

Tribunal Superior de Medellín

EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA PROCESAL

El grado jurisdiccional de consulta que consagraba el derogado decreto 3664 de 1986 en sus arts. 4° y 5° debe surtir a pesar de la declaratoria de inexecutable de dicha regulación, no solo porque opera el principio constitucional de la preexistencia de la ley procesal penal, sino porque en el caso concreto por tratarse de una sentencia condenatoria, es ley más favorable. Situación bien distinta se presentaría, si se tratara de un sobreseimiento definitivo o de una sentencia absolutoria, caso en el cual la ley más favorable sería el derogado Código de Procedimiento Penal.

El Tribunal revoca una condena por porte ilegal de armas, proferida por la justicia penal militar, en virtud de que no se configuraba la antijuridicidad material de la conducta imputada.

Magistrado ponente: Dr. MARIO SALAZAR MARÍN
Julio 1° de 1987

COMENTARIO: Dr. FERNANDO VELÁSQUEZ V.

VISTOS:

El Comando de la Cuarta Brigada, con sede en Medellín, mediante sentencia del 18 de febrero último condenó a un año de prisión a C. E. M. P. por haber violado el art. 1° del decreto 3664 de diciembre 17 de 1986, a quien impuso además la interdicción de derechos y funciones públicas y la suspensión de la patria potestad por igual término, como penas accesorias.

Esa sentencia, en obediencia a lo dispuesto en los arts. 4° y 5° del citado decreto, fue sometida a consulta ante el Tribunal Superior Militar, entidad que el 12 de marzo de 1987, fecha en que la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable tales normas, había ordenado la sustanciación previa de la consulta. En consecuencia, los jueces castrenses perdie-

ron la competencia para juzgar las conductas de los particulares sobre armas y de ahí la remisión del proceso a la justicia ordinaria.

El Tribunal dispuso por consiguiente el trámite propio de la consulta, en cuyo decurso el señor fiscal 7° de la corporación estima que la Sala debe pronunciarse por virtud del art. 8° del decreto 565 de marzo 26 de 1987, norma que únicamente dispone que los procesos en curso por armas pasen a los jueces del circuito en lo penal. Pero el ministerio público no toca lo atinente al principio rector del debido proceso, ni el fenómeno del tránsito de leyes frente a él.

PLANTEAMIENTO PREVIO:

Existe en este momento una controversia en la jurisprudencia sobre el tránsito de leyes

procesales, en la cual sobresalen dos conclusiones:

Una es que las normas referidas a la competencia y a la ritualidad de los procesos se aplican desde el momento en que entran a regir tanto a los procesos nuevos como a los que venían en curso, criterio que se ha sostenido con fundamento en el art. 40 de la ley 153 de 1887 y 6° del Código Procesal Penal de 1971. Sin embargo se respetan los derechos que había adquirido el procesado frente a la ley procesal anterior.

Y la otra, con esta base, es que todos los trámites posteriores se ciñen a la nueva ley, sin detenerse a pensar que con esta simple idea se pueden desconocer garantías que existían en la ley procesal vigente en el momento de la comisión del hecho.

El principio de legalidad no solo está referido a la ley sustancial, puesto que el derecho penal es concepto que comprende los dos frentes. La Corte Suprema ha dicho esto en varias decisiones importantes, entre las cuales se destaca la de marzo 15 de 1961, con ponencia del dr. GUSTAVO RENDÓN GAVIRIA, donde se lee, v. gr.:

“Lo que la carta establece en cuanto a la ley preexistente, en materia criminal, comprende *por igual* los preceptos sustantivos y los procedimientos, dejando a salvo, eso sí, el canon fundamental de la retro-actividad, cuando la ley posterior es más favorable al imputado de la comisión de un delito. Sería contrario a la Constitución Nacional (art. 26) imponer a un procesado un régimen de excepción en materia de procedimiento, limitado y estrecho en cuanto a recursos y medios de defensa, *si cuando ese acusado delinquirá* regía un sistema, una institución de procedimiento criminal más favorable en lo tocante al derecho inalienable de defensa. El *juicio previo debe descansar* en la ley anterior al hecho del procesado, y la aplicación de una ley posterior a ese evento *está condicionada* a su carácter permisivo o favorable para el acusado...” (*Gaceta Judicial*, núm. 2238, t. XCV, marzo de 1961, págs. 173 y ss.).

Es verdad que algunos tratadistas sostienen que las normas procesales son de orden público, y de ahí se explica por qué nuestra ley disponga su aplicabilidad inmediata en materia de ritos y juez competente a través de normas (arts. 40, ley 153-87, 6°, dto. 409-71 y 5°, dto. 050-87) cuya constitucionalidad algunos han discutido, porque la Carta, respetando en su integridad el principio de *legalidad del delito* y del *proceso*, dispone perentoriamente que el juzgamiento debe ser conforme “a las leyes preexistentes”, comprensivas obviamente de lo sustancial y lo procesal.

Pero “aun frente a ese supuesto —continúa el citado fallo de la Corte— que interpretaría con arbitrarias restricciones la primera parte del artículo 26 de que se trata, la segunda parte del mismo texto (el referente a la ley permisiva), hace imperativo en lo sustantivo y en lo procesal, en caso de tránsito de legislaciones, aplicar la ley más favorable”.

En otros términos: si por razones de política criminal, de orden público, de defensa social, o como se quiera decir, se tomara en cuenta la tesis extrema de que la ley procesal es retroactiva (se aplica también a los casos que venían en curso), contrariando la naturaleza pura y propia del principio de legalidad, la excepción referida a la aplicación de la ley más favorable sí es insoslayable.

Es que sobre la materia se puede afirmar que hay tres tesis:

La de la defensa social o positivista, que en Colombia la adopta BERNARDO GAITÁN MAHECHA, quien para sustentarla repite algo que dijo alguna vez la Corte (sentencia de junio 12 de 1945 en “G. J.”, núms. 2019 a 2021, págs. 26 y ss.):

“Acerca de la irretroactividad de la ley en materia criminal no rigen los mismos principios en lo referente a los delitos y a las penas y en lo que concierne al procedimiento para reprimirlos. Respecto de lo primero (delitos y sanciones), las normas penales solo operan para el futuro y no tienen efecto retroactivo, a menos que beneficien la situación jurídica del procesado. En cambio, las leyes de proce-

dimiento son retroactivas y de aplicación inmediata, aun a los negocios iniciados con anterioridad a su vigencia, si la misma ley nada establece sobre el particular. Esto, porque tales leyes de procedimiento son de un elevadísimo interés público, ya que ponen en práctica el ejercicio de la acción penal y hacen realizable, junto con la ley sustantiva, la defensa de la sociedad contra los delinquentes, mediante la organización de las jurisdicciones, las formas procesales y la garantía de los derechos y prerrogativas de las personas que intervienen en el asunto, de tal modo que la represión se haga ajustada a la verdad histórica o material de los hechos punibles y al criterio de equidad. En este sentido, el procesado asume la calidad de sujeto pasivo de la acción penal y él no puede, por lo mismo, invocar derechos adquiridos en contra de la sociedad y la justicia, ni quejarse de que esta sea administrada por medio de mejores e innovados sistemas de procedimiento, sencillamente porque con ello se busca el bienestar común, pero asegurando también el adecuado juzgamiento del culpable, que es cuestión de interés público" (*Esquema de derecho procesal penal colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1958, págs. 61 y 62 y DOMINGO SARASTY, *Jurisprudencia de la Corte Suprema*, t. IV, Bogotá, Edit. Horizontes, 1971; pág. 178).

Según este punto de vista el procesado C. E. M. no tendría derecho a que la sentencia a él impuesta fuera consultada, porque si bien ese grado de jurisdicción existía en el momento en que supuestamente cometió el hecho, fue suprimido luego con la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma que lo ordenaba.

La segunda tesis, que es la contraria, es la atinente a la puridad misma del principio de la legalidad del proceso, según el cual, valga repetir, las normas procesales que existían en el momento del hecho son las que deben regir el proceso respectivo. Con base en este principio, según el cual "Nadie podrá ser procesado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho punible que se imputa, ante juez com-

petente previamente establecido y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso" (art. 1º, dto. 050/87, Const. Nal., art. 26), sería viable la consulta, que en este caso ya se había empezado a tramitar.

Más aún. Si se entiende vigente la segunda parte del art. 40 de la ley 153 de 1887, también será procedente la consulta, por tratarse de una actuación "ya iniciada" que debe regirse "por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

Y conforme a la tercera tesis, que sin duda es intermedia y es la adoptada por la ley, se respeta el principio del debido proceso, salvo en cuanto al juez competente y en lo que concierne a la sustanciación y ritualidad del proceso, como rezan los arts. 6º del decreto 409 de 1971 y 5º del decreto 050 de 1987.

Debe quedar en claro que las normas que determinan los procedimientos no son todas adjetivas, pues las hay también sustantivas, y no están exclusivamente destinadas a señalar las ritualidades del proceso y a fijar los jueces competentes. Hay muchas de ellas que por comportar recursos, grados de jurisdicción, términos, situaciones de mayor beneficio, etc. (libertad provisional, detención parcial, caución más benigna, trámites con más garantías, v.gr.), repercuten en pro de los derechos del procesado y en tal sentido tienen un carácter más sustancial que instrumental. De suerte que si estas normas existían cuando el sujeto ejecutó la condena, deben preferirse en su aplicación, no solo en obediencia al debido proceso sino en acatamiento a la favorabilidad, dos principios rectores que se imponen por sobre toda otra consideración.

Para hacer compatible entonces el principio de la legalidad del proceso con las excepciones legales en materia de juez competente y ritualidad procesal, se estima que el nuevo juez debe aplicar las formalidades de la nueva ley, pero respetando los derechos que ya tenía el procesado, que son todos los que existían en las normas vigentes en el momento de la infracción, derechos que si se quiere pueden mirarse de cara a la ley sustancial, así estuvieren contemplados en normas de un estatuto

"procesal". Esta sería una salida de compromiso en busca de la coherencia entre los intereses generales (orden institucional en los trámites de todos los procesos) y los intereses del justiciable previamente establecidos.

Ahora bien. Como el decreto 3664 de 1986 fue declarado contrario a la Constitución Nacional, algún sector de la jurisprudencia ha sostenido que en tal caso la ley inexecutable solo puede aplicarse a las situaciones que se hubiesen consolidado durante su vigencia, si para el procesado es más favorable, pero no a los demás eventos.

Pero como la regla general absoluta debería ser la ley procesal previa y no la posterior con efectos retroactivos, mientras la excepción sería la favorabilidad, lo cierto es que podría aplicarse —por mandato legal— la mera ritualidad de la norma posterior, pero respetando las garantías que contemplaba la ley anulada, sin acudir a la curiosa y heterodoxa distinción entre derechos adquiridos y en vía de consolidación. Pues cómo saber cuándo se trata de algo ya establecido, o en vía de lograrse, ante normas que simplemente consagraban una institución de mayor ventaja para el procesado? La diferencia no puede ser más veleidosa y hasta caprichosa.

Tiene toda la razón la Corte cuando en providencia del 11 de noviembre de 1986, con ponencia del magistrado GUSTAVO GÓMEZ VELÁSQUEZ, expuso:

"...debe decirse que este estatuto sobre captura, detención preventiva, excarcelación, etc. (se refiere al 1853/85), traduce, en estos aspectos, una legislación más benigna que su antecedente, la ley 2ª de 1984; de ahí su inmediata vigencia, la cual debe perdurar en los casos que recibieron o debieron recibir su benigno influjo, por encima de reformas posteriores que vuelvan al mismo o más riguroso tratamiento del acordado por la citada ley 2ª. Y la conclusión es la misma así se haya declarado inexecutable el mencionado decreto 1853. Esto porque la Constitución Nacional no distingue para imponer el dictado de la ley más favorable..." (*Jurisprudencia penal*

1986, compilación de J. HÉCTOR JIMÉNEZ RODRÍGUEZ, pág. 21).

El argumento de la aclaración de voto del magistrado GUILLERMO DUQUE RUIZ, según el cual no se puede pretender que una ley, retirada expresamente de la vida jurídica por ser contraria a la Constitución, siga teniendo efectos después de su retiro, so pena de permitir que siga siendo contraria a la Carta, con claro desconocimiento del fallo de inexecutable, resulta contradictorio por el razonamiento siguiente conforme al cual es "clara y pacífica la doctrina... cuando sostiene que el fallo de inexecutable no tiene efectos retroactivos, sino hacia el futuro" (idem, pág. 25).

Es verdad. La sentencia surte efectos para el futuro, pero únicamente para las conductas realizadas a partir de allí, nunca para las infracciones cometidas durante la vigencia de la ley declarada inconstitucional, pues sus efectos ultraactivos tienen que ser respetados por los principios del debido proceso y de favorabilidad. En efecto, el fallo no retroactúa para estos casos por el principio inquebrantable de la legalidad, que es el principal sostén de un Estado de derecho liberal y democrático.

Es cierto que no se puede prorrogar la vigencia de una norma declarada inexecutable, pero por prórroga se entiende el ejercicio de su influjo frente a nuevos hechos, en tanto los anteriores tenían ya las reglas del juego establecidas (ibidem, pág. 25).

LUIS ENRIQUE ALDANA ROZO hace notar que la ley penal intermedia cuando favorece al justiciable habrá de aplicarse aun después de su declaratoria de inexecutable (Rev. "*Derecho Penal y Criminología*", núm. 7, Bogotá, 1977, pág. 14). Y JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, con indubitable lógica jurídica, apunta —en sentido contrario a lo expuesto en proveído de la Corte de mayo 3/79, mag. p. JOSÉ MARÍA VELASCO GUERRERO, conforme a lo cual una norma declarada inexecutable "es como si nunca hubiera existido"— que un fallo de inconstitucionalidad no ha de ser retroactivo, ni "tiene por qué obstaculizar la aplicación ultraactiva

de la ley por el *favor rei*”, puesto que no puede tener efectos más profundos que los de una norma derogada (“Estudios de Derecho”, U. de A., núm. 99, marzo de 1981).

Así, entonces, instituciones como la libertad provisional, consulta, subrogados y en general trámites con mayores garantías, preexistentes pero suprimidos o reformados en lo peor, seguirán aplicándose para esos eventos pendientes. La excarcelación, por ejemplo, nunca será situación consolidada en un proceso como institución que siempre será transitoria, pero que no se podrá desconocer mientras la actuación esté en curso y pervivan las exigencias que la hagan viable; la doble instancia no ha de mirarse exclusivamente de cara a la apelación sino también ante la consulta; y en fin, el principio de la legalidad del proceso presupone el órgano jurisdiccional y el trámite procesal, con la única excepción de la favorabilidad, que hace que la ley instrumental ejerza su influencia más allá de su vigencia (ultraactividad para casos ocurridos bajo su imperio) o frente a casos ya sucedidos en el momento de entrar a regir (retroactividad).

Este enfoque lejos está de ser novedoso. Criterios análogos aparecen expuestos por la Corte en julio 17 de 1915, septiembre 14 y octubre 29 de 1945, septiembre 29 de 1950 y julio 7 de 1961, con reiteración posterior (cfr. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, Sala Penal, ts. III y IV, compilación de DOMINGO SARASTY MONTENEGRO, Bogotá, Ed. Horizontes, 1971, págs. en su orden, 224, 226, 227, 176, 177, 178 y 186).

También la doctrina entiende el principio de legalidad previa tanto en el sentido sustantivo como en el adjetivo (Cfr. JUAN FRANCISCO LINARES: *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires, Ed. Jurídica Argentina, 1943, págs. 12 y 13).

Un Estado de derecho no puede imponerles y desconocerles al mismo tiempo a sus súbditos la ley previa escrita, porque con ello incurriría en grave contradicción filosófica y

política y estaría escogiendo la vía de la arbitrariedad y el capricho.

Se ha dicho que la orden legal de aplicar inmediatamente las normas que regulan el procedimiento no puede ser desconocida so pretexto de la favorabilidad, con el argumento atrayente de que el juez *apriorísticamente* no puede saber si la decisión por consulta vaya a favorecer o a hacer más perjudicial la situación del procesado. Pues bien:

Con algunas excepciones (la supresión de un hecho como infracción penal es una de ellas) la favorabilidad no es principio aplicable a priori. Generalmente el juez debe examinar primero el caso concreto frente al fenómeno del tránsito legislativo con miras a saber cuál es el ordenamiento aplicable por su mayor benignidad. En el evento de las armas es bien fácil distinguir: si la providencia que se consulta es un sobreseimiento definitivo o una absolución, la nueva ley —que suprime la consulta— es sin duda la más favorable, en cuyo caso el juez *ad quem* debe abstenerse de conocer. Si en cambio el proveído consultado es, v.g., una sentencia condenatoria, el funcionario de segunda instancia debe conocer, si después de examinar las leyes concluye que la última comporta mayor benignidad en el caso concreto. Si bien la consulta es garantía procesal *erga omnes*, que supone un juicio *a priori*, su consideración ante la favorabilidad impone el juicio *a posteriori*.

El planteamiento conforme al cual el porte de arma de fuego de defensa personal, sancionado con pena máxima de cuatro años de prisión, ha sido sustraído de la consulta por el resurgimiento para el caso del art. 1° de la ley 17 de 1975, que dispone tal grado de jurisdicción solo para conductas con pena restrictiva de la libertad que exceda de cinco años, no puede tener validez para los casos que ocurrieron bajo la vigencia del citado decreto 3664 de diciembre 17 de 1986.

Como al procesado de autos C. E. M. se le atribuye el decomiso de un trabuco en mal estado, según procedimiento realizado por el cabo 2° de la policía G. A. A. G. a las once

de la noche del 31 de diciembre del mismo año de 1986, en un bar instalado en la calle 107 por la carrera 42-B de esta ciudad, es obvio que por virtud del criterio de la Sala procede la consulta, que se pasa a despachar con base en las siguientes consideraciones:

El único testigo que lo acusa es el mismo cabo A. G. que hizo el decomiso, quien afirma que C. E. arrojó el “arma” entre una bolsa, debajo de la mesa donde se encontraba solo tomándose una cerveza. El procesado admite haber visto lo que la policía recogió, pero niega que él haya sido el autor del porte. Y el señor fiscal del Tribunal estima, con tino indudable, que la prueba es francamente deficiente para condenar.

Es que en caso de que el testigo esté actuando de buena fe, no puede descartarse que se haya equivocado en cuanto al sujeto que arrojó el arma, como expresó la defensa, pues el inculcado ha expuesto —sin prueba en contrario— que allí había unas seis personas y a nadie más —ni siquiera al cantinero— se escuchó en el proceso. De manera que por el aspecto de la insuficiencia de la prueba cabe la revocatoria de la sentencia del juez castrense.

Pero lo que más persuade en orden a la absolución es la naturaleza del instrumento incautado, pues no merece el nombre de *arma de fuego*, que supone la idoneidad de su funcionamiento como tal. El dictamen del sargento mayor G. A. M. nombrado para ello, es bien elocuente: “se encuentra en mal esta-

do de funcionamiento, ... el mecanismo del mismo está en mal estado, ya que no ajusta ni cierra, ... dado el caso puede servir como defensa personal siempre y cuando esté bueno, pero como está malo *no sirve para nada*” (fl. 11).

De suerte que si C. E. supuestamente hubiera llevado consigo ese trabuco, tal vez por ser “inhábil” y “porque ha sido víctima constantemente de los atracadores y maleantes”, según expresión de su señora madre y sus vecinos (fl. 21), dado el sector peligroso donde vive, la antijuridicidad de su comportamiento no desputa siquiera con el perfil de lo potencial. Un instrumento que no es intrínsecamente arma, constituye un medio completamente inidóneo y su porte a lo sumo será una conducta inocua, alejada de toda dañosidad, pues no alcanza siquiera lo injusto potencial.

En vista, pues, de que la antijuridicidad es la esencia del delito y no se da en el caso examinado, se procederá a la revocatoria de la sentencia.

Por consiguiente, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala de Decisión Penal, de acuerdo con la previa opinión fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, *revoca* la sentencia de febrero 18 de 1987, por cuyo medio la Cuarta Brigada del Ejército Nacional condena en primera instancia a C. E. M. P. de quien *ordena su libertad inmediata e incondicional*, pues se le *absuelve*.

COMENTARIO

Dos son los problemas que la providencia en comentario aborda con propiedad: De un lado, el *principio de favorabilidad* en materia de tránsito de leyes procesales penales en el tiempo y, del otro, la *ausencia de antijuridicidad cuando no alcanza a configurarse lesión real o potencial para el bien jurídico*.

En cuanto al primer aspecto, y luego de precisar que el principio de legalidad no solo tiene alcances sustantivos sino procesales (aunque olvida la ejecución penal), el Tribunal afirma que al declararse inexecutable el decreto 3664/86 y entrar a regir de nuevo la ley procesal ordinaria (en este caso el derogado decreto 409 de 1971 o ley 2ª de 1982), dicha normatividad debe continuarse aplicando ultraactivamente para cobijar hechos sucedidos

durante su vigencia en virtud del principio de preexistencia de la ley procesal penal, y por ende de la favorabilidad, en materia del grado jurisdiccional de consulta.

En lo atinente al ámbito de validez temporal de la ley procesal penal, es bueno recordarlo, impera el *postulado general* de que la ley rige desde que se promulga debidamente hasta que es derogada o se extingue (*tempus regit actum*); como consecuencia de ello la ley procesal solo gobierna los hechos sucedidos durante su vigencia, sin que pueda aplicarse a hechos acaecidos con anterioridad o con posterioridad a la misma. De ello se infieren, entonces, dos consecuencias: la irretroactividad de la ley procesal nueva (prohibición de la aplicación retroactiva), y la no ultraactividad de la ley procesal derogada¹.

Que la preexistencia de la ley procesal penal impera entre nosotros, se desprende sin lugar a dudas del art. 26-1 de la Constitución Nacional: "*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute*, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio"; y lo repetía el art. 1° del derogado C. de P. P., vigente a la época en que se sucedieron los hechos, y lo establece el art. 1° del decreto 50 de 1987, vigente desde el 1° de julio fecha en la cual se profirió la providencia: "*Nadie podrá ser procesado sino conforme a las leyes preexistentes al hecho punible que se impute*, ante juez competente previamente establecido y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso".

Concretándonos al caso juzgado, tenemos: el día 12 de marzo terminó la vigencia del decreto 3664, que había sido expedido el 17 de diciembre de 1986 y consagraba la consulta en sus arts. 4° y 5°; entre el 13 de marzo y el 30 de junio de 1987 rigió el decreto 409/71 modificado por la ley 17/75, reimplantado por la ley 2/82, que no consagraba la consulta para un evento como el que se examina (art. 195); y, el 1° de julio entró a imperar el decreto 50 de 1987 (fecha del fallo), que tampoco consagra la consulta en evento semejante (art. 210).

Hay, pues, un tránsito de tres leyes procesales penales en el tiempo, durante el cual se ritúa el proceso a raíz de hechos acaecidos bajo la vigencia de la primera de ellas. Ahora bien: si razonamos acorde con el principio general tendríamos que el decreto 3664, no podía ser aplicado el 1° de julio, pues ya no estaba vigente; sin embargo, en virtud del principio de la preexistencia de la ley esa era la normatividad que se debía aplicar el día de la decisión, pues mal se podría invocar una ley no preexistente. Además, como la vieja ley (el decreto 3664) es más favorable se debía aplicar de manera ultraactiva, puesto que ella consagraba el grado jurisdiccional de consulta que, no debe olvidarse, ya había empezado a surtirse.

Hasta aquí no habría ninguna dificultad, y el Tribunal lo único que ha hecho es invocar normas de raigambre constitucional y legal que recogen las doctrinas vigentes en este campo. Bastaría con invocar las normas ya transcritas, agregando el art. 26-2 de la Constitución: "En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable", cuyo tenor literal recoge el art. 1 del actual C. de P. P.

Pero así a la larga no tuviera mucha incidencia para resolver el caso concreto, el Tribunal discurre sobre un punto que ha sido objeto de honda controversia entre nosotros, y toma partido. Nos referimos a las dificultades que suscita la consagración del art. 5° del C. de P. P., en cuanto establece:

La ley "que fije jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir", que es fiel reproducción del derogado C. de P. P. (art. 6°) y de la aún vigente ley 153/87 en sus arts. 40 y 43. La

primera de estas disposiciones reza: "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

La segunda norma establece: "Esta regla solo se refiere a las leyes que definen y castigan los delitos (se refiere a la preexistencia de la ley, agregamos), pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan los procedimientos, las cuales se aplicarán con arreglo al artículo 40".

¿Qué significa lo anterior? Sencillamente que los textos legales mencionados le dan un alcance restrictivo al texto constitucional que este no tiene; en otros términos, que tales disposiciones pugnan con la Carta Fundamental. Esta situación se aprecia con mayor claridad en el decreto 50/87 que, luego de establecer con toda claridad el principio de la preexistencia de la ley procesal, pareciera introducir la mencionada excepción.

Semejante conflicto legal, nos puede llevar a asumir diversas posiciones:

1°) Sostener que prima el texto constitucional sin restricciones de ninguna índole, por lo cual, en ninguna circunstancia y en ningún caso, es posible desconocer el postulado de la preexistencia de la ley procesal penal. Semejante planteamiento implica que los textos que pugnan con la Carta sean inexecutable y por ende inaplicables en cada caso concreto, pues no es posible hacer excepciones en materia de leyes atinentes a la sustanciación y ritualidad del proceso; dentro de esta misma perspectiva cabe analizar el art. 677 del nuevo C. de P. P. sobre "aplicación del procedimiento anterior".

Acorde con ello, en el caso que fue objeto de estudio por el Tribunal, son perfectamente aplicables los arts. 4° y 5° del decreto 3664.

2°) Afirmar que las leyes procesales concernientes a "la sustanciación y ritualidad de los juicios" (ley 153/87, art. 20), o bien las que "establecen los tribunales y determinan el procedimiento" (art. 43 ídem), se aplican *ipso facto* desde que entran a regir cobijando los procesos que se encuentren en marcha al momento de su expedición, con lo cual se aplicarán retroactivamente así sean más desfavorables para el reo y así se viole el principio constitucional y legal de la preexistencia de la ley.

Esta sería la *versión estricta* de tal tesis que impediría, en el caso concreto, invocar el decreto 3664 aunque con la posibilidad de hacerlo pues ya se había iniciado el trámite de la consulta al momento de declarar la inexecutable (ley 153/87, art. 43).

Sin embargo, hay una *versión limitada* que parece imponerse de manera general, de la que no está muy lejos la posición del Tribunal, según la cual deben quedar a salvo "las garantías sobre la libertad individual o derecho de defensa". Con lo cual, curiosamente, se respeta el postulado general pero se le introducen excepciones, y a su turno se da cabida a la favorabilidad (verdadera excepción a la norma general)².

Con tal variante no habrá dificultad en invocar el decreto 3664 como norma más favorable, pues aseguraría el derecho de defensa al permitir desatar la consulta.

3°) Finalmente, podría pensarse por vía meramente interpretativa que el legislador no ha querido decir que las leyes aludidas sean una excepción al postulado general, sino una

² Así HERNANDO LONDOÑO JIMENEZ, *Derecho procesal penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 11. También, aunque con inclinaciones no muy precisas hacia la versión estricta, BERNARDO GAITÁN MAHECHA, para quien "en tales casos no hay duda de que normas de la antigua ley que sean más favorables deben seguir rigiendo, respecto del proceso ya iniciado" (*Esquema de derecho procesal penal colombiano*, Bogotá, Edit. Temis, 1958, pág. 65).

¹ Cfr. GIOVANNI LEONE, *Tratado de derecho procesal penal*, t. 1, Buenos Aires, EJE, 1963, pág. 83.

reiteración del mismo. Así las cosas, cuando el art. 5° del C. de P. P. afirma que la ley “que fije jurisdicción y competencia ó determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde que entre a regir”, lo que está diciendo es que se respeta el principio de preexistencia que ha sido estatuido por el art. 1° del C. de P. P. (Const. Nal., art. 26) y que la nueva ley se aplica a los casos que se realicen durante su vigencia (Principio general de la irretroactividad de la ley procesal penal); similar interpretación cabría con los arts. 40 y 43 de la ley 153/87. No habría, entonces, contradicción alguna entre los textos legales y los resultados serían los mismos que se derivan de la aplicación de la primera tesis³.

La posición que el Tribunal califica como “intermedia” por ser la “adoptada por la ley”, no parece plenamente coherente, pues, como se ha demostrado, no hay armonía entre el texto constitucional y el legal, con lo cual la tesis a adoptar era la primera máxime si se apoya en la decisión del magistrado RENDÓN GAVIRIA que transcribe la cual, como ninguna otra, clarificó el punto tomando partido por la tesis inicial⁴.

Pero si son discutibles los planteamientos encaminados a introducir las aludidas excepciones, más cuestionable es agregarles a las mismas los eventos atinentes al “juez competente”. A poco que examinemos los textos legales verificamos que solo el art. 43 de la citada ley 153 habla de las “leyes que establecen los tribunales”, y que el art. 1° del decreto 50/87 (ley posterior y que, todo lo indica así, derogó tal disposición en este punto por ser “contraria”: art. 678) vigente a la fecha de expedición de la providencia habla perentoriamente de “...juez competente previamente establecido...”, al consagrar el principio rector del debido proceso.

De todas maneras, así discrepemos de algunos planteos contenidos en la providencia, esta decisión del Tribunal Superior de Medellín tiene una señalada importancia porque hasta ahora se venía desconociendo, no solo por esta corporación sino por otros despachos judiciales y tribunales del país —nos atrevemos a decir que por todos—, algo de tanta trascendencia como el postulado del *favor rei*, en buena hora reivindicado cuando de tramitar procesos como el aludido se trate. Gracias a ello, pues, los casos de consulta de sentencias dictadas bajo el régimen de excepción en materia de armas, deben desatarse para poner fin a numerosas arbitrariedades cometidas, todo porque se sustrajo a los ciudadanos de su juez legal, de su juez natural condenándolos, como en el presente caso, a espaldas de los principios que inspiran nuestro derecho penal.

Es tan atinada la decisión que, como señalamos en un comienzo, se ha dado aplicación al principio de *lesividad* (C. P., art. 4°) para revocar una sentencia injusta que condenaba a un humilde ciudadano por portar un instrumento que ni siquiera merece el nombre de “arma de fuego” porque, como lo planteó con acierto el perito militar que no fue escuchado por el tribunal sentenciador de primera instancia (Comando de la IV Brigada), “no sirve para nada”⁵.

³ Así lo hemos sugerido en “Consideraciones sobre los Principios Rectores del nuevo Código Procesal Penal” en *Comentarios al nuevo Código de Procedimiento Penal*, Medellín, Señal Editora, 1987, pág. 21.

⁴ Cfr. *Gaceta Judicial*, núm. 2238, decisión de marzo 15 de 1961, pág. 163 y ss.

⁵ Con anterioridad a esta decisión tuvimos oportunidad de plantear que en situaciones como la que decidió el Tribunal se incurre en transgresión de las “normas rectoras de la ley penal colombiana”: “En tales casos por imperio del principio de *lesividad* o del bien jurídico, contemplado de manera expresa en el artículo 4° del Código

De destacar también la toma de posición que hace el H. Tribunal en frente al problema de la aplicación más favorable de la ley declarada inexecutable, cuestionando con rigor lógico una reciente “aclaración de voto” a una decisión sobre el punto, emanada de nuestro más alto tribunal de justicia.

Detrás de esta decisión, pues, yace todo un ideario político-liberal encaminado a defender sin ambages postulados como el del juez natural, el debido proceso legal, y el de lesividad.

Que esta decisión sirva de ejemplo para toda nuestra judicatura llamada por su sacerdocio, no a maltratar al hombre, sino a rescatarlo de las oscuras garras del olvido, y de la arbitrariedad desquiciadora de los postulados que se supone inspiran una sociedad civilizada. Mucho ganaríamos si nuestros jueces antes que convertirse en las “bocas de la ley”, según la conocida expresión de MONTESQUIEU, tomaran consciencia de su compromiso histórico e imitaran ejemplos como el que hoy ofrecemos a nuestros lectores.

Penal, se impone la absolución por ausencia de conducta antijurídica; solo una adecuada valoración de los hechos puede impedir condenas absurdas y arbitrarias”. Véase FERNANDO VELÁSQUEZ y otros (*Regulación sobre armas y estupefacientes*, Medellín, Colegas, 1987, pág. 85).