

LA CESACION DE PROCEDIMIENTO EN EL CODIGO PENAL MILITAR

(II)



Doctor
Leonel Olivar Bonilla

4º — La Plena Prueba:

El Artículo 417 exige la plena prueba de la causal de improcedibilidad. Es plena prueba la reconocida por la ley como suficiente para que el juzgador declare la existencia de un hecho, de conformidad con el artículo 446 del Código Penal Militar. La que produce en el juzgador una certeza con exclusión de toda duda.

Se trata de probar negociaciones, así: que el hecho imputado investigado No ha existido, o que el procesado No lo ha cometido o que la ley No lo considera como infracción penal o que la acción penal No podía iniciarse o proseguirse. Se debe recordar que se trata de una sentencia que pone fin al proceso, en el estado en que se encuentra, sin agotar las diferentes eta-

pas establecidas en la ley de procedimiento para que sea posible dictar un fallo absolutorio o condenatorio, lo que explica la exigencia probatoria.

De conformidad con el artículo 595 del anterior Código de Procedimiento Civil, Ley 105 de 1931, las negaciones no se demuestran por medio de pruebas, salvo que se apoyen en la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse. El inciso 2º del artículo 159 del actual Código Judicial, dice que las negaciones o afirmaciones indefinidas no requieren pruebas. La doctrina moderna rechaza el antiguo principio "negativa non sunt probanda", ya que en la mayoría de los casos una negación envuelve en realidad una afirmación, como cuando se dice que un individuo no es soltero: es una manera de afirmar que es casado; son negaciones formales o aparentes; si dice que Juan no está vivo, afirmamos que está muerto. Solamente las negaciones sustanciales o absolutas, que se basan en la nada, y que no implican por tanto ninguna afirmación opuesta no requieren pruebas como lo dice el nuevo Código Judicial.

En cambio, las negaciones formales o aparentes deben ser probadas; por eso decía la anterior ley de procedimiento civil que requerían pruebas cuando se apoyaban en la afirmación de hechos positivos cuya existencia puede comprobarse, que es lo que ocurre con las causales de improcedibilidad. Si después de una cuidadosa investigación el funcionario competente concluye que la acción pe-

nal no puede proseguir, es porque existe plena prueba de que el sindicato murió, afirmación que se establece procesalmente con el acta de registro civil de defunción, o en subsidio con la partida eclesiástica o con declaraciones de testigos o con el acta de autopsia, en forma que no queda duda de este hecho; o porque se operó el fenómeno prescriptivo, para lo cual basta establecer la fecha de la comisión del delito y contar el tiempo transcurrido para compararlo con el exigido por la ley; la acción penal no puede proseguir porque se ha extinguido por prescripción; bastan estos dos ejemplos.

A la plena prueba de la causal de improcedibilidad que se invoca, debe agregarse como presupuesto para dictar la providencia, el concepto del Ministerio Público.

5º — **Quien puede proferir la sentencia de Cesación de Procedimiento:**

De acuerdo con el artículo 417 que analizamos, corresponde al fallador de primera instancia o al funcionario instructor.

Puede el Tribunal Superior Militar dictarla cuando conozca de todo el proceso en segunda instancia? Consideramos que sí por las razones que a continuación exponemos:

Se trata de un problema de interpretación, que según Florián "es el procedimiento por el cual la norma es reconstruida y determinada en los términos en que ha sido querida por el

legislador que la ha dictado y de acuerdo con el fin a que tiende”, y bien sabemos que según los medios empleados, la interpretación es gramatical y teleológica. “Cada una de las normas debe aparecer ante el intérprete como vivificada y animada para el fin que se le tiene asignado”, dice el tratadista italiano al hablar de la interpretación de las normas procesales. Se dirá que desde el aspecto gramatical, la norma es clara cuando dice que la facultad de cesar procedimiento corresponde al Juez de Primera Instancia y al Funcionario de Instrucción, y que por tanto no se debe desatender su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. Fuera de que el sentido de la ley, es su significado jurídico, su contenido en derecho, como decía el profesor José J. Gómez, debemos afirmar que el texto del artículo 417 del Código Penal Militar no es claro; de una parte hizo extensiva a todos los funcionarios de instrucción, ni siquiera usó el término Juez de Instrucción, una facultad que por su trascendencia debiera estar reservada a los jueces del conocimiento, como se ha entendido respecto del artículo 163 del Código de Procedimiento Penal, 153 del anterior de donde fue copiada la disposición que nos ocupa. De otra parte ordenó en forma perentoria que la declaración se haría en cualquier estado del proceso, lo cual, siguiendo el texto en la forma literal, significaría que cuando se comprueba una de las causales, (la muerte del procesado, por ejemplo) el Funcionario de la Primera Ins-

tancia podría dictar la providencia así estuviera el expediente en el Tribunal o en la Corte. No; cuando la ley ordena en forma perentoria que se haga la declaración, en cualquier estado del proceso, ella debe hacerse por el funcionario que al momento de probarse la causal esté conociendo de él. Esta expresión, unida a las otras dos: “procederá aún de oficio”, “ordenará cesar todo procedimiento contra el sindicado”, unida a la excepcional amplitud señalada, privan sobre la expresión “de primera instancia” agregada en forma errónea y no advertida a tiempo por quienes revisaron el texto original.

Todo lo concerniente al desenvolvimiento del proceso penal tiene como fundamento la posibilidad del ejercicio de la jurisdicción originada en la existencia real o presunta de un delito.

Pero establecida plenamente una causal que impide en forma absoluta su ejercicio, al funcionario que está conociendo solo le queda hacer la correspondiente declaración, ordenando cesar el procedimiento. Toda actividad distinta es inútil, e improcedente por faltarle el fundamento que la justifique.

Dice Manzini refiriéndose al artículo 152 del Código Penal italiano, que sirvió de modelo al artículo 153, de donde fue copiado aunque con más amplitud, si se analiza la intención del Legislador, el 417: “Causas extintivas del delito o de improcedibilidad. Estas causas si se las conoce

a tiempo, impiden el procedimiento, si se promovió este, la declaratoria de extinción del delito o de improcedibilidad, debe ser declarada, aún de oficio, inmediatamente, en cualquier estado y grado de ese mismo procedimiento". (Derecho Procesal Penal, Tomo IV, pág. 503).

Si el Tribunal reconoce que está frente a una causal de improcedibilidad pero no hace la correspondiente declaración, a pesar de ser Juez Adquem, con facultades de Funcionario de Instrucción como se desprende de lo dispuesto en los artículos 357 ordinal a) del Código Penal Militar en concordancia con el 593 del mismo Estatuto; si no da aplicación al artículo 417, si se limita a declarar que se abstiene de tomar una determinación, haciéndole ver al inferior que la causal está comprobada, para que éste a su vez dicte la providencia correspondiente que debe ser consultada y desde luego confirmada, simplemente está cooperando para que la actuación continúe con evidente perjuicio para el procesado, para la sociedad y para los intereses de la justicia.

Se alegará que se pretermiten instancias, que se infringen las formas propias de cada juicio. En relación, con lo primero, es bien sabido que la consulta solo es posible cuando los grados de jerarquía lo permiten, sin que la imposibilidad de consultar constituya grave falla procesal; la Corte por ejemplo en providencia de enero 26 de 1951 decretó la prescripción directamente. Por lo demás en auto de febrero 26 de 1962, esa Cor-

poración dijo lo siguiente: "Los Tribunales de segunda instancia están facultados para dictar la providencia de que trata el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, ya que ella puede pronunciarse "en cualquier estado del proceso", y aún podrían llegar a ser abuso de autoridad el hecho de no dictarla habiendo lugar a ello". Y en cuanto a lo segundo, la jurisprudencia ha explicado que las palabras plenitud de formas, formalidades legales, no tienen el sentido vago que les imprime su tenor literal ni la acepción común que les presta el diccionario. Es imposible afirmar que ante la plena comprobación de la inexistencia del hecho, de la muerte del sindicado o de la prescripción, por ejemplo, se desconozcan los derechos de las partes, se violen las formas propias del juicio, se infrinja el artículo 26 porque el fallador de segunda instancia, en el estado en que se encuentre el proceso, y para evitar actuaciones inoficiosas y contrarias a la economía procesal, haga la correspondiente declaración, y como consecuencia natural de tal declaración ordene la cesación de todo procedimiento.

Pero hay algo más: si el querer del legislador hubiere sido que solamente pudiera dictar la providencia los funcionarios de la primera instancia, pues hubiera dispuesto en forma clara el envío del expediente a quien tuviera la exclusiva competencia, como lo hizo en los artículos 408 inciso 2º y 434 inciso 2º del Código Penal Militar, por ejemplo; así para salvar formali-

dades intrascendentes, habría desvirtuado en parte las finalidades que se propuso al crear la norma.

6º — Disposiciones Complementarias:

1) El artículo 567 del Código Penal Militar en el párrafo 1º, autoriza a quien está facultado para convocar Consejo de Guerra Verbal, cuando existe investigación previa, para omitir en la resolución de convocatoria los nombres de aquellos sindicados que en su concepto no deban ser juzgados por falta de mérito para ello. Si el presidente del consejo decide no redactar cuestionarios con respecto a quienes estén en las anteriores circunstancias, cuando dicte la sentencia debe ordenar en ella la cesación de todo procedimiento contra los mismos.

En el párrafo 2º se autoriza a quien tiene la competencia para convocar Consejo de Guerra Verbal, para dictar la sentencia de cesación de procedimiento, sin necesidad de oír el concepto del agente del Ministerio Público, cuando considere que no existe mérito para hacer la convocatoria con respecto a ninguno de los sindicados.

En uno u otro caso el motivo invocado es el mismo: falta de mérito para convocar Consejo de Guerra Verbal; desde el punto de vista formal la diferencia consiste en que en el primer párrafo el juez solo puede omitir los nombres de los sindicados que considere no deben comparecer ante el Consejo de Guerra, y será el Presidente quien tomará la determina-

ción final respecto de ellos; si está de acuerdo con quien le designó, omite la formulación de los cuestionarios, y en la sentencia con la cual culminan las actividades del tribunal de primera instancia hará la declaración correspondiente; en caso contrario, con las amplias facultades que le da la ley formulará los cuestionarios para que sean los vocales quienes decidan sobre la responsabilidad de los procesados cuyos nombres se omitieron en la resolución.

Las facultades consignadas en el párrafo 2º son más amplias; si quien puede convocar considera que no existe mérito para juzgar a ningún sindicado, dicta la sentencia de cesación de procedimiento a que se refiere el artículo 417.

Hasta aquí no existe dificultad; sin embargo, no puede entenderse que tan trascendental decisión quede al arbitrio de quien sea competente; se desvirtuaría el fin que con ella se busca; además, el grado de consulta obliga a tomar en consideración una serie de factores que tiene que estudiar el Tribunal Superior Militar cuando revise la sentencia, contra la cual puede también interponerse la apelación.

En primer lugar, la ley habla de investigación previa; se requiere un estudio del sumario que permita al Juez de Primera Instancia concluir si en el existen las bases probatorias mínimas en cuanto a la comprobación del delito y la responsabilidad del sindicato o sindicatos; si la in-

investigación adolece de fallas, lo prudente es ampliarla con el fin de que la decisión que se tome no vaya a convertirse en pérdida de trabajo y en involuntaria dilación del proceso. Por investigación previa debe entenderse investigación perfeccionada en lo posible; no cualquier actuación, por deficiente que sea, cumplida después del auto cabeza de proceso.

En segundo lugar, la ley hace mención a la falta de mérito para el juzgamiento; cuáles hechos pueden tener los jueces de instancia como constitutivos de falta de mérito para dictar la sentencia especial, es labor que corresponde precisar a la doctrina. No son las causales de improcedibilidad a que se refiere el artículo 417 y que estudiamos anteriormente con la mayor brevedad posible, ya que para ellas está prevista un procedimiento y unas condiciones que deben ser observados para todos los delitos, aunque al momento de proferir la providencia se encuentra turbado el orden público. Tampoco son aquellos que como tales considere el Juez de Instancia, según su personal criterio, ya que la providencia debe ser motivada y en ella deben señalarse claramente los fundamentos de hecho y de derecho.

No es posible entender que los mandatos legales que se cometan sean para que discrecionalmente se apliquen o para dejar la decisión final al jurado a pesar de la evidente falta de mérito, con el riesgo de que se proferieran erróneamente veredictos condenatorios, error para cuya enmienda

no es suficiente garantía la contravindicación.

Como en el Consejo de Guerra Verbal no existe etapa de calificación previa, ya que de conformidad con el artículo 493 inciso final, el juicio se inicia con la formulación de los cuestionarios, en nuestro concepto existe falta de mérito para el juzgamiento y es imperativo el cumplimiento de las disposiciones que analizamos, cuando del estudio del expediente se concluya que se dan las condiciones reconocidas por la ley como suficientes para dictar auto de sobreseimiento en el Código de Procedimiento Penal y en el Código Penal Militar.

Vimos anteriormente que las causales de justificación: disposición legal, orden obligatoria de autoridad competente, legítima defensa, estado de necesidad; o de inculpabilidad: insuperable coacción ajena, sugestión hipnótica o patológica, plena buena fé, determinada por ignorancia invencible o por error esencial, no pueden ser reconocidas a través del Art. 417, ya que no son causas de improcedibilidad; como tampoco pueden ser reconocidos a través del auto de sobreseimiento cuando el procedimiento es el de los Consejos de Guerra Verbal. Autoriza aquí la ley la aplicación del artículo 417 a través de los párrafos 1º y 2º del artículo 567, por analogía; también es preciso concluir que existe falta de mérito para la convocatoria cuando no aparezca suficientemente comprobado el cuerpo del delito; y cuando a pesar de estar plenamente comprobado no aparezca

por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio, o graves indicios de que el procesado es responsable penalmente como autor o partícipe del hecho, es decir, cuando no aparece el nexo causal entre el hecho ilícito y el sindicado como autor del mismo.

Las razones para llegar a esta conclusión podemos resumirlas así:

a) Los jueces de conciencia no van a decidir, frente a una investigación en la cual no existe la plena prueba del delito, si la conducta del proceso se adecúa o no a un tipo legal penal; el razonamiento lógico y jurídico sobre este aspecto, con base en pruebas que obran en el proceso debe ser previo al juzgamiento: así los jueces de conciencia pueden decidir, según su íntima convicción, acerca de la responsabilidad del sindicado; a eso se reduce la pregunta que se les formula en relación con el hecho que se considere delictuoso.

b) Al juicio se llega porque, establecida la comisión de un delito e identificado su autor, no está plenamente probada la jurisdicción de la conducta ni la ausencia de culpabilidad, lo que hace necesaria la intervención de los jueces de conciencia.

2) Otra disposición es la contemplada en el artículo 578 del Código Penal Militar; si el Presidente del Consejo de Guerra Verbal, oído el concepto del Asesor Jurídico consi-

dera que alguno o algunos de los hechos investigados previamente o dentro del Consejo no han existido, o que la ley no los considera como infracción penal, o que alguno o algunos de los sindicados no los han cometido, o que la acción penal no puede adelantarse o proseguirse, se abstendrá de formular cuestionarios sobre tales hechos o sobre tales sindicados. En este caso, al redactar la sentencia así lo declarará y ordenará la cesación de procedimiento contra el sindicado o sindicados que se encuentren en estas condiciones. Para dar aplicación a esta norma se supone que hubo una investigación previa o una investigación adelantada dentro del Consejo de Guerra Verbal, lo que quiere decir que quienes ordinariamente tienen el carácter de jueces de primera instancia consideraron que en determinado caso existía mérito para la convocatoria. La misma disposición que se analiza y los principios generales del procedimiento y de la prueba imponen al Presidente del Consejo de Guerra la obligación de ser en extremo cuidadoso en el ejercicio de esta facultad, ya que el artículo se limitó a repetir las causales de improcedibilidad consagradas en el 417 *ibídem*; del estudio del proceso debe sugerir de manera evidente la inexistencia del hecho, la falta de adecuación típica del mismo, la ausencia de imputación o el fenómeno previsto específicamente por la ley para que la acción penal no pueda adelantarse o proseguir.

Dice claramente la norma que el Presidente deberá expresar en la sentencia las razones de orden legal que haya tenido para obrar en esta forma; agrega además que cuando la determinación se refiera a la totalidad de los sindicatos y de los delitos, al no poderse verificar el juicio, el Presidente procederá a dictar la sentencia de que trata el artículo 417 ya analizado. En este último caso se requiere el concepto del Fiscal dado en forma oral, y que desde luego no es obligatorio.

Es innecesario aclarar que estas disposiciones solo son aplicables para el procedimiento de los consejos de guerra verbales, ya que para el que corresponde al Consejo de Guerra ordinario se dicta el auto de proceder o el sobreseimiento definitivo. Por lo demás, la sentencia de cesación de

procedimiento en los términos y condiciones establecidas en el artículo 417 puede dictarse en todos los procesos penales militares, a pesar de que para algunos delitos estén previstos procedimientos especiales.

BIBLIOGRAFIA

- Vincenzo Manzini: **Derecho Procesal Penal**
- Eugenio Florian: **Elementos de Derecho Procesal Penal**
- Giovanni Leone: **Tratado de Derecho Procesal Penal**
- Gustavo Rendon Gaviria: **Procedimiento Penal Colombiano**
- Bernardo Gaitán Mahecha: **Esquema de Derecho Procesal Penal Colombiano**
- Corte Suprema de Justicia: **Gaceta Judicial.**