

Juzgado Tercero Superior de Medellín

DESCONOCIMIENTO DE LA COSA JUZGADA CUANDO HA PRESCRITO LA ACCIÓN PENAL. CESACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Tradicionalmente se ha justificado la institución de la cosa juzgada penal acudiendo a criterios como la seguridad jurídica, la estabilidad del ordenamiento, la certeza en la regulación de las relaciones jurídicas y la utilidad social; pero también es cierto que ninguna autoridad puede desconocer un derecho adquirido como es el instituto de la prescripción de la acción penal. La sentencia que así lo haga estará viciada de inexistencia*

Doctor LAUREANO COLMENARES CAMARGO
Abril 23 de 1985.

COMENTARIO: Dr. HERNANDO LONDOÑO JIMÉNEZ

I) VISTOS:

No obstante haberse producido los fallos de primera y segunda instancia por los que se condenó a A. M. A. por el hecho punible de *homicidio en su forma tentativa a cuatro años de prisión* y a las accesorias de ley correspondientes, se corrió traslado del proceso, de manera oficiosa, al señor fiscal tercero superior para concepto por prescripción de la acción penal.

Descorrido el traslado, el señor agente del ministerio público se muestra partidario de que se declare extinguida la acción penal por la causal señalada y, no obstante el reconocimiento de la existencia de la sentencia de segundo grado, en atención a que "...en forma alguna ninguna autoridad puede desconocer un derecho que ya adquirió un procesado, y que le es ampliamente favorable como lo es el de prescripción".

II) ACTUACIÓN PROCESAL:

La investigación se inició por el Juzgado 29 Penal Municipal de Medellín, tendente a la averiguación del hecho consistente en el lesionamiento con arma blanca

* Intitulación y notas a cargo de Jorge Enrique Vallejo J.

(peinilla) causado a L. E. A. por R. A., instigado y determinado por A. M. A. A., y cometido en la noche del 10 de diciembre del año 77.

Los dos acusados fueron aprehendidos, indagados y resuelta su situación jurídica, mediante auto de detención sin beneficio excarcelatorio.

Clausurada la investigación se profirió llamamiento a juicio por este juzgado, según auto del 15 de junio de 1979. La providencia fue recurrida en apelación y el H. Tribunal Superior de Medellín, en auto del 6 de septiembre del mismo año la confirmó, calificándose el hecho punible de homicidio intencional o de propósito, en su modalidad de tentativa (C. P., arts. 362 y 16 de 1936), y sin más circunstancias específicas de agravación o atenuación punitivas.

El auto de proceder causó ejecutoria el 14 de septiembre de 1979, o sea luego de surtirse en el Tribunal las notificaciones personales al señor fiscal de la corporación, a los dos sindicados-detenidos, y por estados a los defensores.

En el trámite de la causa tras su ritualidad en legal forma se intentó la celebración de la audiencia pública, pero la misma no pudo llevarse a cabo, por lo que, en su momento, hubo de excarcelarse a los procesados, acorde a los alcances del art. 4° de la ley 22 de 1980, según auto del 10 de noviembre del mismo año.

Más tarde, por auto del 10 de noviembre de 1983 se declaró extinguida la acción penal para R. de J. A y por muerte de este procesado.

Luego, habiéndose celebrado la audiencia pública para el cosindicado A. M. A. A., acorde con la veredicción se profirió la sentencia de primera instancia el 25 de mayo de 1984, y al consultarse la decisión condenatoria por la que se impuso cuatro años de prisión, el resarcimiento de daños y perjuicios causados con el delito y la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la principal, emitió su concepto el señor fiscal del Tribunal Superior el 10 de diciembre del mismo año, demandando la confirmación. Y por la Sala de Decisión Penal de la corporación, se confirmó mediante sentencia del 20 de febrero de este año.

En este fallo, en la motivación, se consideró perfectamente admisible el veredicto del jurado de conciencia, debiendo por tanto respetarse y acorde con el mismo, dado que guardaba armonía con el cuestionario y este a su turno con el auto de proceder, proferirse la sentencia de culpabilidad. Igualmente, en torno a la sanción, la providencia puntualizó:

"El señor juez del conocimiento impuso a A. M. A. la pena principal y privativa de la libertad de *cuatro años de prisión* que resulta del cómputo de los arts. 362 y 16 del Código Penal anterior, aplicable en este caso por ser más favorable a los intereses del acusado y vigente al momento de los hechos. El *a quo* anduvo por los mínimos, teniendo en cuenta la buena conducta anterior, su embriaguez y la personalidad del agente, dosificación que se considera justa. Las demás resoluciones del fallo, cuales son la interdicción en el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal y la condenación al pago de los perjuicios causados con la infracción, resultan de aceptación.

"M. A. no tiene derecho al subrogado de condena de ejecución condicional (el factor tiempo se lo impide) y aún le falta tiempo para una posible libertad condicional; así que debe terminar de purgar la pena, pues la libertad provisional cesará una vez quede ejecutoriada esta sentencia. El señor juez de primera instancia, a quien compete la ejecución de la sentencia (C. de P. P., art. 665), dictará la correspondiente orden de captura".

Además, en dicha providencia se incurrió en una petición de principio, como que se volvió a confirmar la extinción de la acción penal por muerte del procesado R. de J. A. El auto que así lo había declarado fue confirmado, primeramente, en mayo 11 del 84.

En cambio, la sentencia del H. Tribunal no contiene ninguna motivación relativa a la causal extintiva de la acción penal por prescripción, y no obstante que desde el 29 de enero de 1981 había entrado en vigencia el nuevo Código Penal o decreto 100 de 1980, contentivo, entre otros, del instituto de la prescripción, con un alcance y unas previsiones diversas del correspondiente del Código derogado, la ley 95 de 1936. Los dos estatutos previenen que la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la respectiva disposición penal cuando se trate de pena privativa de la libertad, pero en el derogado se aumentaba a treinta años cuando la sanción sobrepasaba los veinte (20). El mínimo sí se determina en uno y otro códigos, en cinco años. Al mismo tiempo los dos estatutos establecen que la acción se interrumpe por el auto de proceder en firme, pero en tanto que, en el derogado, en su art. 107, el nuevo término prescriptivo es el equivalente al mismo que señalaba el art. 105, en el nuevo estatuto se rebaja ese lapso a la mitad. Además, este no será inferior en ningún caso a cinco años (art. 84).

Frente a esa situación legal, por el fenómeno de sucesión de dos estatutos sustantivos, el que regía a la comisión del hecho punible y el que entró en vigencia cuando aún no se había juzgado la conducta, era perentorio el examen y aplicación de la ley más favorable a los intereses del reo, tal como lo disponen el art. 26 de la Constitución Nacional, la ley 153 de 1887 y el art. 6° del decreto 100 de 1980, en presencia de la causal extintiva de la acción penal por prescripción.

III) LA COSA JUZGADA:

Nuestra ley positiva, siguiendo patrones de valor universal y como un gran avance del derecho moderno, consagra, tanto en el Código procesal penal (art. 215) como en el sustantivo (art. 9°), en este nada menos que como norma rectora, el principio de la intangibilidad de la sentencia ejecutoriada. Este su alcance en la norma del Código Penal: "Cosa juzgada. El procesado condenado o absuelto mediante sentencia ejecutoriada, proferida por el juez colombiano, no será sometido a nuevo juzgamiento por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta".

La cosa juzgada respecto de la sentencia se debe entender en un doble sentido, el formal y el sustantivo o material. Se da el primero "cuando la sentencia no pueda ya ser impugnada, porque no sea posible utilizar ningún recurso o se han pasado los términos para interponerlos...". (FLORIAN). Y por el otro aspecto, enseña el mismo autor, la cosa juzgada en sentido material "se dice de la sentencia que se ha hecho irrevocable y que impide otros procesos sobre la misma cosa (*non bis in idem*), de donde nace la *exceptio rei iudicatae*, que constituye un impedimento absoluto contra el ejercicio de la acción penal y produce efectos en cualquier estado y grado de procedimiento".

El tratadista GIUSEPPE BETTIOL, refiriéndose al instituto de la irrefragabilidad de la cosa juzgada en materia penal, da las razones para fundamentarlo lo mismo que para cuestionarlo; por los eventuales problemas que pueden surgir a raíz de sentencias injustas, con toda propiedad reflexiona y se plantea:

"A tal respecto surge un problema político muy delicado: puesto que es verdad que la sentencia es siempre obra de un hombre y puesto que es verdad que el hombre puede también equivocarse, la sentencia puede también estar equivocada, lo que —en términos jurídicos— quiere decir que la sentencia puede ser injusta. Ahora bien, si de un lado la exigencia que en un determinado momento la norma se concrete en la sentencia para resolver un conflicto de intereses y para garantizar la paz social lleva a reputar la decisión del juez intocable, inmutable, definitiva, de otro lado la posibilidad de errores judiciales connotados al juicio del hombre llevaría a negar la posibilidad que la sentencia pueda lograr las características recordadas: con la consecuencia de poder —si fuese el caso— reiniciar siempre una nueva discusión sobre los hechos y sobre las responsabilidades «provisionalmente» establecidas. Existen tendencias tanto para una solución como para otra. Se ha dicho que la regla de la intocabilidad o irrefragabilidad de la cosa juzgada solo porque se reputa inmutable es una expresión de fetichismo y de ficción, en el sentido que no corresponde a la verdad, el que *res iudicata pro veritate habetur*. Y toda ficción es insoportable, especialmente allí donde están en juego la verdad y la justicia de una sentencia que no pueden estar subordinadas a un mito insostenible cual ha devenido el de la irrefragabilidad de la cosa juzgada penal. CARNELUTTI y otros han formulado la urgente necesidad de sustraerse al nocivo mito de la cosa juzgada, al fin de dar respiro a una exigencia de vida y de libertad. Sin embargo, por otra parte, LEONE ha sostenido que «por cuanto concierne a la cosa juzgada penal, conviene observar cómo en el ámbito de la certeza del derecho se manifiesta un aspecto particular que está representado por la tendencia del proceso penal al fin del mantenimiento de la paz social (...) y colocada en este plano de autoridad de la cosa juzgada reposa sobre una solidísima base, que justifica —y en manera indudablemente más vinculante que su reconducción a la autoridad del Estado— aquellas afirmaciones según las cuales la injusticia de la sentencia irrevocable vendría compensada por la utilidad pública». (*Instituciones de derecho penal y procesal*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, S. A., págs. 273 y ss.).

El mismo autor destaca el gran dilema que surge entre la presunción de verdad y la ficción, sin que pueda resolverse de manera distinta si no es manteniendo incólume, intocable, la sentencia, a no ser la excepción para casos igualmente excepcionales a través del recurso de revisión. Y ello en aras de la seguridad jurídica, de la estabilidad del ordenamiento, de la certeza en la regulación de relaciones jurídicas, para utilidad social, y así tenga que sacrificarse la justicia: "por el bien de todos es necesario que uno (incluso inocente) tenga que morir".

El autor, sin embargo, propugna una solución de compromiso, apartándose no solo de ese principio autoritario, que también absolutista, para sugerir:

"Una exigencia democrática que tienda a la salvación del individuo en el marco de la verdad y de la justicia, postularía otra solución, mientras que también el Estado que se autodefine democrático, en un determinado momento recurre a un principio autoritario para enraizar sobre bases utilitaristas una solución que debería estar siempre inspirada por precisos criterios de verdad y de justicia sustancial. De otra forma, aunque ligado a la justicia, en una de sus estructuras fundamentales, el proceso penal se basa en una exigencia de fin, de utilidad".

Ahora bien, frente a esos enunciados doctrinarios y principalmente a las previsiones de nuestro ordenamiento legal en torno a la cuestión debatida, para el caso dado, *de entenderse como lo reconoce el concepto del colaborador fiscal que la sentencia del H. Tribunal Superior tiene existencia jurídica, no habría más remedio que estarse a ello por tratarse de una situación pasada en el principio y la autoridad de cosa juzgada.*

Pero como no lo consideramos así, pues habiéndose incurrido en el fallo de segunda instancia en diversas irregularidades ostensibles que vician la decisión, como ha de destacarse, afectándola de tal manera que debe tenerse como acto procesal inexistente, con todas las secuelas que de ello se derivan.

IV) TEORÍA DEL ACTO PROCESAL Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO COLOMBIANO

Por el mismo se entiende toda intervención de los distintos sujetos, así no tengan el carácter de parte, en desarrollo del proceso penal. O como mejor lo enseña LEONE: "Acto procesal (en estricto sentido) es el comportamiento voluntario de una persona (aun cuando no sujeto procesal), que tiene influencia sobre la constitución, sobre la modificación o sobre la extinción de la relación procesal".

Y en un sentido más amplio, explica el mismo autor que el acto procesal "es la expresión del movimiento de la relación procesal, del comportamiento de los sujetos. Puesto que estos sujetos se mueven, obran, colaboran al dinamismo procesal, surge la necesidad de regular, de limitar y empalmar tales actividades. Cada uno de los sujetos procesales (juez, sus órganos auxiliares, partes, sujetos secundarios) toma de la ley derechos, facultades, poderes, obligaciones, en relación con el proceso: es natural que para el ejercicio de tales derechos, facultades, potestades y para la observancia de tales obligaciones y deberes deba tenerse un cierto comportamiento, realizar una cierta actividad, la cual se llama actividad o acto procesal".

A su turno, la jurisprudencia colombiana y expresamente por la Corte Suprema de Justicia, acogiendo la Doctrina en todos sus alcances, entre ellos las irregularidades y vicios que se desprenden de la práctica del acto procesal defectuoso, puntualiza:

"El Código de Procedimiento Penal, entonces, recoge, reglamenta e indica la forma y los caminos como debe actuarse y realizarse la función punitiva del Estado. De esa manera, el legislador elabora unos esquemas o modelos de comportamiento a los cuales deben uniformarse todos los intervinientes en el proceso, para que obren del modo como allí se les indica, y según sus derechos, sus poderes o sus obligaciones, de ahí la clasificación que de los actos procesales ha hecho la doctrina en relación con la diversa función que el acto debe cumplir en el desarrollo del proceso penal.

"El acto procesal provisto de los requisitos prescritos en la ley —continúa LEONE— puede llamarse acto perfecto, es decir, inmune de todo vicio: como tal es plenamente productivo de efectos jurídicos. Puede establecerse por tanto, la correspondencia entre perfección y eficacia. Cuando en cambio, se abandona el campo de la perfección, de la observancia integral de las reglas de ley, de la inmunidad absoluta de los vicios, se delinea una gama progresiva de situaciones: el vicio que comienza donde cesa la perfección. Puede asumir

una relevancia mínima (que llamaremos mera irregularidad) y una relevancia máxima (que llamaremos inexistencia, la cual va más allá de la *res judicata*) entre los dos extremos se colocan aquellos vicios que dan lugar a la nulidad, la cual a su vez, como veremos se divide en nulidad absoluta y relativa" (LEONE, ob. cit., pág. 682). (Sentencia de casación del 20 de abril de 1980). (Magistrado ponente, doctor JESÚS BERNAL PINZÓN).

Al ocuparse la misma providencia de los vicios que puede engendrar la actuación irregular, acorde con el Código procesal colombiano, se refiere a las nulidades que, de manera expresa, consagran los arts. 210 y 211, de las cuales "unas pueden llegar a invalidar la totalidad del proceso, como sería el caso de ilegalidad de la personería del querellante en los asuntos en que no puede procederse de oficio, o en el caso de *incompetencia de jurisdicción* en ciertos eventos: otras, afectan apenas parcialmente la actuación cumplida en el proceso, y puede el vicio eventualmente extenderse a otras zonas de la actuación".

También examina la decisión otras hipótesis de nulidad por inobservancia de requisitos formales que la ley exige para el perfeccionamiento de los actos que prevé; como las situaciones a que aluden los arts. 155, 224, 247, 270, y 431 relativos a la sanción de invalidez cuando los actos no se sujetan a los requisitos formales; a la inexistencia del acta por carencia de fecha, lugar y nombre de las personas que han intervenido; a la invalidez de la inspección judicial cuando esta no se ha ordenado previamente en auto que indique lugar, fecha y hora de cumplimiento de la misma; a la inexistencia por la inobservancia de las normas relativas a la amonestación previa al juramento y posesión de los peritos que deban intervenir en una determinada diligencia; a la invalidez del testimonio que no se ha recibido personalmente por el juez en presencia de su secretario, y a la inexistencia de reconocimiento en fila de personas o la confesión del sindicado cuando no haya estado presente su apoderado.

Igualmente se examinan las nulidades que se desprenden de la violación de las garantías consagradas en el art. 26 de la Carta Fundamental que por ello se las denomina como "nulidades constitucionales".

Finalmente, observa la sentencia:

"Al lado de estas nulidades, generales y específicas, la ley ha previsto también como sanción de invalidez de los actos procesales, la inexistencia. El art. 214 del Código de Procedimiento Penal se refiere concretamente a la «inexistencia del acto procesal», expresando que tal fenómeno se presenta todas las veces que exigiendo la ley expresamente para la validez de un determinado acto, el lleno de ciertas formalidades, y estas no se observen, se considerará, sin más, que el acto no se ha verificado. La inexistencia del acto implica, pues, la suma imperfección que se producirá todas las veces que el acto ha sido emanado con omisión de elementos estructurales insustituibles, y por tanto, insubsanables en forma absoluta, para su validez. La inexistencia del acto procesal puede manifestarse en forma material, que sería la omisión pura del acto, su no emanación, o ya también aunque existiendo materialmente, *originar un juicio de valoración negativa como en las hipótesis en que la ley se refiere a que el acto «no tendrá valor alguno».*

"La inexistencia, lo expresa la disposición, a diferencia de la nulidad, no precisa de resolución para su reconocimiento, y desde luego, dada su extrema gravedad, no es posible subsanarla, en ninguna forma que quede subsistente el acto viciado". (Subrayas fuera de texto).

Ya antes la misma corporación, aplicando la doctrina con criterio semejante pero en torno a la *preclusión de términos* o de inobservancia de *requisitos formales invalidantes de actos procesales*, estudiado bajo la forma de la llamada caducidad, había concluido en igual forma. En sentencia de casación penal del 22 de noviembre de 1948, el eximio tribunal anotó:

“*Caducidad*.—El acto realizado extemporáneamente es inexistente por cuanto se realizó cuando ya había caducado el derecho a ejecutar por causa del vencimiento del término que condicionaba ese derecho. Esta doctrina, ya no controvertible, es la que sustenta normas como las de los arts. 178 y 202 del C. de P. P. y 597 del C. de P. C. (Tales disposiciones del procedimiento penal son las equivalentes del actual Código a los arts. 188 y 214, sobre obligatoriedad de términos en la actuación con un alcance más genérico y un tanto vago, y la inexistencia de los actos por defectos graves de forma en su creación).

“La Caducidad, continúa la sentencia —según la expresión de FLORIAN—, produce dos efectos: la preclusión o pérdida de la facultad procesal de ejercitar una actividad también procesal, y la invalidez jurídica del acto que a pesar de la pérdida de la facultad procesal se realizó”. (*Gaceta Judicial*, t. LXV, núms. 2066 y 2067, pág. 174).

De su parte, los tratadistas colombianos JAIME BERNAL CUÉLLAR y EDUARDO MONTEALEGRE, al ocuparse de los vicios que afectan la actuación procesal, distinguen con toda precisión *las nulidades* de las *inexistencias*, haciendo ver que en las segundas “el acto considerado como tal no constituye presupuesto procesal de la actuación subsiguiente; la razón por la cual el acto es inexistente, por regla general no constituye fundamento de los períodos subsiguientes, es la de que se castiga con inexistencia la violación de los principios que regulan la aducción de la prueba al proceso (legalidad, publicidad, inmediación), y no las actuaciones que afecten en su totalidad la relación jurídico-procesal”. (*Temas de derecho procesal penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, págs. 302 y 303).

Estos autores insisten y amplían el concepto en torno a las diferencias de las dos clases de vicios procesales, reconociendo las siguientes: la *inexistencia no comunica la irregularidad al resto de la actuación procesal*, salvo excepciones, en cambio *la nulidad sí, por afectar la relación jurídico-procesal*; la primera no está taxativamente enumerada, en cambio la nulidad incluso las hipótesis de las supralegales, se señalan expresamente en la ley; la *inexistencia* no requiere de pronunciamiento expreso, lo que sí exige *la nulidad*, pues la decisión jurisdiccional debe señalar la parte de la actuación que está cobijada con el vicio: *la primera no se consagra expresamente como causal de casación por tratarse de una relación de acto-prueba que al dar origen a un vicio puede alegarse a través de la causal primera cuerpo segundo del art. 580 del Código de Procedimiento por violación indirecta de la ley*, en cambio la nulidad sí lo está; *en cuanto a la culminación del proceso si el acto procesal es inexistente por regla general el proceso podrá culminar normalmente, haciendo caso omiso el juez del acto que se dice afectado*, y en cambio la nulidad impide la terminación del asunto hasta tanto no se convalide la actuación.

Sin embargo, los mismos autores al comentar las distintas disposiciones sobre inexistencia de actos procesales, no solo destacan el acto-prueba, sino también “el

acto relación, o constitutivo o de desarrollo de la relación procesal”, como pueden serlo por vía de ejemplo, las providencias judiciales. Por ello expresan:

“El art. 214 del C. de P. P. da a entender que las inexistencias están taxativamente enumeradas en el ordenamiento, porque la disposición habla de que la ley «exija expresamente» para la validez de un acto determinadas formalidades. Nos parece que una interpretación literal del texto no conviene, porque se quedarían sin sanción innumerables actos en los cuales se han violado en *forma grave los requisitos esenciales* que regulan la aducción de la prueba al proceso; por ello creemos que así expresamente la ley no exija para la validez de un determinado acto el cumplimiento de ciertos requisitos, si al allegar el medio probatorio al proceso, se han violado los principios generales de la prueba, debe tenerse como inexistente. Piénsese, por ejemplo, en versiones obtenidas bajo coacción; en ninguna parte se consagró expresamente que la validez de dicho acto estaba condicionada a la espontaneidad del declarante, pero por ello no puede dársele validez a ese medio probatorio. Al haber violado en forma grave los principios generales de la prueba, carece de toda eficacia, y por consiguiente el juez sin necesidad de declaración alguna, debe abstenerse de valorarla al proferir decisión de fondo.

“El art. 162 del C. de P. P. indica que es inexistente el acta en que falte la indicación de la fecha y el lugar donde se llevó a cabo la diligencia y la designación de las personas que intervinieron en ella. Si bien con este precepto se trata de salvaguardar la aducción de la prueba al proceso, más exactamente su autenticidad, la inexistencia puede predicarse de providencias judiciales que no llenen el «esquema formal» de que habla el art. citado”. (Obra citada, pág. 304).

Los doctrinantes, al hablar de los momentos en que las nulidades pueden alegarse, hallan como hipótesis factible el intentar el pedimento a pesar de estar en firme la sentencia “por vicio que se presenta durante el trámite de liquidación de perjuicios, donde en la mayoría de los casos deben invocarse las causales previstas en el Código de Procedimiento Civil”.

Pero también: “Cuando se viola el art. 26 de la Carta, estando ejecutoriada la sentencia, por no dar aplicación al principio de favorabilidad, no cabe nulidad de la decisión, sino revocatoria de la misma, conforme quedó explicado al tratar el tema de la ejecutoria formal y material”. (Obra citada pág. 302).

El recurso en cuestión, como solución en presencia de una nulidad supralegal en proceso con sentencia condenatoria en firme, se explica en el siguiente aparte:

“En el proceso penal se prevé expresamente la revocatoria directa de las resoluciones que atañen con la libertad de la persona. El funcionario, v. gr., puede revocar en cualquier momento el auto de detención; o la resolución de excarcelación mal concedida, o en aquellos eventos en que se ha violado las prohibiciones consagradas por el ordenamiento jurídico, etc. Es cierto que nuestro ordenamiento solo consagró expresamente esa modalidad de revocatoria directa; sin embargo, ello no es óbice para predicar la revocatoria de otra clase de decisiones. Obsérvese cómo la *ratio legis* de la revocatoria de las decisiones que tocan con la libertad es la de que con tal decisión no se causa traumatismos a etapas ya superadas, porque no constituyen su presupuesto procesal. Con auto de detención o sin él, se puede calificar el mérito del sumario; esté privada o no efectivamente de la libertad una persona,

se puede dictar en su contra sentencia condenatoria; pues bien, en el proceso penal existen otras decisiones similares, para las cuales no se ha previsto expresamente la posibilidad de revocación directa, pero al no constituir presupuesto de las actuaciones realizadas con posterioridad, debe afirmarse que también la admiten". (Obra citada, pág. 234).

Sin dejar de reconocer lo novedoso y sugestivo de la tesis de los doctrinantes colombianos, como que ella pudiera aplicarse en ciertas situaciones, sin embargo por la vía del recurso de revocación directa, dado que el mismo se consagra de manera expresa en tratándose de asuntos administrativos, como el que reglamenta el derecho de petición, su alcance en el procedimiento penal resulta muy restrictivo y limitado.

En cambio, en atención a la doctrina del acto procesal, que como se ha visto es perfectamente compatible con la orientación de nuestra ley positiva, acogida en veces en toda amplitud por la jurisprudencia de la Corte Suprema, nada impide su aplicación respecto de actos que omitan o no llenen las formalidades legales, no solo el "acto-prueba" sino también el "acto-relación", comprendiendo en ellos los contentivos de juicios de *valoración negativos* contrarios a la ley u *omisivos* por no estimación de la misma, que por su gravedad devienen en situaciones de *inexistencia*.

Y de entre las providencias judiciales, la principal de ellas, la sentencia, no podría constituir una excepción. Solo que en relación con ella la jurisprudencia colombiana se muestra un tanto recelosa, aplica criterios restrictivos y hasta contradictorios. Por ejemplo en una de las últimas sentencias sobre la inobservancia de requisitos formales del fallo penal, la H. Corte Suprema de Justicia acepta la posibilidad de la *inexistencia* de tal providencia en estas situaciones:

"Cabe anotar que esta Sala de manera reiterada ha sostenido que una sentencia es inexistente cuando se observan en ella contradicción lógica entre los mismos presupuestos jurídicos sentados en los considerandos y la conclusión a que se llega en la parte resolutive de la misma, o cuando la norma sanciona con invalidez el acto cuya realización no haya estado revestida de ciertas formalidades como, por ejemplo, la inspección judicial no decretada por auto previo como lo manda el art. 224 del Código de Procedimiento Penal; el testimonio, art. 247 *ibidem*; el dictamen pericial, art. 270 *ibidem*, ya que en los citados preceptos se dice: «...la inspección judicial *no tendrá valor alguno*...», «...se considera inexistente la peritación...», respectivamente".

Sin embargo, a renglón seguido la providencia da a entender que un fallo penal no puede devenir en inexistencia, acorde al alcance del art. 214 del C. de P. P. En efecto, anota:

"Lo anterior está predicando con meridiana claridad que la sanción de inexistencia de un acto solo procede cuando la ley exige expresamente para su validez que se llenen ciertas formalidades, como lo señala el art. 214 del mismo estatuto". (Sentencia de casación del 14 de febrero de 1984. *Excertas penales* del mismo año, pág. 225).

V) LA SENTENCIA INEXISTENTE

No vemos el por qué siguiendo la doctrina del acto procesal, que como bien se ha visto es aplicable en nuestro derecho positivo, dado que en general ha sido copiado y traspuesto de legislaciones donde ha sido consagrada previamente, la misma no puede comprender un "acto-relación" como la sentencia y las consecuencias que se derivan por graves defectos de forma, a su turno, constitutivos de vicios sustanciales, que finalmente impidan su validez. Y si no repárese en aquel aspecto de la preclusión de términos en actos procesales, que al decir del maestro FLORIAN, cuyo criterio hace suyo la Corte, deviene en la pérdida de la facultad procesal para ejercitar también la actividad procesal y la invalidez jurídica del acto relizado, a pesar de la carencia de tal facultad.

En el caso *sub judice* se advierten tres aspectos que son constitutivos de vicios invalidantes de la sentencia de segundo grado, a saber:

a) *La incompetencia de jurisdicción* porque, *no obstante que el H. Tribunal Superior tenía en principio facultad para revisar la sentencia, la perdió desde el mismo momento en que la acción prescribió*, el 14 de septiembre de 1984, luego de transcurridos cinco años de interrumpida por el auto de proceder, debidamente ejecutoriado.

A este respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sido terminante e invariable. En uno de los numerosos pronunciamientos puntualizó:

"Por consiguiente, si el derecho del *Estado*, de hacer valer su pretensión de aplicar la ley, caduca por extinción de la acción, debido al fenómeno de la prescripción, es notorio que la incompetencia de jurisdicción se traduzca en la incapacidad subjetiva y objetiva del fallador para proseguir una acción penal ya fenecida por producirse el hecho de la prescripción". (*Gaceta Judicial*. Casación penal del 14 de septiembre de 1951, t. LXX, núms. 2105-2106, págs. 543 y 544).

Y en jurisprudencia reciente, en relación con un caso semejante al que nos ocupa, el mismo alto tribunal de justicia, además de sostener invariablemente que las únicas formas de interrupción de la acción penal son las del auto de proceder debidamente ejecutoriado y la sentencia definitiva, agrega a manera de conclusión:

"Como puede apreciarse, según la interpretación tradicional de las normas sobre prescripción de la acción, cuando el Tribunal Superior de Valledupar confirmó la sentencia de primer grado, la acción penal se hallaba prescrita, careciendo dicha corporación de competencia para proferirla". (*Excertas penales*, segundo semestre 1983, pág. 183).

b) Al proferirse la sentencia de segundo grado esta dejó de observar un requisito de forma de los que previene el art. 171 del C. de P. P., para la *redacción de las sentencias, cual es el de la motivación respecto de la pena*, en su aspecto negativo por la presencia de la causal extintiva de la acción penal por prescripción. En efecto, el ordinal f, del artículo en cuestión, previene que *el fallo debe contener los fundamentos jurídicos para imponer una pena*, lo cual quiere decir que esos fundamentos deben examinarse por los distintos aspectos que le son debidos.

En el caso el H. Tribunal, muy seguramente a instancias del concepto fiscal que demandaba la confirmación de la sentencia de primer grado, inadvirtió la presencia de la *causal extintiva de la punibilidad*, como técnicamente se destaca, y por eso omitió toda motivación al respecto. A su vez, esa inobservancia formal revierte en otra de carácter sustantivo, la del art. 215 *ibídem*, que exige para la procedencia de la *sentencia condenatoria* la plena prueba de que el hecho punible se realizó y la de que el procesado es responsable del mismo. Recuérdese además que, esta disposición como aquella, son desarrollo de la norma constitucional, según la cual las decisiones serán motivadas (art. 163), por lo que su inobservancia en el aspecto que se examina, traduce grave irregularidad tanto desde el punto de vista formal como material, por cuanto el caso estaba amparado por *causal de impunidad*.

c) Siguiendo el esquema laborado en relación con las *nulidades supralegales* originadas en el auto de proceder, algunas de las caules se hacen extensivas al juicio, se destaca aquella de la inobservancia del *principio de favorabilidad* en presencia del tránsito de legislación, y por quebrantamiento del art. 26 de la Constitución Nacional. “También —observan BERNAL y MONTEALEGRE— se incurre en nulidad por no dar aplicación al principio de favorabilidad cuando hay tránsito de legislación”.

Ese principio debió de observarse en la sentencia, una vez más, frente al fenómeno prescriptivo. Pero la decisión, por inadvertencia de la causal de impunidad, omitió cualquier pronunciamiento al respecto.

El mismo principio en su aplicación ha sufrido grandes cambios por la interpretación de las normas que deben tenerse en cuenta, si como conjunto estructurado y regulador de todo un sistema penal, como presume serlo un Código, o como conjunto de disposiciones que gobiernan un *determinado instituto*.

Si lo primero, por la Honorable Corte, al estudiar el fenómeno respectivo del tránsito de legislación con la codificación de 1936, puntualizó en un fallo:

Aplicación de uno solo de los dos códigos, el de 1890 o el de 1936, “Porque es injurídico el injerto o la mezcla o combinación de ambas legislaciones en un caso determinado”. (*Gaceta Judicial*. Casación de febrero de 1941, t. L, núms. 1964, 1965, pág. 570).

En otro pronunciamiento el mismo tribunal dijo:

“La Corte ha sentado doctrina en el sentido de que «El juez puede elegir entre la ley antigua y la nueva la más favorable al acusado; pero no aplicar las dos a la vez, tomando de cada una lo que parezca más conforme con el criterio de favorabilidad»”. (*Gaceta Judicial*. Febrero 5 de 1941, t. L, núms. 1964 y 1965).

Tal enfoque sufrió una variación ostensible en auto del 28 de abril de 1944, cuando la corporación, con mejores razones, puntualizó:

“II.—Cuando se va a imponer la sanción y hay que determinar cuál de dos leyes penales —la antigua o la nueva— es más benigna o favorable al procesado, debe compararse la totalidad de la una con la totalidad de la otra. Pero en el presente caso no se trata de aplicar la ley penal como sancionadora sino cabalmente de lo contrario: de que por haber prescrito la acción penal no se aplique la pena.

“Si a pesar de lo dicho subsistiere duda sobre el particular, habría que resolverla en favor del procesado en virtud de principios consagrados en los arts. 3° del Código Penal, 5° del Código de Procedimiento Penal y 22 de la Constitución. Ha sido tal la decisión del legislador colombiano en pro de la tesis de que entre dos leyes penales se aplique siempre la más favorable al procesado, que llega hasta el extremo de pasar aún sobre la cosa juzgada a fin de que hasta los que se hallan cumpliendo condena puedan beneficiarse con la ley más benigna aunque se haya expedido con posterioridad a la sentencia condenatoria.

”III.—Una ley normativa, la ley 153 de 1887, al desarrollar tales principios en lo relativo a examen comparativo de penas, y como si no bastara la norma general que abarca toda la materia penal sobre resolución de la duda en favor del procesado, la ley 153, en su art. 45, inciso final, da otra norma que, por eso mismo, reviste carácter de especialidad en estos problemas: «Los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna»”. (*Gaceta Judicial*. Auto t. LVII, núms. 2006 a 2009, págs. 209 y ss.).

El cambio definitivo se operó en años recientes a raíz de la vigencia del nuevo Código Penal, pues aunque, en principio, un sector de la jurisprudencia insistía en escoger uno u otro Código en su integridad en aplicación del principio de la ley permisiva o favorable, quizás a instancias de doctrinantes o comentaristas, la Corte Suprema sentó el criterio acogido de manera unánime, en el sentido de que *la ley favorable es aquella contentiva del conjunto de disposiciones de una u otra codificación, reguladoras de una misma materia o un determinado instituto*. Por ello creemos no sea necesario sino invocar uno de los pronunciamientos más sobresalientes del alto tribunal, que por su claridad y alcance permite dilucidar el problema. La corporación, en relación con un caso de prescripción, en providencia del 10 de diciembre de 1981, en los siguientes apartes dijo:

“La favorabilidad de una ley penal sobre otra anterior puede depender de varios factores, entre ellos, de la eliminación del modelo legal que describía la conducta punible de la exigencia de nuevos requisitos sustanciales predicables de uno cualquiera de los elementos del tipo anterior; de la supresión de una entre varias penas acumulativas; de una atenuación punitiva de carácter cualitativo o cuantitativo respecto del mismo hecho punible; de la presencia de un requisito de procedibilidad no reclamado antes; de la creación de una nueva causal de extinción de la punibilidad; de la transformación de un tipo delictivo en contravencional; en fin, de cualquier determinación legislativa que implique beneficio para el individuo respecto de la ley anterior.

”Es obvio que la favorabilidad ha de predicarse de una ley respecto de otra; pero, ¿qué ha de entenderse por ley para tales efectos? He aquí un problema interesante y delicado. Para llegar a solución correcta parece conveniente distinguir entre las varias leyes en conflicto según que consten de un solo artículo o de una pluralidad de ellos; en el primer caso, bastará cotejar las dos o tres normas enfrentadas para determinar cuál de ellas es más favorable; en el segundo evento, será necesario distinguir su contenido y clasificarlas en monotemáticas o simples y pluritemáticas o complejas, según que se ocupen de una misma materia jurídica o de una variedad de ellas; entonces se examinará en conjunto la regulación legal de tal materia, entendida como concreta institución jurídica (tentativa, coparticipación, concurso, prescripción), o como tipo penal genérico (homicidio, peculado, secuestro).

”Si se trata de leyes monotemáticas, el cotejo es bien simple porque basta estudiar el tratamiento que dan al fenómeno de que se ocupan y decidir cuál de ellas ofrece la respuesta más favorable; cuando, en cambio, las leyes son pluritemáticas —ejemplo clásico de ellas

son, precisamente los códigos penales— debe examinarse la materia jurídica referida al hecho cuya solución se busca, en las diversas normas que a aquella se refieren. Quiere esto significar que la ley cuya favorable aplicación demandan la Constitución y los principios rectores del derecho es concretamente aquella disposición o aquel conjunto de disposiciones que, formando parte de una cualquiera de las que se confrontan, regulan normativamente con mayor beneficio para el interesado, el hecho humano o jurídico generador del conflicto”.

Como quien dice, tratándose del instituto de la prescripción de la acción penal y cobijado el caso por los códigos de 1936 y 1980, se aplicará de estos el conjunto de disposiciones que regulen de manera más favorable la situación jurídica del acusado. En el evento de autos, lo era y lo es el Código vigente, porque habiéndose interrumpido la prescripción con el auto de proceder en firme, el nuevo término prescriptivo era el equivalente a la mitad del señalado en la respectiva disposición transgredida, o sea de cinco (5) años, porque aunque aquel sea inferior, el mínimo del lapso prescriptivo es este.

En esta forma las irregularidades y omisiones se estima afectan de tal manera la sentencia del H. Tribunal, que no podemos menos de considerarla inválida y más exactamente *inexistente*. Por ello no podrá *ejecutarse*, ordenando, entre otras, el cumplimiento de la pena privativa de la libertad y demás sanciones impuestas.

De tal suerte que nuestra conclusión resulta ceñida a la lógica, a la equidad y a la justicia, y respaldada en el criterio del gran doctrinante, cuando recuerda:

“Es claro que al hablar de cosa juzgada se entiende que se dice de una sentencia, que, aunque sea imperfecta, exista. No pueden adquirir la fuerza de cosa juzgada las sentencias consideradas jurídicamente inexistentes, de las que pueden servir como ejemplo la sentencia instructoria que condena, la del juez que no tenga *jurisdicción penal* y que condena a una pena. La dictada por una persona que no sea juez (recuérdese la estratagema de Perzia en *El Mercader de Venecia*), la sentencia no escrita y no publicada. Tales pseudo-sentencias, tales sentencias aparentes, no podrán ejecutarse y naturalmente sería legítima la resistencia contra ellas”. (Las subrayas son nuestras) (EUGENIO FLORIAN, *Derecho procesal penal*, Barcelona, Librería Bosch, 1934, pág. 416).

VI) LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL:

El caso *sub judice*, en tratándose del fenómeno prescriptivo de la acción penal, una vez más, exige la aplicación de la ley permisiva o favorable a los intereses del acusado, acorde al mandato del art. 26 de la Constitución Nacional, las disposiciones pertinentes de la ley 153 de 1887 y el art. 6° del decreto 100 de 1980. Razón de ello que el asunto aparece cobijado por el Código Penal de 1936, bajo cuya vigencia se cometió el hecho punible, y por el Código de 1980, que rige para el juzgamiento.

En efecto, la susodicha acción se inició el 10 de diciembre de 1977, por lo que, al proferirse el auto de proceder, se calificó la conducta por *homicidio* y en su dispositivo amplificador de la *tentativa*, conforme a los arts. 382 y 16 del Código del 36, los mismos que se aplicaron en la sentencia de primer grado, por comportar favorabilidad frente a las normas correspondientes del actual Código Sustantivo.

Mas la prescripción de la acción en dicho caso debía operar en el “máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal” y además observando “las circunstancias de atenuación y agravación concurrentes”, en nueve (9) años y ocho (8) meses. Pero como la misma acción fue interrumpida, y el auto de proceder se ejecutorió el 14 de septiembre de 1979, debía transcurrir un nuevo lapso de cinco (5) años antes de la sentencia definitiva, como realmente ocurrió, el 13 de septiembre de 1984. La prescripción se cumplió acorde con las disposiciones del Código de 1980 dada su permisibilidad respecto de las correspondientes del mismo instituto del Código derogado, y porque el término, luego de la interrupción, es mucho más corto en el primer estatuto al reducirse a la mitad, cuando en el segundo se señala uno igual al inicialmente previsto.

Luego habiéndose producido la prescripción de la acción penal se hace imperativo su reconocimiento mediante la correspondiente determinación. Al mismo tiempo, deberá *consultarse* la providencia y porque el hecho punible porque se procede, tiene señalada sanción privativa de la libertad personal cuyo máximo excede de cinco años.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Tercero Superior de Medellín, obrando de acuerdo con el parecer fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII) RESUELVE:

Declarar prescrita la acción penal adelantada por el cargo de *homicidio tentado* contra A. M. A. En consecuencia se ordena cesar procedimiento para el mismo inculpado.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y consúltese

LAUREANO COLMENARES CAMARGO
Juez Tercero Superior

JORGE A. GONZÁLEZ G.
Secretario

Tribunal Superior de Medellín

(SALA PENAL)

Una vez ejecutoriada la sentencia, lo que fue objeto de controversia dentro del debate procesal ya no puede ser cuestionado ni discutido, y menos aún incumplido o declarado inexistente. Por algo los procesalistas dijeron que la cosa juzgada hace de lo negro blanco y de lo blanco negro.

Doctores EUCARIO PALACIO P.*
HUMBERTO RENDÓN A.

Diciembre 6 de 1985.

Para resolver este grado jurisdiccional son pertinentes las siguientes

CONSIDERACIONES:

El señor fiscal *tercero* del Tribunal, en su concepto de fs. 301 y ss., después de hacer cuentas de tiempo o términos necesarios para la prescripción y de concluir que dentro de su tasación todavía faltaba algún lapso para que teóricamente se diera el presupuesto para aquella, optó por solicitar que se declare la inexistencia del acto que se ha pedido revisar, porque ya el juez había perdido toda jurisdicción, puesto que el proceso ya había entrado al campo de la cosa juzgada, ya que nunca se interpuso el recurso de casación dentro del plazo estipulado por la ley.

Es necesario dejar en claro una primera premisa, afirmando que *proceso* existe desde el momento en que se dicta el respectivo auto cabeza de proceso, de conformidad con el art. 319 del Código de Procedimiento Penal, hasta cuando existe la cosa juzgada, vale decir, hasta cuando hay una sentencia ejecutoriada en firme. Ahora bien: la ejecutoria de sentencia de condena se opera "cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno y no debe ser consultada". (C. de P. P., art. 209).

Al respecto escribe el dr. LUIS EDUARDO MESA VELÁSQUEZ:

"El proceso de juzgamiento perdura mientras la acción que origina la infracción a la ley penal y que constituye —como dice FLORIAN— la energía del proceso, la que lo domina

* El Dr. Julián Muñoz S. ponente inicial, salvó su voto, el cual se incluye a continuación.

y le da carácter, no se haya extinguido por agotamiento de su ejercicio u otro cualquiera de los medios extintivos señalados por la ley. Y agotamiento del ejercicio de la acción represiva solo puede afirmarse cuando exista cosa juzgada, esto es, cuando haya sentencia ejecutoriada en firme, como que solo en ese momento se puede aplicar la pena, si la sentencia ha sido de condena, y exigir el pago de los perjuicios que hubiere causado el delito.

"El art. 103 del Código de Procedimiento Penal, al consagrar la cosa juzgada, establece que «El procesado condenado o absuelto, mediante sentencia ejecutoriada de juez colombiano, no será sometido a nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta». De esta norma se colige que el proceso penal termina con la sentencia «ejecutoriada», fenómeno este que, como antes se anotó, únicamente se produce cuando el fallo no sea susceptible de recurso alguno.

"El resultado del proceso penal es la cosa juzgada (*res judicata*), o sea la resolución definitiva del objeto procesal, y su finalidad práctica de sometimiento del delincuente a la pena solo se obtiene con la decisión jurisdiccional que ponga fin al juicio y cause los efectos denominados de la preclusión y ejecución, que no pueden producirse mientras sea posible o se haya interpuesto un recurso contra el fallo". (*Temas de derecho penal colombiano*, núm. 5).

Lo anterior implica, pues, que el proceso de cognición se agota cuando la sentencia definitiva empieza a ser cosa juzgada. Hasta este momento puede decirse que existe proceso. En ese momento justo, la acción penal que nace del delito ha quedado consumada. Porque de allí en adelante se inicia propiamente el *trámite de la ejecución de la pena*, bien diferente a lo que procesalmente constituye el ejercicio de la acción, cuyo presupuesto es la existencia de una sentencia en firme, ejecutoriada, que constituye *res judicata* y que por lo tanto es intangible. Su filosofía se fundamenta en el hecho de que solo puede ejecutarse aquello que es inmodificable y que se ha asumido como una verdad dicha por la ley, que no puede ser desconocida por nadie y que tiene que ser acatada por todos. En esta etapa lo que fue materia de controversia dentro del debate procesal, ya no puede ser cuestionado ni discutido y menos aún incumplido o declarado inexistente. Por algo los procesalistas dijeron que la cosa juzgada hace de lo negro blanco y de lo blanco negro.

Ahora debe hacerse énfasis en el hecho de que la providencia que se consulta si resulta ostensiblemente equivocada, no es inexistente, porque es un acto incorporado a un proceso, emitido por un funcionario investido con la potestad jurisdiccional y con competencia para tomar las pertinentes decisiones en el proceso que le ha sido asignado. De allí, pues, que ese acto no pueda ser considerado como la nada judicial. Él tiene una entidad con significación procesal. Si a lo anterior se agrega que para los actos inexistentes no hay declaratoria de tales, porque simplemente no tienen entidad y por lo tanto no son acatables, habrá necesidad de concluir que la petición que ha formulado el señor fiscal de esta instancia no es acatable.

De otra parte, debe decirse que al tenor del art. 163 del Código de Procedimiento Penal, en virtud del cual y al presentarse alguna de las causales consagradas en él, se reconoce una de estas y se ordena cesar todo procedimiento, debe dictarse "en cualquier estado del proceso". Asimismo y de conformidad con el art. 212 del C. de P. P., las nulidades también deben decretarse "en cualquier estado del proceso". Como puede verse del literal y claro texto de las normas precitadas,

el presupuesto para hacer un pronunciamiento en cualquiera de los sentidos anteriores, es la existencia del proceso, porque si ya este ha culminado, si ya la acción penal se agotó, si ya se entra al imperio de la cosa juzgada, es procesalmente inadecuado y equivocado retrotraer la etapa de la ejecución de la pena a la etapa procesal de juzgamiento.

Significa lo anterior que en este caso no resulta procedente una declaratoria de nulidad, mucho menos decretar una cesación de procedimiento, reconociendo la prescripción como una causal del art. 163 del Código de Procedimiento Penal. Y por ello es el error de la determinación tomada por el señor Juez Tercero Superior el que ahora debe predicar la corporación, con una revocación de su auto.

Y se dice que este acto fue errado, porque pese al esfuerzo dialéctico que el señor juez tuvo que hacer para llegar a su conclusión, sustentada en múltiples citas, unas de carácter nacional, pero otras de carácter extranjero, ignoró que donde no hay proceso no puede haber aplicación del art. 163 del C. de P. P., no se puede decretar una prescripción para declarar extinguida la acción. Todo lo que a él competía —y le sigue obligando— es la ejecución rigurosa de la sentencia en firme.

Con mucha propiedad anotó el señor magistrado MUÑOZ SÁNCHEZ en su ponencia inicial lo siguiente que comparte la mayoría de la Sala:

“Entonces, ya, ni GIUSEPPE BETTIOL ni CARNELUTTI ni LEONE ni EUGENIO FLORIAN, autores extranjeros que mal interpretados son perniciosos en la aplicación de nuestra justicia, podrán librar al procesado, quiéralo o no, de los efectos legales del proceso penal.

“La única codificación que da las pautas a la formación y terminación de un proceso penal es el estatuto de procedimiento penal, y en él no se contemplan exóticas actuaciones como la que viene de asumir el *a quo*, y quien por demás evoca pensamientos de la Corte nacidos exactamente con ocasión del recurso de casación y *no por fuera de él*, o que podrían surgir, como tribunal de control a los desafueros jurisdiccionales, con ocasión del recurso de revisión.

“Es lo anterior el mejor homenaje que podría hacerse al principio constitucional de que «nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante tribunal competente y observando la plenitud de las formas de cada juicio», que mal interpretó la primera instancia y que en manera alguna corrompe el otro principio de que «La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable» (art. 26), porque si la estructura del proceso no estuviera encajada dentro de esas dimensiones, nada valdría contra la dictadura de la anarquía, enarbolada cada que a alguien le diera por desquiciar el aparato jurisdiccional.

“Y así, no sería extraño, como lo es ahora, que los papeles se invirtieran y fuera el juez de la primera instancia quien revocara o confirmara o tuviera por inexistente un acto o invalidara por cualesquiera medios las decisiones del superior jerárquico, so pretexto de defender la teoría del acto procesal que en modo alguno se ha sabido evaluar.

“Mientras tanto, es al Código de Procedimiento Penal colombiano al que se debe su observancia sobre la actuación procesal, y sus sencillas pautas relevan a la Sala de inoficiosas elucubraciones”.

No se detiene la Sala a hacer los cómputos sobre prescripción porque esa premisa resultaría ajena e innecesaria al afirmar la tesis de que dentro del proceso de ejecución de la sanción no es admisible cuestionar este punto y reconocer el fenómeno. Y

ello no obstante que el señor fiscal en esta instancia demuestra cómo las cuentas hechas por el *a quo*, que apenas se acomodaron a su pensamiento, no son adecuadas. De otra parte, también la mayoría de la Sala ha llegado a la conclusión de que la providencia que se revisa tiene que ser revocada para insistir en la orden de ejecutar el fallo, porque abstenerse de tomar esta determinación significaría dejar en el limbo una decisión tan sustancial, máxime cuando el tribunal tiene competencia para conocer tal resolución por razones de orden funcional, y no es propiamente lo acertado de la decisión del *a quo* lo que faculta al *ad quem* para hacer su pronunciamiento, puesto que también y principalmente la segunda instancia se ha establecido para corregir los errores de la primera.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín —Sala de Decisión Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Se revoca la providencia de fecha, origen y contenido indicados y en virtud de la cual se declara prescrita la acción penal adelantada en contra de A. M. A. por el cargo de *homicidio* tentado y ordena cesar todo procedimiento en contra del mismo. En consecuencia, vuelva el proceso a la oficina de origen para que se dé inmediato y cabal cumplimiento a la respectiva sentencia.

Cópiese y notifíquese.

JULIÁN MUÑOZ SÁNCHEZ
Magistrado
Salva el voto.

EUCARIO PALACIO PALACIO
Magistrado

HUMBERTO RENDÓN ARANGO
Magistrado

ALBERTO GARCÍA QUINTERO
Secretario

SALVO EL VOTO

La Sala debió abstenerse de conocer de la providencia consultada para que el *a quo* se atuviera a la sentencia ejecutoriada

Dr. JULIÁN MUÑOZ SÁNCHEZ
Diciembre 5 de 1985.

Disiento de la mayoría, porque el entuerto jurídico venido en consulta debió despacharse como lo precisaba el texto inicial de la ponencia que adjunto, y no revocándolo.

Es que el *a quo* no podía ya legalmente consultar ningún acto jurisdiccional, que solo por excepción se dan después de la ejecutoria de la sentencia, como por ejemplo los referentes a la libertad condicional o a la extinción o a la prescripción de la pena, previstas expresamente en el Código de Procedimiento Penal. La Sala

carecía de competencia funcional para revisar, como de la potestad de investigar o de juzgar, que lleva implícito el principio de contradicción; mal podía, por lo tanto, dictar un acto jurisdiccional como el de revocar; el principio de preclusión jurisdiccional también lo prohíbe, y entonces, lo lógico hubiera sido abstenerse de conocer “para que el *a quo* se atuviera a la sentencia ejecutoriada”, como se hace, para dar otro ejemplo, cuando un proceso sube al tribunal en consulta de una providencia, sin tenerla. La de abstenerse es otra decisión que bien responde a la del *a quo*, para que cumpla el deber de obedecer la ley, fruto del debido proceso, que de no, lo haría incurso en delito contra la Administración Pública por prevaricato (C. P., art. 149). No había, pues, competencia para continuar decidiendo y revocar extra proceso. Lo resuelto por la ponencia inicial simbolizaba un acto de acatamiento a la cosa juzgada.

Y pregunto: Si la decisión del *a quo* no es consultable, como en efecto no lo es, porque las declaratorias del art. 163 del Código de Procedimiento Penal proceden dentro del proceso y no por fuera de él, ¿al tenor de qué norma entonces adquirió el tribunal competencia funcional para decidir? ¿O por qué otros medios diferentes de la consulta o de los recursos podía la segunda instancia “corregir” (que es la expresión de la mayoría) los errores de la primera? ¿O podría caprichosa o indefinidamente la segunda instancia trabarse con la primera en una rebatiña de criterios cuando, como en el presente caso, buen lapso hace que la sentencia viene ejecutándose? O, en otras palabras, ¿qué haría la mayoría si al *a quo* le diera por producir repetidas decisiones porque nada le gusta de su superior jerárquico? No sería extraño, así, que algún día resolviera la mayoría con su tesis confirmar esa clase de actos como los del *a quo*, y no sabríamos a dónde iríamos a parar. ¿O cuándo es que los procesos terminan definitivamente?

COMENTARIO

LA COSA JUZGADA

La irrefragabilidad de la cosa juzgada, la inmutabilidad de la sentencia condenatoria en firme, no puede ser principio absoluto e inmodificable dentro de un ordenamiento jurídico que quiera trascender el postulado de la justicia. Esa intangibilidad pierde su fuerza coactiva cuando se presentan situaciones legales de favorabilidad de una norma posterior al hecho por el cual hubo un juzgamiento penal, lo mismo que en las hipótesis de revisión del proceso. Pero ocurre que por fuera de estas previsiones normativas pueden surgir otros fenómenos jurídicos no reconocidos en las respectivas instancias y que tampoco pudieron ser invocados a través de los recursos extraordinarios de casación y de revisión. Es el caso de la sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, proferida cuando ya hacía un tiempo considerable que estaba prescrita la acción penal.

El no haberse amparado al procesado con una declaratoria de prescripción, como fenómeno extintivo de la punibilidad, es una circunstancia que por lo extraor-

dinariamente grave contra los intereses del reo, ya que en ello estaba en juego su libertad por varios años, es algo que por lo excepcional merece algunas reflexiones a nivel de doctrina. De entrada podríamos decir que se debió haber buscado un camino procesal que condujera a rectificar con humildad el error cometido. Hubo la más propicia oportunidad para ello cuando se conoció del proceso por la vía de la consulta de la providencia por medio de la cual el juez de primera instancia, no obstante la sentencia condenatoria en firme y que se le ordenó ejecutar, declaró prescrita la acción penal, fenómeno que había pasado inadvertido por el *ad quem*.

Se le advirtió al *a quo* que se había salido del camino que le trazaba la ley, que había desbordado las atribuciones que le daban los códigos, ya que lo único que podía haber hecho era darle inmediato y cabal cumplimiento a lo decidido y ordenado por el superior. Le recordó además que la filosofía de la *res iudicata* es intangible, que es inmodificable, por lo cual se ha acogido como una “verdad dicha por la ley, que no puede ser desconocida por nadie y que tiene que ser acatada por todos”. Es decir, el implacable aforismo latino: *Roma locuta, causa finita*. De esa manera el principio de la *res iudicata pro veritate habetur* se eleva a canon sagrado, a filosofía rectora, a definitivo postulado preclusivo. No importa que por rendirle absoluta pleitesía se consumen las más grandes injusticias. Lo que interesa es el reverente respeto a la ley. ¿Cuando lo que más importa en la misión juzgadora es hacer justicia! Esa es la función primordial que tiene el juez. Llegar a ella, desde luego, mediante la aplicación del derecho, pero preferir aquella cuando surja una contradicción entre los dos. Ya lo había dicho COUTURE en pensamiento lapidario: “Tu deber es luchar por el Derecho, pero el día que encuentres en conflicto el Derecho con la justicia, lucha por la justicia”.

La justicia no puede sucumbir a los dictados de un ordenamiento jurídico, porque se rebela el espíritu. Por ello muchas veces no caminan juntos el derecho y la justicia. Pero cuando están en pugna, hay que saber tomar partido por lo subjetivo que sería la justicia y no por lo objetivo que sería el derecho. ¿Qué importa que no sea de pronto muy ortodoxa la interpretación de una norma, darle un alcance más extensivo a un principio, si con ello se puede evitar un error judicial, una condena injusta, la imposición de una pena que la misma ley prohíbe imponer! Una ágil imaginación judicial sabría encontrar con la *analogia in bonam partem* la solución a un problema jurídico que, resuelto dentro del frío texto de una norma, consagraría una injusticia irreversible. Por eso decía don ÁNGEL GANIVET en su *Idearium Español* que el criterio que debe primar en el ideal jurídico del hombre cristiano es regirse por la justicia y no por la ley.

Mantener por lo tanto los rígidos efectos de una sentencia condenatoria, cuando estaba vedado dictarla, ya que cuando se produjo hacía mucho tiempo que se había operado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, es de entrada una venia obsecuente a la letra de las leyes, sin consultar su espíritu; es presumir, contra toda evidencia, que la cosa juzgada ha de considerarse como verdadera; es rendirle un equivocado servilismo al “cumplimiento de la ley”. Es que si una de las razones de la *res iudicata* es para conservar la “seguridad jurídica”, la “paz social”, como dicen los doctrinantes, no vemos cómo no puedan apuntar a esas mismas situaciones

cuando para ejercer un acto de justicia el juez se aparta de la ficción del principio, del mito de la santidad de la cosa juzgada, cuando quebranta la firmeza de una sentencia ejecutoriada. Esas presunciones, casi de derecho, solo conducen a la consagración de un pernicioso fetichismo legal. La sacralidad de la cosa juzgada no puede ser jamás la ruta inmodificable de un código, mucho menos cuando por reverenciarla se le niega abruptamente un derecho inconculcable a un procesado. Por eso dijo con toda propiedad BETTIOL que "toda ficción es insoportable, especialmente allí donde están en juego la *verdad* y la *justicia* de una sentencia que no pueden estar subordinadas a un mito insostenible cual ha devenido el de la irrefragabilidad de la cosa juzgada penal". Y el mismo CARNELUTTI, el más grande jurista de este siglo, ha formulado la urgente necesidad de sustraerse al nocivo mito de la cosa juzgada, a fin de dar respiro a una exigencia de vida y de libertad.

Retomando entonces el tema de análisis, resulta de Perogrullo que una vez prescrita la acción penal precluye todo derecho para poder dictar una sentencia condenatoria. Y si por una inadvertencia judicial sobre la existencia de ese fenómeno procesal llegare a producirse dicha providencia y causar ejecutoria, algún camino tiene que encontrarse para enmendar esa injusticia. De alguna manera tiene que reintegrarse al procesado esa garantía, por cuanto él tenía el derecho contrario, el derecho a que no se le condenara. Proceder de otra manera sería incurrir en la sentencia de TERENCEO: *Summun ius, summa iniuria* [el derecho positivo elevado a suprema ley es la suprema injusticia]. Por lo cual, en contravía de esta máxima, debe buscarse el camino procesal para dejar sin efectos jurídicos el error judicial que se hubiere podido cometer. No puede ser tan pobre la legislación de un país, que carezca de una vía adecuada para solucionar el problema. Pero si por una restrictiva y exegética interpretación de las normas procesales no se acudiere a una solución favorable al derecho del procesado, a nuestro juicio quedarían plenamente abiertos y con inmensas posibilidades de éxito, los recursos legales para una indemnización por parte del Estado, por fallas en la justicia. Es que si había un impedimento legal para proferir sentencia condenatoria, porque estaba ya prescrita la acción penal, ese fallo fue proferido de una manera extemporánea, cuando habían caducado los términos para ello. Pero advertido el error después de la providencia ejecutoriada, ante la injusticia consumada, solo quedaba un acto de humildad judicial para rectificarlo, una elegante confesión de haberse incurrido en una ligereza procesal. Por eso para casos similares aconsejaba sabiamente EBERHARD SCHMIDT en su profundo ensayo sobre "La ley y los jueces": "Una ley que atenta contra los fundamentos de lo justo no es Derecho y carece de fuerza de obligar; no puede presentarse como un deber obligatorio, sino tan solo como una necesidad condicional. El deber de garantizar la justicia, que obliga al juez a establecer un Derecho auténtico y no una negación del mismo, le prohíbe aplicar ese tipo de leyes".

No se puede entonces olvidar que la primordial misión del juez no es tanto la de aplicar impasiblemente la ley, sino la de hacer justicia. Para hacerlo tiene en su ayuda inclusive principios universales que no se encuentran codificados, pero que el juez debe mantenerlos presentes en sus decisiones, ya que son el acervo doctrinario que ha venido decantándose a través de los siglos, en un edificante

esfuerzo de la humanidad por encontrarle claros y expeditos caminos a las decisiones de la justicia. El derecho, como felizmente lo dijera LEGAZ Y LACAMBRA, tiene que estar transido de justicia. Para realizarlo a plenitud, no podemos entonces considerar que el principio de la seguridad jurídica con que se defienden las sentencias ejecutoriadas sea el único valor que debe cumplir el derecho. Esa seguridad jurídica debe ceder el paso al imperio del derecho, tal como con juiciosos razonamientos lo hizo el juez de primera instancia en el caso que analizamos. El mismo RADBRUCH, tan defensor del acatamiento al derecho positivo de una manera estricta, hizo la excepción a su obligatoriedad y validez cuando "la oposición a la justicia alcanza un grado tan intolerable, que la ley, en cuanto Derecho defectuoso, deba ceder ante la justicia".

Por estas razones, si el reo tenía el pleno derecho a no ser condenado, la sentencia que en dicho sentido se dictara en su contra, además de arbitraria, era injusta. Y el hombre que así es obligado a pagar una pena, resulta ser víctima de un atropello judicial a nombre de la santidad de la cosa juzgada, con invocación del sacrosanto principio de la *res iudicata pro veritate habetur*, el cual consagra el absurdo, según los tratadistas, de convertir lo blanco en negro y lo negro en blanco. Por eso en otra oportunidad, cuando hacíamos un estudio sobre esta materia (*Derecho procesal penal*, Edit. Temis, 1982) y al referirnos a este tema, sostuvimos que "cuando se tiene la evidencia de que se ha cometido un error en materia penal, ningún principio, ninguna razón, ninguna conveniencia, ningún argumento puede elevarse para sostener la utilidad de maneter ese *statu quo* de la sentencia. Una situación de esa naturaleza exige una reparación a la justicia, a la sociedad, al procesado. Sería un vejamen a ellos si, por preservar el buen nombre de la justicia, de los jueces y magistrados, del Estado mismo y de sus instituciones, se mantuviera intangible, irrefragable la providencia errónea o equivocada... La justicia, como un permanente quehacer del hombre, es falible, está en constante riesgo de los errores, propicia y es susceptible a las equivocaciones. Y la ley, por drástica que sea, no puede cerrar los caminos legales para una enmienda del error cometido por los falladores, porque ello entrañaría una gravísima e intolerable injuria a los derechos inconculcables que protegen la libertad humana".