

AMBITO DE VALIDEZ TEMPORAL

DE LA LEY PENAL

*Tránsito de leyes penales **

Dr. Juan Fernández Carrasquilla

(Acápites del libro del mismo autor, "Derecho Penal Fundamental", en preparación)

3. VALIDEZ TEMPORAL

3.1. Reglas generales

Es principio general que las leyes rigen únicamente hacia el futuro, esto es, para los casos que ocurran después de comenzada su vigencia. Este principio puede formularse técnicamente, diciendo que las leyes rigen, como regla general, desde su promulgación a lo sumo desde su publicación) y hasta su derogatoria (expresa o tácita) ⁽¹⁾.

Por **promulgación** se entiende, en el derecho patrio, la inserción completa del texto de la ley en el "Diario Oficial", medio estatal de divulgación que no puede ser suplido por otro ninguno. Según nuestro Código de Régimen Político y Municipal (artículo 52), las leyes comienzan a regir dos meses después de su promulgación, salvo que en ellas mismas se disponga otra cosa. Se ha vuelto en

* En la presente Revista no publicamos la acostumbrada sección de Foro Histórico. En cambio, acrecentamos la sección de Doctrina con este importante estudio del Dr. Fernández Carrasquilla, pues dada la circunstancia de entrada en vigencia del Nuevo Código Penal el tema es de palpante actualidad.

1. Muy bien lo expresa FONTAN BALESTRA, en la obra citada un poco más adelante: "las leyes son aplicables a los actos cumplidos en el tiempo que media entre la hora cero del día fijado para entrar en vigor y la hora veinticuatro del día anterior al de su derogación". (p. 143).

la legislación **cláusula de estilo la de que las leyes comiencen a regir desde su "sanción" o desde su "expedición"**. La primera es una función constitucional del Presidente de la República, consistente en la firma del texto legal, acto con el cual culmina el proceso legislativo nacional. La segunda lleva la misma fecha y ha de suponerse que consiste en comunicar oficialmente que la ley ha sido sancionada. En cambio, la **publicación** consiste en dar a conocer el texto o contenido de la ley, al público en general, con suficiente amplitud, por cualquier medio moderno de comunicación o difusión de las ideas (radio, prensa, televisión). Por elementales razones de justicia, la ley no puede regir antes de que los ciudadanos hayan tenido la posibilidad de conocerla, lo cual no acontece mientras el texto permanece en sigilo. Si generalmente se admite, por inexorable conveniencia política, que la **ignorancia de la ley no excusa**, y la propia ley así lo preceptúa, semejante ficción no puede fundarse sino en la posibilidad del conocimiento general de las normas que dimana de la amplia divulgación.

CARRARA, que incluye la exigencia de promulgación de la ley en su célebre definición racional del delito, explicita que pretender que los súbditos "se conformen a una ley que no les ha sido comunicada, será tan injusto y absurdo como pretender que se sometan a una ley aún no sancionada. La promulgación de la ley penal, una vez debidamente hecha, trae consigo la presunción de su conocimiento por parte de los ciudadanos" ⁽²⁾.

Si la ley sólo rige a partir de su promulgación, quiere decir que, **en principio no es retroactiva**, pues no surte efectos hacia el pasado, no se aplica a los acontecimientos producidos antes del comienzo de su vigencia y si, además, sólo rige hasta el momento de su derogatoria, significa que **carece también de efecto ultraactivo**, ya que no gobierna los hechos sucedidos después de terminada su vigencia. Con las excepciones —convertidas en la práctica en regla general— de que la ley rige desde su sanción o expedición, o desde su fecha, la exigencia de justicia, que torna imprescindible la comunicación del texto a los gobernados, se suple, más o menos satisfactoriamente, con la práctica de la publicación, si bien ésta ha de ser amplia y frente a ella no podrán los jueces ser tan estrictos, como con la promulgación, en la admisión de la excusa de que, por razones especiales de índole personal o geográfico, no tuvieron los procesados la posibilidad de conocer la disposición legal. Mientras menos ampliamente se divulgue el contenido de la ley, más personas pueden no llegar a conocerla oportunamente y más fácil puede prosperar la disculpa de ignorancia legal, o la más fuerte de la inexistencia social de la "ley previa".

2. Programa de derecho Criminal, par. 25, ed. Temis, Bogotá, 1971, pág. 45. Más amplia explicación del tema, con abundante bibliografía, véase en GAITAN MAHECHA, Bernardo, Curso de derecho penal general, Lerner, Bogotá, 1963, Págs. 55 a 63.

3.2. Concreción al campo penal

En materia criminal (delitos y contravenciones, penas y medidas de seguridad, derecho penal complementario y, por extensión, también el derecho administrativo sancionador o punitivo), es regla generalísima que se aplica la **ley vigente al momento de comisión del hecho** (*tempus regit actum*), porque es ese el momento en que debió operar la intimidación disuasora sobre la voluntad. Pues, en principio, penalmente no se aplica la ley anterior ni la posterior, sino la concomitante a la ejecución del hecho punible. Pero si la ley penal tiene que estar vigente al momento de la comisión, significa, necesariamente, que tuvo que haber sido expedida y publicada con anterioridad. Es lo que quiere decir la exigencia criminal de que la ley sea **previa** al acto que se imputa, contenida en el **artículo 26** constitucional y reiterada en el **28** de la misma Carta, normas fundamentales de las que es simple desarrollo el **artículo 1º**, del C.P., al consagrar el **principio rector de la legalidad** en los siguientes términos: "Nadie puede ser condenado por un hecho que no esté expresamente previsto como punible por la ley penal vigente al tiempo en que se cometió, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella". Norma, esta última, que bien puede resumirse, como indicamos antes, en el tríplico aforismo **nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta et stricta**.

3.3. Trámite de leyes penales

Pero esa regla general sobre la ley penal aplicable a cada hecho punible, sufre, por virtud del **principio de favorabilidad** —universalmente aceptado—, contenido en los **artículos 26** (inc. 2º) de la Constitución Nacional y **6º** del C.P. (otra "norma rectora" de la ley penal colombiana), una **doble excepción**: retroactividad (en favor) y ultraactividad (también en favor del reo), cubriendo la primera también a los que ya estén condenados. Toda ley penal posterior al hecho debe aplicarse de preferencia a la vigente al momento del mismo, si sus disposiciones son, en conjunto, más benignas para el reo que el conjunto de los preceptos contenidos en la última, según estimación del juez (en modo alguno del imputado). Otras legislaciones son más claras aún, —y el hecho de que nuestra ley no haya sido redactada de esta manera, no impide que el principio se entienda de modo tan saludable y recto—, al disponer que entre las varias leyes que hubiesen tenido vigencia entre el momento del hecho y el del juicio, se preferirá siempre la más suave al acusado.

En el tránsito de leyes punitivas, de consiguiente, el juez ha de valorar cuál de ellas es la más favorable al acusado y aplicarla **en su integridad**, pues se dice que al mezclar "disposiciones" de las varias leyes, estaría creando una tercera ley. Lo que en este contexto signifique la palabra "ley", ya no es tan claro, pues bien puede suceder que una ley favorezca al sindicado bajo algunos respectos y lo desfavorezca por otros; v.gr., en la nueva ley es más favorable el

régimen de la pena principal aplicable, pero en la antigua, es más benigno el de las sanciones accesorias. En estos casos, entendemos que el juez, al aplicar, de cada ley, la disposición más favorable, no está mezclando **indebidamente** las leyes, ni creando abusivamente una tercera, sino reduciendo cada precepto al ámbito que le corresponde. Pues, en este contexto, "ley" no significa cuerpo legal, estatuto, código, etc., sino disposición o regla sobre un asunto determinado, norma a un particular instituto o a una específica figura jurídica. Lo que no podría el juez hacer en tales casos sería, por ejemplo, tomar de la ley vieja la cantidad y de la nueva la calidad de la pena principal conminada para el mismo hecho, pues entonces sí estaría creando, **motu proprio**, una tercera regla, un híbrido normativo que no pertenece a ninguna de las leyes, usurpando de este modo la privativa competencia del legislador. Ley es, en realidad, un concepto complejo, que tanto abarca un solo precepto, como un conjunto unificado u orgánico de normas, cada una de las cuales es, sin lugar a dudas, también ley. Pero sería absurdo, por ejemplo, que a un reo se le negara ahora el descuento del cómputo de reincidencia, que desapareció en el Código de 1980, so pretexto de que en la ley anterior (el Código de 1936), la pena principal para el delito como tal era más benigna, debiendo entonces este viejo código aplicarse en su integridad indivisible, aunque al final de cuentas de tan aberrante operación resulte para el delincuente una sanción total más grave o prolongada. Peligrosa es, entonces, por su simplismo, la forma como FONTAN BALESTRA recoge la regla tradicional de que el juez debe aplicar "una sola ley", siéndole "absolutamente inadmisibles resolverse por la aplicación simultánea de disposiciones parciales de una y otra ley" (3), si bien ahí el sentido podría salvarse con la locución "parciales", que por contraste indica que el juez sí puede acogerse a "disposiciones totales" de una y otra ley, vale decir, a conjuntos de normas sobre cada instituto o figura en cada ley.

Bella y tinosamente está expuesto el asunto en un viejo pero aún valioso texto francés:

"La ley puede ser compleja y contener disposiciones más suaves y otras más severas. Se aplican entonces esas disposiciones distintamente, si es posible separarlas... Pero se procede de otra manera cuando el conjunto de las disposiciones de la ley forma un todo **indivisible**... Toda ley compleja que constituya un todo indivisible, retroactúa o no retroactúa en bloque, se-

3. FONTAN BALESTRA, Carlos, **DERECHO PENAL, Introducción y Parte General**, 10a. ed. actualizada por el Dr. Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, págs. 145-146.

gún que sea su disposición más dulce o más severa la que parece dominante y confiere su carácter al conjunto" (4).

3.4. El favor rei

La favorabilidad, como antes se explicó, no encarna un principio de interpretación de la ley penal, sino una directriz para escoger la ley aplicable cuando se presenta sucesión de leyes penales en el tiempo. Dicha directriz, contenida en nuestro derecho vigente desde la Ley 153 de 1887 (artículo 44), recibe, en el artículo 45 de la misma, cuatro "aplicaciones", en que la propia ley decide cuál es la norma favorable y cómo debe resolverse el conflicto. Ello no significa, sin embargo, en modo alguno, que no pueden presentarse otros casos, sino que éstos deberán ser evaluados por el juez conforme a los principios generales y constitucionales, ateniéndose, en supuestos extremos o insalvables de duda, a una "interpretación benigna". Esta última, pues, sólo está prescrita para las situaciones en que, en la colisión temporal de normas penales, no pueda el juez determinar con precisión u objetividad, razonablemente, cuál de ellas es, por su favorabilidad, la aplicable al caso particular. Las "aplicaciones" enunciadas por la Ley 153/87, son:

a) La nueva ley que, expresa o tácitamente, desincrimina un hecho, envuelve indulto (para los casos pendientes de juzgamiento) y rehabilitación (para los casos ya juzgados definitivamente). Así sucede, en el cambio del Código Penal del 36 al del 80, con la figura de "corrupción de menores" por acceso carnal consentido por mujer mayor de 14 y menor de 16, que en la más reciente legislación pierde su carácter delictivo. Por tales hechos, en consecuencia, no se iniciará ninguna nueva investigación penal, se terminarán extraordinariamente las ya comenzadas, se extinguirán las penas pendientes de ejecución, se restablecerá en la plenitud de sus derechos a todos los que por tal causa hubiesen sido interdictos por la ley precedente. Este fenómeno de la descriminalización acontece cuando una ley deja de definir como punible un hecho, mas no cuando simplemente le cambia de nombre o de ubicación sistemática, manteniendo la punición. En la última hipótesis, procede verificar cuál de las dos puniciones es la más benigna y escogerla, sin adoptar ninguna de las radicales resoluciones antes mencionadas, pues la valoración socio-legal del hecho no ha desaparecido. Tal el supuesto de la conversión del "rapto" en "secuestro" simple en el nuevo C.P., o del trueque de la "asociación para delinquir" por el "concierto", o de la "violencia carnal" por "violación", o del "robo" por "hurto", etc.

b) La nueva ley que aminora de un modo fijo la pena, da lugar a la correspondiente rebaja o reducción. Extraño es este supuesto, pues las leyes penales no señalan de modo "fijo" la pena, sino den-

tro de ciertos límites mínimo y máximo. Pero podría suceder que alguna ley redujera todas o ciertas penas en una determinada proporción (la mitad, una tercera parte, etc.). Tal aminoración, pues, tiene un sentido cuantitativo, pero se puede presentar así mismo en sentido cualitativo, si la ley cambia una pena por otra de distinta naturaleza e inferior gravedad. Así se da en el actual tránsito de legislación penal, pues la pena de presidio fue suprimida y las ya aplicadas se mutaron por prisión (artículo 377).

c) "Si la ley nueva reduce el máximo de la pena y aumenta el mínimo, se aplicará de las dos leyes la que invoque el interesado", preceptúa la prementada norma en su tercera "aplicación" (artículo 45, inc. 3ª). Ya se dijo que la estimación de una ley como favorable o permisiva, suave o benigna, debe ser hecha por el juez en todos los casos, aún de oficio, sin esperar petición de interesado alguno. Lo cual no quiere decir que el juez no pueda y deba escuchar las alegaciones de las partes, o que éstas no puedan demandar su pronunciamiento. Del mismo parecer se muestra PEREZ: "el juez es quien califica la ley más favorable, inclusive en el caso del inc. 3ª..." (5). Es claro, además, que el "interesado" podría equivocarse en su invocación, y sería absurdo pretender que el error o la ignorancia del reo, por ejemplo, tengan carácter vinculante para el juez penal, quien aún reconociéndolos, tendría que ceder ante ellos y aplicar, contra su personal y técnico criterio, la ley sabiamente nociva, perjudicial o desfavorable para el acusado. Como en todos los demás supuestos, en el presente es menester que el juez valore todas las circunstancias relevantes del caso, pues para unos sujetos puede ser favorable la ley anterior y para otros la nueva. Será, en efecto, más saludable la ley vieja para el reo que merezca el mínimo de la sanción (que ha sido incrementado), en tanto que la ley nueva beneficiará a quien merezca el máximo (que ha sido disminuído).

La hipótesis contraria no está prevista en la ley 153 (prueba inequívoca de que su enumeración es meramente enunciativa), pero puede con facilidad presentarse: la nueva ley reduce el mínimo y aumenta el máximo de la pena amenazada, eventualidad en la cual será benigna para quien no registre (o registre menos) circunstancias de atenuación (antes de "menor peligrosidad"), o sólo ostente circunstancias de agravación punitiva (antes de "mayor peligrosidad").

d) La nueva ley que disminuye la pena corporal y aumenta la pecuniaria, prevalecerá sobre la antigua, cualquiera que sea sobre el particular el criterio del interesado. En la jerarquía de los bienes jurídicos afectados por la sanción criminal la ley ha puesto, con razón, por encima la libertad que el patrimonio económico. Algo si-

4. VOUIN, Robert, *Droit Criminel*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1949, Pág. 44. Traducción libre.

5. PEREZ, Luis Carlos, *Tratado de derecho penal*, Tomo I, Temis, Bogotá, Pág. 337.

milar, que habría que resolver por analogía *in bonam partem*, podría ocurrir si la ley penal de algún país suprimiera la pena capital, convirtiéndola en pena perpetua privativa de la libertad, caso en el que la ley, o el intérprete en su lugar, tendría que preferir el bien de la vida, por estar más arriba en la escala axiológica que todos los países civilizados comparten.

Muchas otras variaciones son posibles cuando las normas penales se suceden temporalmente. Para citar algunos casos:

1) Una ley convierte en contravención un hecho que la ley anterior consideraba delictivo. Así pasó con la "corrupción de menores" del art. 32 del viejo C.P., que el Decreto 1118 de 1970 (art. 15) trocó en mera contravención (y que luego el art. 1º del Decreto 522 de 1971 volvió a restablecer como delito).

2) Una nueva ley puede también abolir o disminuir las sanciones accesorias, o aligerar su régimen jurídico, como ocurrió en el paso del artículo 58 del viejo C.P., al art. 12 de la Ley 16 de 1969, y de éste al artículo 52 del nuevo C.P. Esta última norma dejó como accesoria fija de la prisión únicamente la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas, derogando la publicación especial de la sentencia y convirtiendo en discrecionales las demás que enumera el artículo 42, consumando así la evolución que la Ley 16 había comenzado con respecto a la pérdida y suspensión de la patria potestad.

3) La nueva ley será igualmente favorable si aumenta las exigencias necesarias para que un hecho corresponda a su descripción en el tipo⁽⁶⁾, o amplía las condiciones para que opere una circunstancia atenuante o eximente, o acrece el número o aliviana el régimen de las justificantes, o eleva una cuantía de que depende la graduación del injusto o de la pena, o acorta los plazos para la prescripción de la acción o de la condena penales.

Como es palmario, las situaciones opuestas a las enumeradas o ejemplificadas, dan lugar a que la nueva ley sea desfavorable.

3.5. Retroactividad y ultraactividad

Si la nueva ley es favorable al reo, debe aplicarse retroactivamente; pero si es desfavorable, continuará aplicándose la vieja ley, en forma ultractiva, a los hechos cometidos con anterioridad a la terminación de su vigencia. La ultraactividad supone un caso aún no juzgado definitivamente, pues a los juzgados se les aplicó precisamente la ley anterior favorable. La retroactividad, en cambio, tiene

6. Cfr. cita de las notas; *Infra.*, 3, 6, literal h.

aplicación con respecto a casos juzgados o no juzgados; en los primeros, se modifica de oficio la sentencia y en los segundos se la dicta conforme a los nuevos cánones.

En síntesis, el *favor rei*, como el *favor libertatis*, es cánón constitucional y legal que implica: **retroactividad**, esto es, aplicación de una ley nueva a hechos perpetrados antes del comienzo de su vigencia formal, hayan sido o no juzgados definitivamente; y **ultraactividad**, es decir, proyección de la ley derogada, que el juez aplicará, después de terminada su vigencia, a hechos realizados durante su vigencia (o, en todo caso, antes de su derogatoria).

Como no siempre es fácil precisar cuál de las varias leyes es la más favorable y por ende la aplicable, el juez debe atender a todas las circunstancias relevantes y al conjunto de las disposiciones sobre cada asunto, y adoptar idealmente el esquema recomendado por von LISZT: bosquejar hipotéticamente una sentencia de conformidad con cada una de las leyes en conflicto y decidirse por la que en definitiva arroje los resultados más benignos para el reo⁽⁷⁾. MEZGER agrega que "especialmente es la ley más benigna la ley no penal"⁽⁸⁾. "Por lo demás, —puntualiza FONTAN BALESTRA—, en todos los casos, la pena es ajustable conforme con la escala penal de la nueva ley (mejor, de la más benigna), dentro de cuyos límites el juez puede moverse lo mismo que para cualquier sentencia"⁽⁹⁾.

3.6. Tiempo de realización del hecho punible

Para determinar si existe o no una verdadera colisión temporal de leyes penales, no es suficiente con el hecho de que varias leyes de esa naturaleza se hayan sucedido cronológicamente, sino que, además, es necesario, fijar la fecha de comisión del delito o la contravención. Si, en efecto, el hecho se realizó una vez comenzada la vigencia de la última ley, ningún interés revisten las precedentes, ya que se aplica la regla general de la ley vigente al momento del hecho. Lo propio acontece si el hecho fue ya juzgado en firme y la nueva ley varía desfavorablemente su valoración o consecuencias. El problema se circunscribe, pues, a los hechos que se realizan total o parcialmente bajo una ley y deben ser fallados durante la vigencia de otra, y a los ya juzgados cuando la ley nueva modifica favorablemente la valoración o las consecuencias jurídico-penales de los mismos.

7. LISZT, Franz von: *Tratado de derecho penal*, tomo II, Reus, Madrid, 3a. ed., s/f., Pág. 103.

8. MEZGER, Edmundo, *Tratado de derecho penal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, Tomo I, Pág. 113.

9. *Ob. cit.*, 147. Cfr. COUSIÑO MAC IVER, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 197, Tomo I, Págs. 127-30.

Sobre el momento en que se entiende realizado o cometido el hecho punible, existen, en las legislaciones y en la doctrina, soluciones o teorías diversas. Dominante es sin duda la **teoría de la acción**, seguida entre otros, por MAURACH y BETTIOL, según la cual debe entenderse realizado el hecho al momento en que la voluntad se manifiesta, que es también aquél en que debió actuar la contramotivación de la norma sobre la voluntad del agente. Para esta doctrina, **no importa** el momento del resultado, sino el de la exteriorización volitiva, aunque entre ambos media un lapso de tiempo considerable. Esta era la tesis que contenía el Anteproyecto de 1974, artículo 20: El hecho punible se considera realizado en el momento de la acción o de la omisión, aun cuando sea otro el del resultado. "La conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida", proyecto normativo que en nada varió en el de 1976 (artículo 15). Silencio guardó sobre el particular el Código de 1936, dando así lugar a encontradas interpretaciones.

Según la **teoría del resultado**, lo que importa es el momento en que se produce la consecuencia material de la acción, pues sólo en él se consume el delito, según la ley. Pero esta teoría, muy poco acogida, no toma en consideración que la mayoría de los delitos no requieren de un resultado natural (evento) y que, aún en los demás casos, el desenvolvimiento del nexo causal, una vez realizada la acción, depende muy poco de la voluntad del autor.

La **tesis mixta** o ecléctica, concilia ambas posiciones extremas y ostenta, desde luego, la mayor cobertura. Según ella, el delito se considera cometido indistintamente en el momento de la acción o del resultado (si fueren distintos). Pero así no se resuelven los principales problemas, que surgen precisamente cuando la acción se realiza bajo una ley penal y el evento se ocasiona bajo otra distinta, siendo por ello imposible decidir bajo cuál de ellas se perpetró el injusto y cuál de ellas debe aplicarse extraactivamente (hacia el pasado o hacia el futuro).

Por fortuna, el C.P. ahora vigente acogió la teoría de la acción (artículo 20). De suerte que si la voluntad delictiva se manifiesta típicamente en una fecha, y el evento se causa en otra, es a la primera a la que debe atenderse, como **tempus delicti commissi**.

3.7. Efectos de la teoría de la acción

Además de definir con claridad el punto de partida para la retro y la ultraactividad, la legal teoría de la acción presenta interés en otros varios puntos de la teoría del delito ⁽¹⁰⁾.

10. Cfr. SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, P. 197; BETTIOL, Ob. cit., 122-23; JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, II, Nro. 717, Pág. 636; FONTAN B., Ob. cit., 151-52 - 206-12.

a) Con respecto a la antijuricidad, y, desde luego, la tipicidad, "es de aplicación la ley penal más favorable con vigencia anterior al hecho o posterior a la condena", significa FONTAN BALESTRA.

b) En lo que atañe a la imputabilidad y la culpabilidad, decide, según el artículo 31 del Código, "el momento de ejecutar el hecho legalmente descrito", o sea el de la acción (art. 20 *ibidem*). Pero en las **acciones libres en su causa**, el examen se retrotrae al momento en que el sujeto se colocó, por dolo o culpa, en una preordenada situación que de otra suerte tornaría lo inimputable o inculpable (C.P., artículo 32). La imputabilidad, en fin, se aprecia al instante de la acción, aunque no subsista al momento del resultado, como regla general. Lo propio se predica de la culpabilidad, sin que el principio se perturbe por el desistimiento.

c) La prescripción se cuenta por la ley que fije el plazo más breve, o señale un momento anterior para su comienzo, o un instante más tardío para su interrupción.

d) En los delitos habituales, el número de actos se contará por la ley que señale un guarismo mayor. Pero si en ella fuere más gravosa la penalidad, todos los actos deben realizarse bajo su vigencia, pues otra cosa sería mezclar aspectos de dos disposiciones sucesivas referentes a un mismo punto.

e) En los delitos permanentes y continuados, la doctrina sostiene las más dispares posturas. GRISPIGNI aboga porque se incrimine solamente la parte del hecho ejecutada bajo la nueva ley. A JIMENEZ DE ASUA, quien sigue en esto a E. SCHMIDT, se le hace ello insostenible, y aduce que el delito es único y rige para él también el **favor rei** ⁽¹¹⁾. Sostiene ANTOLISEI, en cambio, que "debe aplicarse la ley posterior, aun cuando sea menos favorable, porque bajo su imperio se ha desenvuelto también una parte de la actividad ejecutiva" ⁽¹²⁾. Por la ley vigente al momento en que se ejecutó el último acto o fragmento de acción se pronuncia BETTIOL ⁽¹³⁾. Dado que los artículos 6° y 20 del C.P. no resuelven el problema, optamos por la tesis de FONTAN BALESTRA, que compagina bien los intereses individuales y sociales: si "la nueva ley es menos favorable, la consumación se ha prolongado en el tiempo, de modo que la situación antijurídica se mantiene el día de entrar en vigencia la nueva ley, ésta resulta aplicable, puesto que el hecho se consuma también durante su vigencia. Es decir, que la ley nueva que tipifica o agrava el hecho, es aplicable si una situación preexistente se man-

11. *La ley y el delito*, Pág. 14.

12. *Manual...*, Pág. 92.

13. *Derecho Penal*, Pág. 123.

tiene" a pesar de ella ⁽¹⁴⁾. Como acaba de verse, es también ésta la tesis de BETTIOL y ANTOLISEI. Parece que en Alemania no se presta a duda que entre las varias leyes vigentes entre el hecho y el juicio, se aplica siempre la más benigna. Pero, a nuestro entender, esto no resuelve el problema planteado, porque en los delitos de que se trata, la acción se realiza en tiempo de diversas vigencias legales y no hay en verdad razón alguna, ni técnica ni humanitaria, para ultraactivar una ley favorable pese a que el agente continuó cometiendo el hecho bajo una nueva ley más gravosa para él, que tampoco bastó para intimidarlo o disuadirlo. Tal posición equivale a dejar impune la parte del hecho ejecutada bajo la nueva ley, solución absolutamente inequitativa frente a quienes hayan comenzado a realizar el hecho después de expirada la vigencia de la ley anterior, resultando así injustamente favorecido el delincuente que más ha perseverado en el mantenimiento o la reiteración de la consumación.

f) En los mismos delitos permanentes o continuados, la legítima defensa es actual cualquiera que sea el momento para la reacción, mientras perdure el estado antijurídico. En ellos mismos es igualmente posible la coautoría sucesiva, y la complicidad, hasta que cese la comisión o la omisión. En los delitos instantáneos, por el contrario, la reacción del primer caso sería vindicativa una vez consumado el hecho punible y agotada la lesión al bien jurídico, y la intervención posterior del segundo supuesto sólo podría dar lugar a la imputación de encubrimiento.

g) En los delitos que, a pesar de ser instantáneos, crean un estado antijurídico duradero, como la bigamia, rige la ley del momento en que el estado se crea, que es el mismo en que la acción se tipifica y el delito se consuma.

h) Los especiales deberes o vinculaciones del autor o del partícipe con el sujeto pasivo o con el objeto del delito, deben existir al momento del acto, siendo irrelevantes si sólo aparecen más tarde (v.gr. antes de la producción del evento). Casos de esta especie podrían darse en el parentesco por afinidad que se adquiera después de manifestada la voluntad criminal.

i) En las leyes penales en blanco, las normas extralegales o reglamentaciones posteriores que favorezcan al imputado, deben aplicarse sin hesitación. Al fin y al cabo, esas normas se integran al tipo penal y cabe entonces pensar, con FONTAN BALESTRA, que "cuando la norma modifica los elementos del tipo, reduciendo el número y naturaleza de las acciones subsumibles, la aplicación de la dispo-

14. Ob. cit., Pág. 209. En igual sentido, con muy pormenorizada exposición, Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la parte general de derecho penal, Porrúa, S.A., México, 1977, Págs 179 a 192.

sición más benigna no puede ser dudosa" ⁽¹⁵⁾ ni siquiera frente a los condenados, pues también para ellos la ley ha extendido la favorabilidad, contra el dogma privatístico de la intangible "cosa juzgada" (C.P., art. 6°).

j) Las verdaderas leyes interpretativas, o sean las que no modifican o hacen más oneroso el régimen de la ley interpretada, conforman con éstas un solo texto legal y pueden llegar así a exceptuar el principio de no retroactividad de la ley penal severa. Pero la ley interpretativa debe también ser interpretada por el juez y si éste encuentra que su sentido es indudablemente más desfavorable que el de la ley interpretada, no debe darle aplicación con respecto a los hechos realizados con antelación. El mismo tratamiento debe darse a las falsas interpretaciones auténticas, que en el fondo son leyes penales nuevas que, pese a su severidad, pretenden embozarse para lograr efecto retroactivo. En estos casos, como en los demás, la retroactividad penal desfavorable es un dispositivo legal "evidentemente contrario a los principios fundamentales del derecho penal" que "interviene generalmente en épocas en que el interés superior de la colectividad (o la "razón de Estado") es preferida a la protección del individuo", escribe JEAN PRADEL ⁽¹⁶⁾.

k) Las leyes que modifican el régimen de ejecución de las sanciones criminales (penas o medidas de seguridad), referentes en general a efectos post-sentenciales, son de aplicación inmediata y por ende los reclusos no pueden escudarse contra ellas pretendiendo la ultraactividad del régimen anterior. Y ello, anota el mismo PRADEL, "por dos razones: sólo constituyen modalidades secundarias de una situación definitivamente fijada después de la condena y el nuevo régimen que instituyen debe reputarse superior al viejo" ⁽¹⁷⁾.

l) En general, se admite que las leyes procesales (formales, adjetivas o instrumentales) son igualmente de aplicación inmediata. La ley procedimental anterior se aplica ultraactivamente tan sólo a las actuaciones ya en curso y a los términos que han empezado a correr al iniciarse la vigencia formal de la ley nueva. Difícil de entender es el artículo 6° del C. de PP., que pretende, al parecer, la inauguración de un régimen contrario, dando preferencia, como en las materias penales, a la ley favorable, pero disponiendo la aplicación inmediata de la ley procesal que "fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso". La primera parte debe aludir a disposiciones penales contenidas en el código o en una ley procesal, y la segunda a las

15. Ob. cit. Pág. 149. Cfr. también, Pág. 146. Igual sentido en MAGGIORE, Ob. cit., I, 202.

16. DROIT PENAL, Cujas, Paris, 1973, Pág. 122. Traducción libre.

17. Ibidem.

propias normas procedimentales. "Las leyes de forma, es decir, relativas a la constatación y persecución de las infracciones, a la competencia y al procedimiento, se aplican inmediatamente a los hechos cometidos antes de su promulgación", signa el autor citado en último lugar ⁽¹⁸⁾.

m) En los delitos progresivos o casos de progresión criminal se aplicará la ley vigente al momento de la realización del último acto (que absorbe o consume los anteriores), aunque sea más severa.

n) Las leyes penales nunca se aplicarán durante su vacancia, pues ésta significa que el legislador no ha querido que comiencen a regir mientras aquella dure. Aplicar la ley vacante, es dar vida a una ley que no ha terminado de nacer, que no es aún derecho positivo vigente. Ellas no están vigentes a la época del hecho, ni a la del juicio, y en el fondo no pasan de ser una prospección legislativa, normas bajo término suspensivo.

ñ) Si los sujetos activos fueren varios, el tiempo de comisión se apreciará separadamente para cada cual según el momento en que cada interviniente (instigador, autor, coautor, cómplice) haya manifestado su voluntad participatoria.

3.8. La ley intermedia

Puede ocurrir que la sucesión temporaria se dé entre más de dos leyes penales, de tal forma que una o varias de ellas, de carácter favorable al reo, no estaban aún en vigencia al momento del hecho y no lo están ya al momento de la sentencia definitiva, bien por haber sido derogadas, ora por haber sido declaradas inexecutable por la Corte Suprema de Justicia o por su Sala Constitucional.

Cualquiera de las tres leyes podría ser aplicada con base en un principio diferente, como bien lo expone COUSIÑO MAC IVER: la primera, por ser la vigente al tiempo del hecho; la segunda, por ser ley posterior favorable; y, la tercera, por estar vigente al momento del fallo y por lo menos ser menos gravosa que la primera ⁽¹⁹⁾.

Creemos que esta situación presenta al tiempo las características de retro y ultraactividad: la primera, porque la ley intermedia habría de aplicarse aún a hechos cometidos antes de su vigencia inicial; la segunda, porque esa misma ley habría de aplicarse después de su derogatoria, también por virtud del principio de favorabilidad, que no se ve por qué razón habría de ser aquí relegado. La tardanza del juicio, o la premura del cambio legislativo (que podría ser utilizado políticamente), son serios argumentos para no desgarrar en estos casos el favor rei. Connota el autor últimamente cita-

18. *Ib.*, Pág. 125.

19. *Ob. cit.*, Pág. 125.

do, que "no parece dudoso afirmar que la ley intermedia no deberá jamás recibir aplicación si ella hace punible un hecho no sancionado con anterioridad, o si contempla penas más odiosas para el mismo; pero que, en cambio, deberá regir el juzgamiento —no obstante su falta de vigencia en la época del hecho y de la sentencia— en el evento de que suprima la punición de la conducta o establezca sanciones más benignas" ⁽²⁰⁾. Una vez dictada la ley dulcificadora, el reo adquiere algo así como un derecho a ser juzgado conforme a ella, aunque desaparezca del orden jurídico poco después. Y si el mandato constitucional impone al juez aplicar leyes derogadas (sin que esto importe desconocer la autoridad legislativa del Congreso de la República), no se vislumbra razón valedera alguna para que el juez no pueda aplicar una disposición declarada inexecutable (sin que esto apareje el desconocimiento del fuero constitucional de la Corte Suprema o de su Sala Constitucional). Erróneo, por tanto, el reciente pronunciamiento que sobre el tópico profirió la casación nacional ⁽²¹⁾, aunque con similares argumentos atajaron en la Comisión de 1974, una norma expresa sobre el tema, los doctores Estrada y Salgado (Actas 7 y 8) ⁽²²⁾. Por el respeto de la favorabilidad frente a la ley intermedia se pronuncian, entre otros, Maurach, Welzel, Mezger, Soler, R.C. Núñez, Puig Peña, Gaitán Mahecha, L. C. Pérez. Jiménez de Asúa accede a ello nada más que por "sentimientos humanitarios" ⁽²³⁾. Por la solución afirmativa se han pronunciado expresamente las legislaciones alemana, argentina y chilena.

3.9. Leyes temporales y excepcionales

En el seno de la Comisión Redactora del Proyecto de Código Penal de 1974 (al que fundamentalmente regresó el texto definitivo del nuevo C.P.), el Dr. ROMERO SOTO se pronunció por la adopción de una fórmula unitaria y absoluta de la favorabilidad, en la que quedarían incluidas naturalmente las leyes intermedias, temporales y excepcionales. Y en relación a los delitos permantes y omisivos, el mismo comisionado sostuvo que "Para ambos casos, el doctor Baquero ha dado la norma aceptable, es decir, que la ley aplicable es la del momento de la terminación, o sea, cuando se realiza el último acto" (Acta N° 7) ⁽²⁴⁾. Esto podría recabar con la precariedad de la interpretación histórica subjetiva, el fundamento de la tesis

20. *Ibidem.*

21. Casación de 3 de mayo de 1979. M. Pte. Doctor José María Velasco Guerrero. Cfr. nuestro artículo *Ultraactividad del Decreto 1135 de 1970*, en *Rev. Temas de derecho penal colombiano*, Nro. 10, Medellín, 1971, Págs. 10-16 el cual es un estudio lógico-jurídico del tema. En igual sentido ALDANA ROZO, la aplicación de la ley Penal en el tiempo en relación con el Decreto 1135 del 70, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Vol. II, No. 7, Pág. 7 y siguiente

22. *Actas del Nuevo C. P. Colombiano*, Vol. I, Págs. 52 a 54, Pequeño Foro, Bogotá, 1980, edición a cargo del Dr. Luis Carlos Giraldo Marín.

23. *Op. cit.* pág. 157.

24. *Ob. cit.*, Pág. 149.

que expusimos y fundamentamos poco antes sobre las leyes intermedias y los delitos crónicos y paulatinos, aplicables, sin duda, del mismo modo, a los casos de progresión delictiva (o delito progresivo).

Se conoce con el nombre de **leyes temporales** a las que determinan cronológicamente el fin de su vigencia, esto es, prefijan la fecha hasta la cual deben regir. La doctrina absolutamente dominante en el mundo entero, sostiene que estas leyes deben siempre e invariablemente aplicarse a los hechos perpetrados durante su vigencia, pues de otra manera esta última concluiría antes del término señalado en la propia ley. En efecto, los casos sucedidos durante los últimos días de tal vigencia, no alcanzarían a ser juzgados y normalmente las normas posteriores son más benignas. La razón para que la **opinio doctoris** no admita en esta hipótesis, como tampoco en la de las leyes excepcionales, la retroactividad de la ley posterior favorable, es la de que se trata de normas de excepción y de emergencia que con la retroactividad en favor de las subsiguientes (que, por lo general, son las mismas leyes anteriores transitoriamente suspendidas) tornaríanse inoperantes casi siempre antes del tiempo que la ley estimó como indispensable para el control de una anormal situación social. Es la solución que adoptan penalistas como **Welzel, Maurach y Bettiol, Mezger y Fontán Balestra**. Este último escribe, en la más reciente edición de su compendio, que "La doctrina acepta la aplicación aún de las disposiciones menos favorables contenidas en la ley temporaria, a los hechos cumplidos durante su vigencia" (25). Así se ha resuelto en la Argentina, cuya ley guarda silencio al respecto, por vía jurisprudencial.

En Colombia parece primar la tesis contraria, por razones de derecho positivo constitucional, pues la retroactividad de la ley penal posterior favorable está consagrada en el artículo 26 de la Carta sin restricción alguna, vale decir, en el más amplio sentido. El Proyecto de 1976 contenía esta expresa disposición en la norma final de su "título preliminar", artículo 10, según el cual "Las normas contempladas en este capítulo se aplicarán a todas las leyes penales, así sean excepcionales o temporales". Se apartó en esto dicha Comisión de la pauta contenida en el artículo 10 del C.P.T. para Latinoamérica, a cuyo tenor "Los hechos realizados durante la vigencia de una ley destinada a regir temporalmente, se juzgarán siempre con sujeción a ésta". Si un texto legal como el antes invocado del Proyecto de 1976, no aparece en la versión definitiva de la codificación, ello responde, ha de suponerse, a dos motivos principales: a) La tendencia (casi la misión) de la Comisión Parlamentaria, que dió al actual Código su última redacción, a retornar en lo posible al texto del Anteproyecto de 1974, en cuya elaboración

25. *Ib.*, 150.

tuvo el Dr. Estrada Vélez, Presidente de la postrera Comisión, una intervención muy destacada; b) La consideración de que una norma así resultaría claramente innecesaria frente al prementado canon constitucional. Es que "no importa que se trate de dos o de tres leyes, o de leyes excepcionales, o de leyes temporales, siempre se aplica el principio de favorabilidad", dijo el Prof. ROMERO SOTO en la Comisión del 74 (26). Para Colombia, pues, puede considerarse improcedente la tesis foránea sobre ultraactividad en desfavor de las leyes temporales y excepcionales.

Con el nombre de **leyes excepcionales** conoce e identifica la doctrina a las que se dictan para regir únicamente mientras dura una situación **objetiva** de anormalidad social, como una epidemia o una calamidad pública, pero sin prefijar (por ser imposible en casi todos los casos) la fecha en que tal vigencia debe terminar. Simplemente, la vigencia de la ley excepcional está condicionada a la duración de una situación social extraordinaria, pero objetivamente apreciable. También a estas leyes aplica la **communis opinio** extranjera, la ultraactividad en desfavor, por las mismas razones expuestas para las leyes temporales. Y por las mismas razones indicadas, esta excepción a la favorabilidad no se acepta en nuestro país.

Si la noción de leyes excepcionales es la expuesta, parece innegable que los **decretos de estado da sitio** no invisten tal modalidad, ya que en éstos el fin de la vigencia no depende de una situación social externa y claramente apreciable por la generalidad de los gobernados, sino de una apreciación subjetiva, discrecional y privativa del Gobierno sobre un estado de conmoción interior del orden público o de guerra exterior. Pero resulta también viable la inteligente propuesta de SOLER, en el sentido de mantener sólo la categoría jurídico-doctrinal de las leyes temporales, entendiendo por tales las que señalan de antemano, por el calendario, la fecha en que su vigencia ha de cesar. Refiriéndose a la opinión dominante, escribe SOLER:

"Pero tal doctrina sólo es opinión general en cuanto se refiere a las leyes que prefijan su autoabrogación, leyes que pueden estrictamente llamarse **temporarias**. No sucede así con las llamadas **leyes transitorias y extraordinarias**, a las cuales no se las substraen, en general, del principio de la retroactividad benigna, rechazándose una serie de distinciones que se ha querido hacer, sin base en la legislación positiva" (27).

El renombrado tratadista gaúcho, en apoyo de su pensamiento, reseña bibliográficamente, en nota al pie de página, a **Liszt-Schmidt, Manzini, Mayer, Mezger y Zani**.

26. *Actas* ..., Ob. cit., Pág. 52 (Acta No. 7). Es lo mismo que sostiene en su erudito *Derecho Penal - Parte General*, Ob. cit., Vol. I, Págs. 212-13.

27. *Derecho penal argentino*, Ob. cit., Vol. I, Págs. 195-96.

Pero en Colombia, repetimos, el principio de favorabilidad conlleva la retroactividad de todas las leyes penales posteriores de carácter benigno, sean ellas mismas comunes o especiales, intermedias, temporales, excepcionales o extraordinarias, y refiéranse a penas o medidas de seguridad, disposiciones generales, tipos, etc.

Igual parece ser la situación en México, con relación a cuyo derecho sobre estas materias escribe CASTELLANOS:

"...Mientras en la doctrina el problema es debatible al invocarse la autoridad de la cosa juzgada frente al criterio de la falta de ejemplaridad de la pena, por el cambio de situación que origina la derogación de la ley temporal, en nuestro Derecho positivo la solución se encuentra en la **aplicación retroactiva** de la ley permanente, atento el mandato del artículo 14 constitucional, por ser más beneficiosa al acusado" (28).

3.10. Disposiciones transitorias del nuevo C.P. y aspectos procesales

El Título XV, final del Libro 2º del Código Penal de 1980, contiene cuatro "disposiciones generales" que regulan la relación de la nueva ley orgánica de los delitos y de las penas con otras normas jurídicas. De esas normas depende no sólo la extensión de las normas fundamentales de la parte general a todo el orden punitivo, sino la supervivencia o derogatoria de las leyes penales que estaban vigentes en el país el 29 de Enero de 1980. Son los criterios:

a) **Aplicación extensiva**, contenida en el artículo 375, norma de carácter permanente y de la máxima importancia, que perentoriamente impone que las garantías penales, los principios rectores y las normas de la parte general, se aplicarán a todas las **materias penales** de que traten otras leyes o normas, sean éstas de naturaleza penal o extrapenal. La redacción y el sentido son sin duda más amplios que los correspondientes al artículo 10 del C.P. de 1936, pues no limitan el beneficio a las demás leyes penales (derecho penal complementario y especial), sino que lo irradian a los asuntos penales contenidos en cualquier disposición jurídica nacional. Las pautas básicas del nuevo derecho penal alcanzan, de este modo, al **derecho penal administrativo** (disciplinario, fiscal y económico), al que antes se aplicaban por derecho consuetudinario o analogía **in bonam partem**. Esa extensión alcanza, desde luego, a ilicitudes administrativas tan importantes en la práctica como las **infracciones de tránsito**, que carecen de carácter penal por no poseer la calidad de delitos o contravenciones, categorías que sólo la ley puede establecer y campo vedado en absoluto al intérprete por tratarse de la determinación del campo de la punibilidad.

28. CASTELLANOS, Fernando. *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, Porrúa, S.A., México, 1977, Pág. 111.

Tal aplicación extensiva opera a condición de que las leyes que contienen las materias penales de que se trata, "no dispongan otra cosa". Revela esto que las leyes punitivas pueden excepcionar las reglas de la parte general del código, al menos en principio. No podrán hacerlo válida y eficazmente si se trata de reglas de orden constitucional, como las **normas de garantía** (que sólo funcionan en favor del reo y jamás en contra suya), porque justamente han sido establecidas para proteger al individuo contra la posibilidad de abusos en el ejercicio —legislativo, jurisdiccional o penitenciario— del poder punitivo del Estado **ius puniendi**, o como las normas rectoras, que son rectoras de "la ley penal colombiana" y no sólo del Código Penal.

b) En el campo del derecho penal administrativo, por ejemplo, es frecuente la excepción al postulado penal **ne bis in idem**, en el sentido de que la pena administrativa no es incompatible con la sanción criminal que por el mismo hecho proceda. La excepción juega, pues en las relaciones del derecho criminal con el derecho penal administrativo, pero en modo alguno intrínsecamente a cada uno de ellos. O sea que no es posible que el mismo hecho se sancione administrativamente dos veces, o se itere la punición criminal; pero dado que el injusto administrativo y el penal tienen fundamentos distintos, sus consecuencias sancionatorias pueden aplicarse concomitantemente, al menos cuando así lo preceptúan las respectivas normas.

Ese principio del **ne bis in idem** tiene prácticamente más carácter procesal que penal. Estaba (y está aún) consagrado en el artículo 115 del C. de P.P., pero ha sido acogido por el artículo 9º del CP. nuevo, bajo el nombre de **principio de la "cosa juzgada"**. Su sentido primigenio y absoluto es el de que a nadie se someta dos veces a juzgamiento por el mismo hecho punible, cualquiera hubiese sido el resultado del primer juicio (condena o absolución) cualquiera que sea la denominación jurídica, legal o doctrinal, que al hecho se le dé. La mutación del **nomen iuris** de la infracción, siendo idéntica su facticidad histórica o biográfica, no da motivo alguno de excepción o restricción al citado principio normativo. De consiguiente, en los casos de delitos que en el nuevo C.P. tan sólo cambiaron de denominación, o de ésta y de ubicación sistemática, sin modificaciones en el tipo de injusto ni en el tipo de culpabilidad, no procede la anulación del juicio pendiente para abrir otro procesamiento o plenario con el nuevo nombre. Así, un sujeto procesado o enjuiciado por robo (consumado o tentado), violencia carnal, asociación para delinquir, corrupción de menores (distinta a la hipótesis del artículo 326 del viejo C.P., que fue abolida), rapto in consentido, etc., no sufre en su juzgamiento ninguna turbación, como sería, por ejemplo, alguna nulidad procesal para acomodar el sumario o el juicio a los nuevos nombres, respectivamente, de hurto, violación, concierto, actos sexuales abusivos o secuestro. Simplemente, el juez aplicará el tipo y la pena más favorables en el caso concreto. Pero el enjuicia-

miento efectuado bajo el régimen precedente, v.gr. por robo o rapto, es perfectamente válido, de suerte que su anulación comporta arbitrariedad judicial incompatible con la seguridad jurídica y violatoria del principio del juzgamiento unitario. La concordancia técnica entre la sentencia y el auto de proceder se encontrará en estos casos en el fondo o sustancia, ya que son los mismos los hechos constitutivos del cargo. Puede en la sentencia acomodarse la condenación al nuevo nombre de la figura delictiva, o dejarse con el anterior, según lo que represente el criterio de mayor benignidad. En el rapto, por ejemplo, esta nomenclatura es manifiestamente más suave y conveniente al procesado, desde los puntos de vista ético, social y político, que la de secuestro que emplea la última legislación. Esa denominación puede por tanto mantenerse, en todas las providencias de fondo del proceso, así en el caso concreto se aplique, por favorabilidad, la pena del artículo 269 del nuevo C.P., ya que en este caso el juez no está mezclando indebidamente disposiciones específicas sobre el mismo asunto, sino tomando de un código el nombre y del otro la pena. Cabe sí recordar, de paso, que la figura del rapto consentido, contenida en el artículo 350 del Código derogado, ha sido suprimida, pues el hecho se convirtió en secuestro, que es delito contra la libertad individual que no puede perpetrarse con el consentimiento del titular, cuya edad para consentir en el secuestro con fin libidinoso debe entenderse que es la de 14 años (nuevo límite de la mayoría de edad penal en estos tópicos).

Debe sentarse como regla que los cambios, de cualquier naturaleza, introducidos por la nueva codificación, no pueden dar lugar a nulidades procesales. Los enjuiciados simplemente deben ser absueltos, si el hecho perdió carácter delictivo, o dejó de ser típico, etc., o condenados de conformidad con la ley más favorable, pero en modo alguno sometidos a dilaciones procedimentales sin sentido ni respaldo legal. Las nulidades procesales son taxativas y por razón de esos cambios no se insinúa ninguna de raigambre constitucional. Un juicio válido conforme a la ley vigente en su época, no puede devenir nulo porque cambien las disposiciones sustantivas regentes del caso, así como tampoco una absolucón se puede fundar en el simple cambio del nombre legal de la infracción, o su ubicación sistemática distinta, pues ello no afecta la sustancia de la punibilidad y por ende no desconoce ninguna norma de garantía, ni principio rector alguno.

c) **Derogatorias:** El artículo 378 deroga de modo explícito el Código Penal de 1936, y, de manera implícita, "todas las disposiciones que sean contrarias al presente Decreto-ley". Armónicamente, el artículo 376 mantiene de modo expreso la vigencia de las leyes penales especiales que regían el 29 de Enero de 1981, pero sólo "en cuanto no se opongan a lo dispuesto en este Código". O sea que esta última norma contiene una derogación tácita de todas las normas penales contrarias al nuevo C.P. La determinación de tales normas es desde luego cuestión interpretativa que a veces no será fácil pre-

cisar, pero que en otras se puede señalar desde ahora sin hesitación alguna.

En este orden de ideas, no cabe duda de la total abolición de de las viejas leyes, anteriores incluso al Código derogado, que establecían una jurisdicción y un régimen punitivo *sui generis*, a cargo de los misioneros católicos, para los indígenas no-civilizados. El nuevo C.P. contiene disposiciones que se oponen a la vigencia de dichas normas, pues para tales personas consagra una especialísima medida de seguridad (que en nuestra opinión será en la práctica de imposible cumplimiento), consistente en reintegrarlos a su medio ambiente natural (artículo 96, inc. 3º), siempre y cuando preceda, en el proceso penal, la declaratoria de inimputabilidad. Como es obvio, esa declaratoria no se presentará (salvo el concurso de otras circunstancias), con respecto a los indígenas que se han integrado a la vida nacional, hablan el idioma español, participan activamente en nuestra vida comunitaria y aportan algo a su desenvolvimiento civilizatorio, etc., pues ellos comprenderán nuestros valores sociales con tanta suficiencia como un campesino, o como el miembro de un grupo subcultural.

Es claro, así mismo, que ha sido modificada la parte general del **Código de Justicia Penal Militar**, en lo atinente a aquellas instituciones que chocan de modo manifiesto con la nueva normatividad, como el delito imposible, la reincidencia, la dosimetría de la pena con base en circunstancias de mayor y menor peligrosidad, la imposición de penas privativas de la libertad mayores de 30 años en la misma sentencia, la pena de presidio, la diversa penalidad de los concursos real e ideal y de las varias formas de tentativa (pues ahora se consagra el mismo marco penal para toda clase de concursos y, respectivamente, para toda forma imperfecta de delito). En sentidos similares, deben reputarse modificadas las disposiciones especiales sobre **régimen de aduanas y de menores**. En ninguno de los campos del **derecho penal especial y complementario** pueden considerarse vigentes las instituciones derogadas por la parte general del Código Penal de 1980, tales como las citadas y como el delito aberrante, los delitos calificados por el resultado (de parcial responsabilidad objetiva), etc. Tampoco puede ya admitirse la calificación de "alta peligrosidad" en las sentencias, que autorizaba la Ley 32 de 1971 sobre redención parcial de penas por trabajo y estudio, pues en el estatuto vigente el criterio peligrosista ha sido suprimido, y no se puede mantener sino allí donde el mismo le da cabida con otros nombres, según lo que se ha expuesto. Igualmente impropio resulta seguir tratando diversamente a los reincidentes para los efectos de los subrogados penales de la condena y la libertad condicionales y de la citada redención de penas, pues la reincidencia fue abatida para todos los efectos legales y no sólo para el cómputo de la pena principal impuesta en la condena, ya que el actual Código se orienta por la punibilidad del acto y no por la del carácter, que es lo que se ha dado en llamar "culpabilismo". Ello se desprende

del mismo modo, en idéntico sentido, del imperativo legal de extender las disposiciones generales del nuevo Código a las demás leyes penales, fenómeno que no puede surtirse si se sostiene la vigencia de institutos antagónicos con ellas. Por tales motivos, también el régimen especial de **contravenciones** ha sido reformado, pues el Código regula la parte general de todos los hechos punibles y no sólo de los delitos. Es seguro que también algunas disposiciones del **régimen carcelario y penitenciario** han sido transformadas por la nueva filosofía, pues ellas tendrán ahora que adecuarse a los fines de la pena definidos en el **artículo 12** y demás preceptos concordantes.

Implica lo anterior que los jueces penales deberán aplicarse de inmediato a la tarea de reformar las condenas en los aspectos correspondientes, pues la retroactividad de las normas favorables de la novísima codificación alcanza igualmente, como de modo expreso lo dispone el **artículo 6º**, a los que ya estén condenados. Deberán, entonces, ser reducidas las penas en que se haya computado la reincidencia; otorgar las libertades condicionales que se hayan negado por la mera constancia de "alta peligrosidad" en la sentencia; convertir en prisión todas las penas de presidio; rebajar las penas en todos aquellos casos en que, de dictarse la sentencia con base en las nuevas normas, resulten las sanciones más benignas para el convicto; indultar y/o rehabilitar por la condena de "estafa", en todos los eventos en que este cargo se dedujo en concurso con el delito de "falsedad en documentos" sin carácter público (tales como los títulos valores), pues de modo expreso en el Código vigente absorbe en la falsedad privada la de títulos valores y ésta jamás concurre con la "estafa"; en este último caso, procederá una retasación de la pena, suprimiendo el aumento que la sentencia hubiese impuesto por el concurso; indultar y/o rehabilitar a todos los condenados por la "**corrupción de menores**" de que trataba el **artículo 326** del extinguido Código, y lo propio con respecto al "**rapto consentido**" del **artículo 350** ibidem, al **giro de cheques postdatados** a que se refiere el Decreto 1135 de 1970 (al que ahora, por sustracción de materia, no le queda vigente disposición alguna), al duelo, a cualquier **delito imposible**, etc.; queda también sin efecto la **relegación a colonia penal** que se haya impuesto como sanción accesoria en los supuestos de plurireincidencia y múltiple concurso material (artículos 33, inc. 2º, y 34, inc. 2º del Código anterior); necesariamente, serán reducidas a 30 años las penas que en una sola sentencia se hubiesen impuesto a un condenado con base en el Decreto 2525 de 1963, art. 1º, ahora derogado; las condenas por **delitos continuados** también habrán de revisarse, pues el **artículo 32** del viejo ordenamiento imponía un incremento forzado "de una sexta parte a la mitad", en tanto que en la punibilidad del concurso en el **artículo 26** del nuevo, el aumento puede eventualmente ser inferior, por cuanto es discrecional en toda su extensión. También los condenados por **delitos aberrantes** podrán eventualmente favorecerse, en uno de estos sentidos: si la condena contuvo responsabilidad objetiva total, procede su total

revocatoria, con secuela de indulto y rehabilitación, porque ya está absolutamente prohibida esa responsabilidad; pero si ésta fue sólo parcial, la sentencia se modificará en lo que corresponda; en cuanto a la pena, procede retasarla conforme a las nuevas y generales reglas de la culpabilidad y del concurso de hechos punibles, reduciéndose si el cómputo por el nuevo Código resulta menos gravoso. Las condenas por **delitos frustrados**, deberán acomodarse a la fórmula unificada que sobre tentativa trae el **artículo 22**. De otra parte, el **artículo 24** unifica el tratamiento de los **cómplices**, sometiéndolos a todos, necesarios y no-necesarios, a la misma pena del autor, pero "disminuída de una sexta parte a la mitad", disminución que antes no existía para los cómplices de primer grado que, ahora, pues, se verán favorecidos en forma considerable. Las **medidas de seguridad** para enfermos mentales no-permanentes bajaron en su mínimo, y para los no-enfermos mentales desaparecieron ⁽²⁹⁾.

Si los hechos a que se refieren las precedentes hipótesis no hubiesen sido cobijados por sentencia ejecutoriada, la sentencia única o definitiva se dictará por la ley derogada, por ultraactividad en favor del reo. En los supuestos contrarios, el nuevo Código recibirá aplicación retroactiva. La ultraactividad de las viejas disposiciones tendrá especial aplicación en lo relativo a todas las atenuantes suprimidas, v.gr. las relativas al móvil de honor en el infanticidio, en el aborto y en el abandono y exposición de niños; las referentes al **artículo 382** (uxoricidio por adulterio o "legítima venganza del honor"); las del delito continuado, si bajo algún respecto en un caso particular sus regulaciones resultaren más suaves que las nuevas, sustitutivas, del concurso de hechos punibles; las penalidades para los delitos políticos, generalmente más cortas en el viejo que en el nuevo régimen, etc.

d) **La pena de presidio** no aparece prevista. De consiguiente, ya jamás podrá imponerse a hechos realizados después del 29 de enero de 1981, y, por retroactividad favorable, tampoco para los anteriores. Como se sabe, con esa denominación conocía el Código anterior la pena privativa de la libertad de mayor gravedad y más larga duración. Ya no se prevén sino la prisión y el arresto. Para los ya condenados a presidio, el **artículo 377** prevé la conversión en prisión, obviamente con todas las consecuencias que de allí puedan dimanar, como el derecho a ciertos beneficios procesales, o a un subrogado penal, o al cómputo más liberal para la libertad condicional, que en adelante, y también retroactivamente, será en todos los casos de las dos terceras, según el **artículo 72**. Como la retroactividad supone, para los reos, la necesidad de dictar nueva sentencia que se

29. De consiguiente, los últimos deben ser liberados de inmediato, pues en la actualidad no serían pasibles de medida alguna.

acomode a las nuevas valoraciones y sanciones, nada impide que los efectos de la nueva "sentencia" (que en realidad será un auto interlocutorio) se suspendan condicionalmente, si se reúnen todas las exigencias.

Todas las providencias que se profieran para dar aplicación retroactiva al nuevo Código Penal, tendrán carácter interlocutorio, pero deberán ser sometidas a consulta, a menos que en ellas se adopte una decisión que sea por sí misma consultable (como el otorgamiento de un subrogado penal, la cesación extraordinaria del procedimiento, el indulto (absolución), etc.; pero esas decisiones no irán a consulta por la sola naturaleza y cuantía de la pena que en definitiva se dosifique. Naturalmente, los recursos ordinarios son procedentes y las decisiones tienen que ser notificadas en la forma ordinaria. Pero, es claro, el juez debe proceder de oficio, o a solicitud de interesado, de plano (a menos que se demande una medida que, por naturaleza, el juez no pueda adoptar, cuando es derogada, sin previo traslado al Ministerio Público).

Cosa es por demás evidente, en fin, que el nuevo C.P., en su carácter de ley posterior, deroga o modifica también las disposiciones del C. de P.P. que le sean incompatibles, tales como las que tengan en cuenta, para algún efecto, el criterio de la peligrosidad; las que dan distinto tratamiento a las penas de presidio y de prisión para su ejecución, los subrogados penales, la excarcelación y cualquier otro beneficio procesal. Toda norma legal posterior se impone sobre las anteriores, así éstas tengan naturaleza distinta, pues en parte alguna del ordenamiento jurídico se dispone que sólo las leyes penales deroguen tácitamente o reformen a las penales, las procesales a las procesales, etc. Queda siempre a salvo la especialidad, pero, como se vió, ésta no puede mantenerse para pretextar la supervivencia de instituciones abolidas por la nueva legislación penal sustantiva. Sólo de esta manera podrán armonizarse ambos estatutos de modo saludable, sin estorbar la entrada en vigor de las nuevas instituciones penales, ni perturbar la obtención, desde el principio, de sus fines político-criminales, ni fracturar la garantía de favorabilidad, mientras el nuevo Código de Procedimiento Penal, ya expedido, entra en vigencia (el 29 de Enero de 1982). Palmariamente, este nuevo ordenamiento procedimental podrá modificar y aún derogar ciertas normas del Código Penal, pues con respecto a éste será ley posterior.

Para los ya condenados, las disposiciones favorables del nuevo ordenamiento punitivo se aplican retroactivamente, modificando, por auto interlocutorio contra el que proceden los recursos ordinarios, la sentencia en lo que corresponda. Esa modificación ha de hacerse aún de oficio, por tanto sin esperar petición de interesado alguno, ni demanda fiscal, y de plano, porque en ninguno de los casos el reajuste judicial de la sentencia precisa de concepto previo del Ministerio Público.

Particular interés invisten en este punto las reformas concernientes al **régimen de la condena condicional** o condena de ejecución condicional, cuyo nuevo régimen es sensiblemente más benigno que el antiguo. A la modificación de la sentencia definitiva parecería oponerse la exigencia, contenida en ambos Códigos, de que ese subrogado se aplica al momento de dictar sentencia. Ello no obsta, sin embargo, que los condenados se beneficien de la nueva ley, pues impedirlo representará una violación flagrante de los artículos 6º del C.P. y 44 de la Ley 153 de 1897. La retroactividad es verdadera excepción al principio general de la cosa juzgada, que, por lo demás, en materia penal no ostenta la misma rigidez del derecho privado. Eso quiere decir que, por mandato constitucional y legal, las sentencias condenatorias deben ferzosamente revisarse y modificarse en todo aquello que según la nueva ley penal resulte para el reo en cada caso más beneficioso. Procede, en lo pertinente, dictar nueva sentencia; o mejor dicho, reajustar la sentencia ya dictada, como si se estuviera profiriendo bajo la nueva ley, convertirla en lo que hubiera sido de haber estado vigente la nueva ley al momento en que fue pronunciada esa sentencia. Sólo de esta manera puede la ley favorable posterior introducirse en los fallos condenatorios ejecutoriados. La condena condicional que así se otorgue, debe someterse, desde luego, al grado jurisdiccional de la consulta que, según la ley procesal vigente, corresponde a dicho subrogado.

Valga anotar, finalmente, que las **leyes sobre responsabilidad civil**, aunque estén contenidas en el Código Penal o de Procedimiento Penal, no son leyes penales, y por tanto nunca son retroactivas, es decir, ni aún cuando determinan un régimen más benigno. Como su vigencia mira siempre exclusivamente hacia el futuro, el juez las aplicará con la sola condición de que rijan al momento del fallo, ya que su irretroactividad absoluta comporta la significación de que se aplican de inmediato (desde su vigencia hasta su derogatoria, tajantemente). De consiguiente, las disposiciones del nuevo C.P. sobre la responsabilidad civil y la condena en concreto, deben aplicarse a los procesos en curso y a los que luego se inicien, sin tomar en cuenta la fecha de comisión del delito.