vía de integración, así:

“a) Aplicando las normas contenidas en el Código de Procedimiento Civil para situaciones análogas. Sobre el particular establece el art. 7º (hoy 8º) del C. de P. P.:

“Son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil”.

“b) A falta de disposición en el Código de Procedimiento Civil, el vacío debe ser llenado por analogía, que consiste en aplicar a la situación no regulada en la ley, una norma prevista para otra situación similar.

“c) En ausencia de toda norma positiva, es menester llenar el claro por el procedimiento denominado de “concreción”, que consiste en seleccionar una norma extraída de los principios generales que informan el sistema jurídico del Estado, como dice ODERIGO. Así lo previene el art. 8º de la ley 153 de 1887.

“Dedúcese de lo expuesto que en el proceso penal no puede haber problemas formalmente insolubles. Toda cuestión tiene que tener solución, pues en último término, si en el ordenamiento se carece de disposición legal referente al caso y ni siquiera existe norma que reglamente situación análoga, se acude a normas de otra rama del derecho, “regulado con ellas, oportunamente adaptadas, las relaciones que, de no hacerlo así, quedarían sin disciplina” (obra citada, ps. 7 y 8).

Recogiendo el principio doctrinario que se deja expuesto, prescribe el art. 4º del Código de Procedimiento Civil, aplicable también en el proceso penal (art. 8º del C. de P. P.) que “Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes”. Y el artículo siguiente, el 5º, establece que “Cualquier vacío en las disposiciones del presente Código, se llenará con las normas que regulen casos análogos, y a faltade éstas con los principios constitucionales y los generales del derecho procesal”.

Las lagunas de la ley procesal, o sea los casos o cuestiones que no tienen regulación legal, deben llenarse o resolverse, en última instancia, dice el profesor Gerardo Monroy Cabra, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, acudiendo a los principios de derecho procesal universalmente aceptados, tal como lo dispone el art. 5º del C. de P. P. (Principios de Derecho Procesal Civil, ps. 38 y ss.).

Sinceramente creo que se violaría el ordenamiento jurídico procesal que nos gobierna, presidido por el artículo 26 de la Constitución Política, si se mantiene una irregularidad de tanta entidad como es la falta de notificación del auto que niega la declaración de nulidad impetrada, pretextando ausencia de disposición legal para enmendar el yerro, pues la solución, en casos como el que plantea la pregunta a la cual estoy dando respuesta, se encuentra sin dificultad por la vía antes indicada, vale decir, reclamando al *a quo* el reenvío del expediente para subsanar la omisión, esto es, para proceder a la notificación, que abre el camino a la parte interesada para interponer el recurso de reposición, que es procedente, como se verá más adelante.

“Cuando falta la notificación y la ley la exige (como ocurre con los autos interlocutorios), sea porque no se hizo o porque resultó incompleta o le faltaron requisitos, la providencia no adquiere firmeza, es decir, no se ejecutoria”, anota el expositor HERNANDO DEVIS ECHANDIA en su Compendio de Derecho Procesal, T. I, p. 450. Siendo ello así, la omisión de la notificación del auto que deniega una nulidad invocada por parte legítima impide la terminación del proceso y debe corregirse, ideando el mecanismo si fuere necesario, como acontece en el supuesto de la pregunta a que me refiero, para no vulnerar el sagrado derecho al remedio del recurso legal.

IV. Contra el auto que niega la existencia de una nulidad, como también el que la decreta, procede siempre el recurso de reposición, es decir, que tal providencia es atacable a través de ese medio de impugnación sea que se dicte en primera o en segunda instancia, o en desarrollo de los recursos extraordinarios de casación o revisión. Abonan el aserto las siguientes consideraciones:

El art. 194 del C. de P. P. dice que “el recurso de reposición se interpondrá y sustanciará de acuerdo con lo establecido en el Código de Procedimiento Civil”, estatuto éste que se ocupa de la materia en sus artículos 348 y 349.

Hace sí el Código de Procedimiento Penal dos salvedades, que tocan con la reposición, a saber:

- a) Que los autos de sustanciación no enumerados en el inciso 1º del art. 179 “Serán de cumplimiento inmediato y contra ellos no procede recurso alguno” (inciso 2º del mismo artículo).
- b) Que tampoco procede recurso alguno contra los autos interlocutorios dictados por la sala de decisión de un tribunal superior y que “deciden la apelación, la consulta o el recurso de hecho” (art. 202, inciso final).

Armonizando las mencionadas disposiciones del estatuto procesal penal con el artículo 348 del Código de Procedimiento Civil, se tiene que el recurso de reposición procede, en materia penal, contra las siguientes providencias:

1. Contra los autos de sustanciación o simple trámite señalados en el inciso 1º del art. 179 del C. de P. P.
2. Contra todos los autos interlocutorios que dicen los jueces “*en ambas instancias*”, como observa DEVIS ECHANDIA (obra citada, p. 456).
3. Contra los autos interlocutorios dictados por la Sala de Casación de un Tribunal Superior de Distrito, en asuntos de los cuales conoce en primera instancia.
4. Contra los autos interlocutorios dictados por sala de decisión de Tribunal Superior de Distrito en segunda instancia y que no decidan la apelación, la consulta o el recurso de hecho, como sería el caso del auto que decreta o niega una nulidad.
5. Contra los autos interlocutorios proferidos por la Sala Penal de La Corte Suprema de Justicia, en asuntos de que conoce en única instancia o en segunda instancia siempre que en este último caso no decidan la apelación, la consulta o el recuerdo de hecho. Y,
6. Contra los autos interlocutorios dictados por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en desarrollo de los recursos extraordinarios de casación y revisión.

A la luz de las citadas disposiciones de la ley procedimental penal, es evidente que el auto que deniega la existencia de una nulidad es pasible del recurso de reposición, sea que se dicte por un juez singular, por un Tribunal Superior o por la Corte Suprema, lo mismo en primera instancia que en la segunda, pues la decisión que contiene es distinta a la que resuelve de fondo la apelación, la consulta o el recurso de hecho, evento éste en el cual la providencia no admitiría ese recurso si se pronuncia por una sala de decisión de Tribunal Superior o por la Corte Suprema.

Importa observar que el recurso de reposición debe ser interpuesto “dentro de los tres días siguientes a la notificación del auto”, y mediante escrito motivado (art. 348, inciso 2º, del C. de P. C., al cual remite el art. 194 del C. de P. P.). Es claro que el término de tres días señalado para la interposición del expresado recurso empieza a correr al día siguiente de aquel en que se haya cumplido en legal forma la notificación respectiva. actuación procesal ésta indispensable para la perfección del acto y que señala el punto de partida para el ejercicio del recurso a la parte que se considera agraviada por la resolución judicial y que tiene razones para oponerlo.

V. El art. 197 bis del C. de P. P. fue introducido al estatuto por disposición del art. 3º de la ley 17 de 1975, para poner fin a controversia que tuvo el honor de plantear (Derecho Procesal Penal, tomo I, ed. U. de A., 1963, ps. 231 y ss.), en el sentido de si en el proceso penal podía el juez

ad quem, al decidir una apelación interpuesta por el procesado o por su apoderado o defensor, modificar la providencia recurrida empeorando la situación del procesado, es decir, si en el proceso penal existía o no, al igual que en el proceso civil, la prohibición de la *reformatio in pejus*, que impide al juez de segunda instancia, en tal caso, reformar la providencia impugnada agravando la condición del inculcado, puesto que, cuando existe la prohibición de la *reformatio*, "la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por tanto, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso", como lo establece el art. 357 del C. de P. C.

El art. 197 bis del estatuto procesal penal, bajo el epígrafe "*Reformatio in pejus*", prescribe: "El recurso de apelación otorga competencia al juez o tribunal de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada".

La no muy afortunada redacción de esta norma podría hacer pensar a quien no sea versado en derecho procesal y desconozca los antecedentes de la ley 17 de 1975 que la apelación otorga al *ad quem* competencia discrecional y poderes absolutos para decidir a su arbitrio. Semejante interpretación no puede darse al art. 197 bis, pues la *reformatio in pejus* permite al juzgador de segunda instancia hacer reformas, enmiendas o sustituciones de la providencia apelada aún con perjuicio de los intereses del apelante, es decir, también en lo que la providencia apelada pudiera ser favorable al procesado, pero siempre y en todo caso "*dentro de los límites de la ley*", como enseña MANZINI (Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. IV, p. 354).

En virtud de la *reformatio* no puede el juez o tribunal *ad quem*, al decidir la apelación, adoptar decisiones que rompan la armonía del proceso, que "desfiguren su esquema", que pugnen con el ordenamiento jurídico a que aquel está sometido, que vulneren preceptos superiores como es el art. 26 de la Constitución Nacional. No podría el superior, *vr. gr.*, revocar la sentencia pronunciada por el delito de hurto, que fue la infracción imputada en el auto de enjuiciamiento, y condenar por el delito de robo, pues la sentencia no estaría en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder, como lo ordena el art. 171, regla 6ª, del C. de P. P. y lo corrobora el art. 580 *ibidem* al señalar en su numeral 2 esa circunstancia como causal de casación.

La locución "sin limitación alguna", empleada en el art. 197 bis que se comenta, significa que la apelación se entiende interpuesta no solo en lo desfavorable al apelante sino también en lo que la providencia impugnada pueda serle favorable, vale decir, que mediante la fórmula legal de la *reformatio in pejus* el superior puede modificar la providencia en forma que haga más grave la situación del recurrente, siempre que no desborde las normas rectoras del proceso, esto es, dentro de los parámetros legales.

Es conveniente ilustrar el concepto con algunos ejemplos:

1. Se pronuncia en determinado caso sobreseimiento temporal, y el

apoderado apela porque estima que el sobreseimiento debió ser definitivo.

Bien puede el superior que conoce del recurso revocar el sobreseimiento temporal y, en su lugar, dictar auto de proceder por la infracción de que se trate, pues se está dentro de la fase de calificación legal del sumario, y el superior no tiene limitación legal para adoptar la decisión que estima acertada para la correcta definición del sumario.

2. Se profiere por el *a quo* sentencia condenatoria por la infracción que motivó el llamamiento a juicio, y el defensor apela porque considera que la sentencia debió ser absolutoria o, en subsidio, condenatoria a pena menor a la impuesta. Bien puede el juzgador de segunda instancia en tal supuesto confirmar la sentencia condenatoria pero modificándola en el sentido de aumentar la pena señalada en el fallo recurrido, porque encuentra circunstancias de mayor peligrosidad que no fueron tenidas en cuenta o por cualquier otro motivo de los contemplados en el art. 36 del C. P.
3. El juez de primera instancia dicta sentencia condenatoria y decide suspender la ejecución del fallo dando aplicación al art. 80 del estatuto represor. No conforme el defensor con la condena interpone el recurso de apelación. Bien puede el superior, al decidir en segunda instancia, aumentar la pena y revocar el subrogado penal de la condena condicional, porque encuentra demostrada, *vr. gr.*, una reincidencia que pasó inadvertida para el *a quo*.

En los casos de los dos últimos ejemplos no podría el juez *ad quem*, pretextando la atribución que le confiere la *reformatio in pejus*, cambiar en la sentencia la denominación jurídica de la infracción imputada al proceso en el auto de proceder, que al ejecutoriarse se hizo ley del proceso, pues se violaría flagrantemente el art. 171 del C. de P. P., según el cual en la parte resolutive de la sentencia "se condenará por las infracciones que hubieren motivado el llamamiento a juicio o se absolverá de las mismas" (regla 6ª, con subrayas del suscrito). Y, consecuencialmente, el fallo de segunda instancia que variará la infracción deducida en juicio, de ser pronunciado por un Tribunal Superior, sería atacable ante la Corte Suprema a través de la causal segunda de casación, por desacuerdo de la sentencia con los cargos formulados en el auto de proceder (art. 580 del C. de P. P.).

En las legislaciones que consagran la prohibición de la *reformatio in pejus*, como acontece en la alemana (art. 331) y en el Código de Procedimiento Civil colombiano (art. 357), se describe claramente que la resolución apelada solo puede examinarse por el superior en lo desfavorable al apelante, sin que pueda ser "modificada en disfavor del reo". El *ad quem* debe ocuparse tan solo de si la providencia impugnada grava al recurrente, no si le es demasiado

favorable, pues como dice BELING, "lo peor que puede ocurrir al recurrente es que se conserve la resolución" (Ernst Beling, Derecho Procesal Penal, p. 256). Sobre el tema puede consultarse, entre nosotros, a HERNANDO DEVIS ECHANDIA. Compendio de Derecho Procesal, T. I, ps. 459 y 460, y a HERNANDO MORALES, Curso de Derecho Procesal Civil, parte general, p. 568.

Refiriéndose a la prohibición de la *reformatio in pejus* anota Manzini: "Sobre la apelación del imputado, o de su defensor, y cuando no haya apelado en vía principal o incidental el ministerio público o se haya declarado inadmisibles la apelación de este último, no puede el juez infligir una pena más grave en especie o cantidad, ni revocar beneficios" (Derecho Procesal Penal, T. V, ps. 139 y 140).

Pues bien: el art. 3º de la ley 17 de 1975, que introdujo al Código de Procedimiento Penal el art. 197 bis, estableció la posibilidad de la reforma en perjuicio o con empeoramiento de la situación del procesado, cuando éste o su representante judicial interpongan la apelación. Quiere ello decir que en el proceso penal colombiano no hay prohibición de la *reformatio in pejus*, sino todo lo contrario: facultad del juez de segunda instancia para enmendar los posibles errores del juez de primer grado. Pero esta facultad no es absoluta y total, como que debe ser ejercida dentro de los precisos límites legales, de tal manera que la resolución no quebrante ninguna norma. Sería absurdo y monstruoso que, alegando el poder de reforma *in pejus*, el superior no se limitara a confirmar el auto de detención apelado sino que, además, decidiera llamar a juicio al sindicado, sin haberse cerrado la investigación y sin mediar la obligada calificación del sumario por parte del juez del conocimiento.

VI. Jurídicamente no es posible, ni en primera ni en segunda instancia, dictar sentencia condenatoria edificando la responsabilidad sobre el dolo, cuando en el auto de proceder se formuló la incriminación en la modalidad de la culpa, porque se rompería la necesaria armonía o consonancia que debe existir entre el "pliego de cargos" y la sentencia, impuesta como de imperativa observancia en el art. 171, numeral 6, del C. de P. P., y se violaría de modo manifiesto el artículo 26 de Carta, particularmente en lo concerniente al sagrado derecho de la defensa, que no podría ejercitarse debidamente en el juicio, ya que la contradicción defensiva se contrae, por necesidad lógica y jurídica, al cargo deducido contra el imputado en el auto vocatorio a juicio, tal y conforme se hubiere especificado en esa pieza, y no puede ni debe extenderse a situaciones más graves no comprendidas en el enjuiciamiento. ¿Cómo comprender que el defensor de quien ha sido llamado a responder en juicio por homicidio culposo, por ejemplo, plantee la defensa alegando que su representado obró sin dolo, cuando esta forma más grave de culpabilidad fue expresamente descartada en el auto de proceder?

Abundante y uniforme es la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que abona la tesis que vengo de exponer.

Aun a riesgo de pecar por extensión, importa reproducir aquí algunos trozos de aquellas decisiones de la Corte, y que cita Ortega Torres en su Codificación al pie del art. 483 del C. de P. P.:

"El auto de enjuiciamiento es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda" (Sentencia de 5 de noviembre de 1947, C.J. LXIV, p. 156; auto de abril 26 de 1972, CXLII, p. 328).

"Los límites del auto de proceder no pueden traspasarse sin quebrantar los principios normativos del procedimiento penal y la garantía consignada en el art. 26 de la Constitución: nadie podrá ser juzgado sino mediante la plenitud de las normas propias de cada juicio" (Sentencia de 13 de agosto de 1940, G.J. L., 532).

"El auto de enjuiciamiento es la base de la sentencia en el juicio penal. Dentro de cada categoría o género de delitos debe ceñirse el sentenciador a la calificación hecha en el auto de proceder. Así, el robo y el hurto tienen casi las mismas notas comunes y una sola que las especifica, a pesar de lo cual el enjuiciado por hurto no podrá ser condenado por robo o viceversa. Aún más: existiendo las circunstancias denominadas *modificadoras* que dentro de determinada especie de delitos crean o constituyen una subespecie, en caso de que el auto de proceder haya afirmado una de aquellas *modificadoras* favorables al reo, no podrá desecharse en la sentencia... al penar al procesado por un cargo más grave del propuesto o planteado en el enjuiciamiento se le condenaría sin oírlo debidamente en juicio" (Casación de 19 de febrero de 1941, LI, p. 85).

"Puesto que el auto de proceder, como tantas veces se ha dicho y repetido, es el pliego de cargos que la justicia formula al procesado para que éste se defienda, mal puede entonces en su sentencia el juez condenar con imputación a una circunstancia modificadora de la responsabilidad o de la sanción cuando el enjuiciado no tuvo oportunidad de defenderse de esa particular situación, si ella no se le atribuyó en el auto de proceder" (Casación de 5 de noviembre de 1947, G.J. LXIV, 156; auto de abril 26 de 1972, CXLII, 328).

"Si en un fallo condenatorio se dedujeran circunstancias especiales de agravación de la pena, no señaladas en el auto de proceder, se quebrantaría la unidad del juzgamiento y el deber de lealtad para con el enjuiciado, pues se le condenaría por cargos que, por no haberse formulado oportunamente, mal podía, respecto de ellos, adelantar su defensa" (Cas., 12 de agosto 1965, CXIV y CXIII, 316).

En sentencia de casación de 23 de enero de 1970, de la cual tuve el honor de ser Magistrado Ponente, dijo la Corte:

"El auto de proceder, llamado también de enjuiciamiento o de vocación a juicio, "es el pliego de cargos" que el Estado, a través de un órgano jurisdiccional competente, presenta al procesado para que se defienda por los me-

dios lícitos que era conveniente. En él se formula al procesado una determinada acusación, por uno o varios delitos; se concreta el objeto de la relación jurídica; se delimita el ámbito del juicio, y se sientan las bases de la sentencia, que ha de decidir el asunto condenando o absolviendo al inculcado por las infracciones que en él se le hayan atribuído". (G.J., Tomo CXXXIII, p. 179).

Finalmente, en sentencia de 22 de mayo de 1970, también con ponencia del suscrito, expresó la Sala Penal de la Corte:

"... si en el fallo se contemplan, verbigracia, modalidades que den al hecho materia del enjuiciamiento una tipicidad de mayor entidad, esto es, en especie reprimida con pena más alta, o se deducen circunstancias de agravación de la infracción no señaladas en el auto de proceder, se lesiona el primordial derecho de defensa del acusado, ya que en esa parte no fue oído y vencido en juicio. Ningún acusado puede ser condenado excediendo los límites de la imputación formulada en el pliego de cargos, como lo tiene dicho esta corporación". (G.J., Tomo CXXXIV, p. 346).

Ante jurisprudencia tan nutrida, constante y diáfana, no puede caber la menor duda de que no es posible condenar a título de dolo a quien se le ha formulado en el auto de proceder una infracción meramente culposa, pues de hacerlo se quebrantaría en forma ostensible el artículo 26 de la Constitución.

VII. Si, por errónea interpretación del art. 197 bis del C. de P. P., con la consiguiente aplicación indebida del mismo, en sentencia de segunda instancia, se llegare a condenar por delito doloso al procesado a quien se hubiere enjuiciado por delito culposos, el error puede y debe enmendarse, por distintos mecanismos, según la categoría del juez *ad quem*, así:

- a) Si la sentencia fue dictada por la sala de decisión de un Tribunal Superior de Distrito, por delito que tenga señalada una sanción privativa de libertad cuyo máximo sea o exceda de cinco años, debe impugnarse ante la Corte Suprema de Justicia, mediante el recurso extraordinario de casación, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 569 y 580, num. 2, del C. de P. P., por cuanto la sentencia no estaría en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder.
- b) En los demás casos, por ejemplo, cuando el fallo de segundo grado se hubiere dictado por Juez Penal de Circuito, el error se corrige a través de la nulidad, de rango constitucional o supralegal, concretamente por ser la sentencia violatoria del art. 26 de la Carta Política, nulidad que debe ser alegada antes de la ejecutoria del fallo, pues este momento, el de la ejecutoria de la sentencia, señala el término preclusivo de toda nulidad procedimental.

Respecto de la oportunidad para demandar las nulidades preceptúa el art. 213 del C. de P. P.:

"Salvo disposición legal en contrario, las nulidades establecidas en los arts. 210 y 211 podrán alegarse en cualquier estado del proceso. Pero dictada la sentencia de segunda instancia, no se podrán alegar sino en el recurso de casación".

Prima facie, podría parecer que es el momento en que se dicta la sentencia de segundo grado el que marca el final del plazo extintivo o preclusivo de la nulidad. Sin embargo, no es esa, a mi entender, la interpretación correcta del citado artículo 213 de la ley procesal penal. Este debe ser interpretado, a la luz de la doctrina jurídica, en el sentido de que cuando la sentencia sea susceptible de casación, tomando en cuenta lo dispuesto en el art. 569 del C. de P. P., una vez dictada la sentencia de segunda instancia, la alegación de nulidad debe hacerse ante la Corte Suprema, a través del expresado recurso extraordinario y con invocación de la causal 4ª del art. 580 del mismo estatuto.

Sobre el punto en cuestión anoto en mi Derecho Procesal Penal, página 259:

"Ejecutoriada la sentencia no puede el juez decretar nulidades, ni las partes pueden alegarlas. Así se colige palmariamente del art. 201 (hoy 213) conforme al cual dictada la sentencia no se pueden alegar causas de nulidad sino en el recurso extraordinario de casación. Por manera que si se deja ejecutoriar el fallo, caduca la facultad de demandar la declaratoria de nulidades, en lo cual la ley está en consonancia con la doctrina, que enseña que la cosa juzgada es norma preclusiva para las nulidades. "La autoridad de cosa juzgada se presenta, dice MANZINI, como la suprema sanatoria de toda nulidad en que se haya incurrido en el procedimiento" (Derecho Procesal Penal, V. IV, p. 522). En el proceso penal, expresa FLORIAN, la *exceptio rei iudicatae* debe ser siempre norma de preclusión absoluta para la nulidad formal, para la tutela racional y necesaria del interés colectivo (Elementos de Derecho Procesal Penal, p. 121)".

"Sin embargo —enseña LEONE—, también las nulidades absolutas están sometidas a límite temporal en orden a la deducibilidad y denunciabilidad de ellas, y ese límite es la cosa juzgada. Una vez que la sentencia pronunciada en un proceso viciado de nulidad absoluta haya adquirido el carácter de la irrevocabilidad (art. 576), queda precluida toda denuncia de la nulidad. La fuerza preclusiva de la cosa juzgada es indicada por algunos como una sanatoria general de la nulidad absoluta" (Giovanni Leone, Tratado de Derecho Procesal Penal, T. I, ps. 713 y 714).

"La sentencia *firme* sobre fondo, desarrolla un efecto preclusivo", dice BELING, quien agrega que a la firmeza de la sentencia se une el efecto de cosa juzgada y, en consecuencia, producido ese fenómeno, "el condenado injustamente queda condenado; el absuelto injustamente queda absuelto" (Derecho Procesal Penal, p. 325).

Mientras la sentencia no esté en firme, por no haberse causado su ejecutoria, verbi gratia, cuando apenas se está en proceso de notificación del fallo, no existe cosa juzgada y debe mantenerse expedito el camino de la nulidad, para evitar el escándalo que produciría una resolución judicial contraria a derecho y manifiestamente injusta.

En los términos anteriores le dejo expuesto, doctor Jaramillo, mi honesto criterio con respecto al cuestionario que usted se dignó proponerme. Hice algunas citas de mi obra sobre derecho procesal, como también de jurisprudencia en cuya elaboración intervine, no por ostentación sino para poner de resalto la constante del pensamiento, la convicción que siempre he tenido sobre los asuntos materia del presente concepto.

Con sentimiento de consideración y aprecio, me suscribo de usted, muy atentamente,

LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ

T.P. 11875

EL TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO:

Su Origen y Evolución,

A Propósito de la Reforma Penal

Dr. Fernando Velásquez V.

"... hasta una LOCURA TRANSITORIA puede excluir por completo la responsabilidad de los propios actos" (F. CARRARA, Programa, párrafo 249).

INTRODUCCION

En las modernas codificaciones penales, encontramos como causal de exclusión de la imputabilidad, al lado del trastorno mental permanente, el trastorno mental transitorio.

Considerar el trastorno mental permanente como causal de inimputabilidad, no es sin embargo novedoso en las actuales legislaciones, si se tiene en cuenta que ello era la norma en el Derecho Romano. En efecto, el Digesto o Pandectas de la época de Justiniano, contemplaba la inimputabilidad de los alienados, y no solo esto, se contemplaban ya, las que aún hoy son situaciones fundamentales del Derecho Penal: la alienación y el delito, la simulación de la alienación, el delito cometido en estado de lucidez, el estado de peligrosidad, las medidas de seguridad y la existencia de peritos médicos¹.

Las Siete Partidas, el más importante de los códigos españoles, publicadas en 1265 a instancias de Alfonso X "El sabio", reconocían también la

1. Luis Alberto Kvitko: Alienación y Delito en Roma, en Revista Nuevo Foro Penal, No. 2, Medellín, Colombia, 1979, págs. 36 a 39.