

LA CESACION DE PROCEDIMIENTO EN EL CODIGO PENAL MILITAR

(I)

1º Consideraciones Previas. Es innecesaria cualquier explicación en relación con la naturaleza de la providencia. Es una sentencia especial; lo dice el Código Penal Militar en sus artículos 417, 567 párrafo 2º, 578 inciso 2º, 593 y 596 inciso 1º; esta última norma se refiere al trámite que debe darse en segunda instancia a las sentencias de cesación de procedimiento y a los autos interlocutorios.

Conviene recordar algunas nociones de todos conocidas relacionadas con el procedimiento penal, ya que servirán para orientarnos en el análisis de una disposición que tanta importancia tiene en el proceso penal militar.

a) La jurisdicción: Es la facultad de administrar justicia de acuerdo con la constitución y la ley, facultad delegada por el Estado a los jueces y tribunales. Es ordinaria y especial. El Código Pe-



Doctor

Leonel Olivar Bonilla

nal Militar en su artículo 306 define de manera un tanto simplista la jurisdicción penal militar como la potestad que tiene la República de administrar justicia en este ramo.

b) La competencia: Si bien todos los jueces y magistrados tienen jurisdicción, es apenas lógico que el Estado reglamente la forma como cada funcionario investido de esta facultad puede válidamente ejercerla en un caso determinado; este conjunto de factores que determinan el ámbito dentro del cual un juez puede administrar justicia, es lo que se llama la competencia, la cual, de conformidad con el inciso 2º del artículo 306 citado anteriormente, depende de la calidad del agente, de la naturaleza de la infracción y del lugar donde este se haya cometido; se enumera así el factor subjetivo, el objetivo y el territorial como determinantes de la competencia; es una enumeración incompleta, ya que omite el factor funcional que hace relación a las funciones que desempeña un juez y que delimita la posibilidad de conocer en primera o en segunda instancia. Una de las características de la competencia, en materia penal, es la improrrogabilidad, que consiste en la imposibilidad en que están las partes de escoger un tribunal distinto del señalado por la ley.

c) La capacidad: Es entendida como la aptitud de un juez para administrar justicia; se divide en capacidad objetiva, que se confunde con la competencia y capacidad subjetiva que se relaciona con la persona del juez; esta se divide a su vez en capacidad subjetiva

en abstracto y la capacidad subjetiva en concreto; la primera la tiene el juez nombrado de conformidad con las previsiones legales; la segunda se relaciona con la idoneidad del mismo para conocer de un proceso determinado, es decir, cuando en la persona del juez que conoce de ese proceso no concurre causal alguna de recusación o de impedimento o de incompatibilidad en relación con el mismo. La exigencia de esa capacidad subjetiva en concreto es lo que explica las previsiones que hace el Legislador en los artículos 2 y 401 del Código Penal Militar.

Partimos de un término tan amplio como es la jurisdicción; pasamos a uno de contenido limitado como es la competencia y luego a otra noción más limitada que nos lleva ya a considerar a determinado juez o magistrado frente al caso concreto que debe conocer; llegamos a la iniciación del proceso legal.

Dice el artículo 501 que el funcionario de instrucción cuando se entere de la comisión de un hecho delictuoso, debe asumir la investigación dictando un auto cabeza de proceso que ordene las diligencias iniciales. De modo que por regla general, es la notitia criminis la que tiene la virtualidad de poner en ejercicio la jurisdicción de que está investido el funcionario dando origen a una relación procesal concreta.

Así las cosas es natural que el ejercicio de la jurisdicción se desenvuelva normalmente; que este poder del Estado se manifieste a través de todas las etapas previstas por la ley de procedimiento, hasta que en sentencia definitiva se absuelva o se condene al sindi-

cado. Sin embargo, razones superiores imponen a veces la necesidad de ponerle fin al proceso por medio de una providencia que se dicta sin que se agoten todas aquellas etapas que constituyen de manera general garantías fundamentales para una recta y cumplida justicia.

2º La razón de ser del artículo 417 del Código Penal Militar.

Esta disposición tiene como clara finalidad evitar actuaciones inútiles, perjudiciales, para la buena marcha de la administración de justicia y para las personas vinculadas al proceso. Dice la Corte: "El artículo 153 que figura en las disposiciones generales de la actuación procesal fue traído a la nueva ordenación del procedimiento que empezó a tener vigencia el 1º de julio de 1938, con el claro fin de evitar diligencias inoficiosas y perjudiciales para la marcha rápida de la justicia y en favor de los sindicados que veían generalmente prolongar una situación embarazosa para ellos, sin medios de definirla, como no fuera el de su sobreseimiento, que solía llegar demasiado tarde y después de una actuación laboriosa o llevada a cabo con marcada decidia, contrariando los propósitos de la economía procesal, en un caso y manteniendo un estado de zozobra para el procesado en el segundo". (Auto de marzo 15 de 1948 T.LXV, pág 161). El mandato contenido en el artículo 153 quedó distinguido con el número 163 de la nueva codificación y es equivalente al que analizamos.

3º Las causales de improcedibilidad.

Son aquellos fenómenos que hacen imposible el ejercicio de la jurisdicción en un caso concreto. El artículo 417 del Código Penal Militar los enuncia en forma genérica:

a) El hecho no tuvo existencia. Por proceso, en general, entendemos la serie de actos coordinados para obtener un fin. Son varios los fines que se persiguen a través del proceso penal, y uno de ellos, que se busca en la etapa sumaria es establecer la realización de un hecho considerado por la ley como delictuoso. Si de manera suficiente se establece a través de las diferentes diligencias que este hecho investigado, o imputado a una persona concreta, no existió, carece de todo sentido proseguir el ejercicio de la jurisdicción. Sencillamente se declara que la afirmación inicial, que justificó la actuación procesal, la noticia criminis, carecía de todo fundamento.

b) El hecho no constituye infracción a la ley penal. De conformidad con el artículo 501 del Código Penal Militar, el funcionario de instrucción debe iniciar el sumario, es decir, debe poner en actividad la jurisdicción de que es delegatario, en forma oficiosa. Se trata entonces de averiguar ahora si realmente el hecho de que tiene conocimiento encuentra adecuación en cualquiera de las descripciones de las conductas que en forma abstracta consagra la ley como delictuosas. Tiene que ver esta causal con la noción que de acuerdo del delito trae el Código de Procedimiento Penal en su artículo

310: la reunión de los elementos objetivos o externos señalados en la respectiva disposición penal. Es natural que si se establece la plena comprobación de que el hecho realizado por una persona natural no se adecúa a ningún tipo legal, como cuando el soldado a quien se acusa del delito de Deserción en la primera modalidad contemplada en el artículo 158 solo estuvo ausente de su Unidad durante cuatro días al cabo de los cuales se presentó, su acción no es típica; se puede afirmar que no infringió la ley penal. Se examina por tanto la tipicidad de la conducta.

Conviene aclarar que salvo en el procedimiento de los consejos de guerra verbales como lo explicaremos, las causas de justificación o de inculpabilidad no pueden reconocerse por medio de una sentencia de cesación de procedimiento argumentando que la ley no considera el hecho como infracción penal; para estos casos las disposiciones procesales prevén el auto de sobreseimiento definitivo. Al respecto el profesor Bernardo Gaitán Mahecha explica que estas no son procesalmente causas de improcedibilidad, pues vienen calificadas por la Ley como de justificación e impunidad; que aunque la ley no considere como delito el hecho cometido en cualquiera de las circunstancias de tales disposiciones, no se trata del significado que a tal requisito da la ley procesal, ya que se entiende no delictuoso el hecho que no se tipifica en la Ley.

El doctor Gustavo Rendón Gaviria en su Procedimiento Penal al referirse a

los casos en que hay lugar a esta providencia, y concretamente a la inexistencia del hecho imputado dice: "es claro esa inexistencia del hecho tiene que estar comprobada para que la imputación quede destruida". Más adelante, al tratar de otra de las causales de improcedibilidad: "Por no constituir infracción penal: la situación que se plantea en este supuesto es algo semejante a la primera, fundada en la inexistencia del hecho, pero son diferentes por cuanto la inexistencia significa que no hubo en realidad hecho alguno, mientras que al no tratarse de infracción penal quiere decir que ha habido imputación de un hecho cierto, pero no constitutivo de delito".

c) El hecho ilícito no lo cometió el procesado. Para poder imputar un hecho delictuoso a un individuo y para deducirle la consecuente responsabilidad penal, es necesario que lo haya cometido; que exista una relación causal entre el mismo y la actividad psicofísica desarrollada por él. Todo el que cometa una infracción a la ley penal, dice el artículo 11 del Código Penal. Esto es lo que autoriza a vinculación al proceso y lo que permite oír al procesado en indagatoria, declararlo reo ausente, llamarlo a juicio. Si el hecho se cometió, si es delictuoso, pero se demuestra con plena prueba que la persona vinculada al proceso no fue el autor, que fue otro individuo el agente, sería contrario a la justicia y a los demás fines del proceso continuar en perjuicio del primer procesado el ejercicio de la jurisdicción; se impone

entonces hacer la declaratoria de un hecho a todas luces evidente, y cesar el procedimiento contra el mismo.

d) La acción penal no podía iniciarse o proseguirse. Es natural que para hacer esta declaración, en vista de la comprobación de cualquiera de las causas previstas en la ley, el funcionario haya dictado auto cabeza de proceso y realizado diligencias de las cuales se deduzca la plena comprobación de la misma. Como lo recuerda la jurisprudencia, los propios términos empleados en el artículo: "en cualquier estado del proceso" indica la realización de una actuación procesal que se inicia con el auto correspondiente. Si a ello se agrega la exigencia de la plena prueba, se llega a la conclusión de que solo puede dictarse en un proceso ya iniciado. El auto inhibitorio de que trata el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal, si bien tiene por ciertos aspectos una finalidad similar aunque su alcance es más restringido, participa de otra naturaleza, y debe ser dictado antes de que haya proceso, y precisamente para declarar que no lo habrá.

Señalaremos en primer lugar los hechos que tienen expresa consagración en la ley penal militar y a continuación los previstos en el Código Penal.

1) De la muerte del procesado. Es una consecuencia del principio aceptado en el derecho penal de que la responsabilidad penal es personal, lo mismo que las consecuencias en que la misma se traduce, penas o medidas de seguridad. La muerte del procesado

extingue la acción penal, dice el artículo 77 del Código Penal Militar en su inciso primero. En el mismo sentido, el artículo 100 del Código Penal. Cosa distinta ocurre con la responsabilidad civil; de acuerdo con el artículo 78 de la ley penal militar, cuando proviene de una infracción se rige por el Código Civil.

2) La prescripción. Es la extinción del poder del Estado para el ejercicio de la jurisdicción en determinado proceso, por el transcurso del tiempo. Este fenómeno está contemplado en los artículos 104 a 107 del Código Penal, y 79 a 83 del Código Penal Militar; en este último estatuto se regula de manera más sencilla: de acuerdo con el artículo 80, la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la sanción fijada en la respectiva disposición penal para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad mayor de cinco años, y en cinco años para los demás delitos; excepcionalmente se consagra un lapso menor de cinco años para un solo delito: la Deserción prescribe en dos años. En la Ley Penal común la prescripción se interrumpe por el auto de proceder; en los procesos de competencia de la justicia penal militar, la prescripción se interrumpe desde el día que quede ejecutoriado el auto de proceder o desde el día en que se dicte la resolución de convocatoria del Consejo de Guerra Verbal, según el caso, artículo 82 *ibidem*. De conformidad con las mismas normas, interrumpida la prescripción, el término prescriptivo comenzará a correr

de nuevo desde el día de la interrupción.

Conviene recordar que no siempre se debe señalar el máximo señalado en el tipo básico, para efectos de la prescripción. Es necesario tener en cuenta aquellas disposiciones aplicables al caso de sub-judice y que varían los límites dentro de los cuales puede el juez de derecho señalar la pena privativa de la libertad; así por ejemplo, el Homicidio simplemente voluntario prescribe en 14 años, artículo 194 del Código Penal Militar; el cometido en riña suscitada de modo imprevisto, en diez años y seis meses, artículo 214; el cometido en una de las circunstancias previstas en el artículo 195, en veinticuatro años; el cometido con exceso en una justificante, en siete años, artículos 24, 26 y 194 *ibidem*; estos son los máximos que la ley permitiría fijar como penas privativas de la libertad en cada caso.

El inciso final del artículo 80 del Código Penal Militar no tiene un alcance distinto de darle un fundamento legal a una constante interpretación doctrinal y jurisprudencial, con miras a evitar el error en que incurrieron muchos funcionarios el tener como base para la prescripción el cómputo de la pena aplicable al caso concreto, teniendo en cuenta por ejemplo la buena conducta anterior del procesado, o la falta de ilustración, o el obrar por motivos nobles o altruistas o por necesidades apremiantes o circunstancias personales graves.

No debe olvidarse de otra parte que el artículo 38 del Código Penal Militar

al tratar de las circunstancias de mayor peligrosidad, dice que agravan la responsabilidad del agente **en cuanto no hayan sido previstas como modificadoras de la sanción** o como elementos constitutivos del delito. Es la propia ley la que hace la distinción entre circunstancias que atenúan o agravan la responsabilidad, circunstancias modificadoras de la sanción y elementos constitutivos de la infracción.

“Para obtener el tiempo máximo que requiere la prescripción de la acción, es necesario acudir a las distintas disposiciones penales que alteran o modifican especialmente aquel máximo fijado por la respectiva norma general para el delito en concreto, porque aquellas y ésta atañen o se contraen a la determinación de la pena extrema que la ley le asigna al hecho punible objeto del proceso”. (Corte Suprema de Justicia casación de octubre 7 de 1954). El alto Tribunal en otras oportunidades recuerda que la palabra “respectiva” usada en la disposición que regula la prescripción de la acción penal, se deriva de “respeto” que quiere decir relación de una cosa con otra. Que lo que prescribe es la acción que nace de un delito concreto o individualizado y no de un delito en su tipo genérico.

Es este el sentido del inciso final del artículo 80 del Código Penal Militar.

3) La cosa juzgada. “El fundamento de la cosa juzgada, es decir, de la inmutabilidad de la decisión del juez, está en la exigencia de la certeza del derecho en el caso concreto; dicha cer-

teza se pone como el necesario complemento de la certeza del derecho en abstracto; esta se realiza mediante la ley, aquella, mediante la jurisdicción". (Leone, Derecho Procesal Penal). Este mismo autor recuerda que el concepto de cosa juzgada es tan antiguo y extenso, que puede considerársele como patrimonio común de la cultura de un pueblo, como principio de derecho universal.

Dice el artículo 387 del Código Penal Militar 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 éste se le de una denominación distinta. En el mismo sentido el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal que extiende la aplicación de este principio al sobreseimiento definitivo y a la providencia especial del artículo 163, excepto cuando se funde en querrela ilegítima. Aquí hace la ley una aclaración que consiste en darle a la querrela ilegítima como causal de improcedibilidad un efecto relativo, pues la cesación de procedimiento en este caso especial no impide iniciar nuevo proceso por el mismo delito si el querellante legítimo presenta la denuncia y no se ha operado la caducidad de la acción.

Es natural que para cada delito el ejercicio de la jurisdicción, o como dice la ley colombiana, el ejercicio de la acción penal se agota con la sentencia en firme; adquiere los caracteres de inmutabilidad y definitividad, que solo pueden ser desconocidos en casos específicamente previstos por la ley

como con la revisión, la amnistía, la condena condicional, etc. Iniciar un nuevo proceso por el mismo hecho sería desconocer el principio *ne bis in idem* y proceder contra la seguridad y firmeza de los fallos judiciales. Como lo ha reconocido la jurisprudencia, se trata de una garantía fundamental para el procesado.

Como puede deducirse de la redacción de las disposiciones citadas, el límite de la cosa juzgada puede considerarse por dos aspectos:

a) Identidad de la persona. ("El procesado condenado o absuelto").

b) Identidad del hecho. ("... aun cuando a este se le de una denominación distinta").

4) El desistimiento. Desistir, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia, es apartarse de una empresa o intento empezado a ejecutar. No fue consagrada esta forma de extinción de la acción penal en el título IV del Libro I del Código Penal Militar. De acuerdo con el artículo 102 del Código Penal, el desistimiento de la parte agraviada extinguirá la acción y la condena penales que no pudieran investigarse sino en virtud de querrela de parte; agrega que el desistimiento no producirá efecto respecto del acusado que no lo acepte; sin esta condición, sería muy fácil presentar querrelas temerarias y luego desistir sin responsabilidad alguna. Desde el punto de vista procesal el artículo 330 del Código de Procedimiento Penal dispuso que el petionario o querellante podrá desistir de la querrela, cuando sea la parte

agraviada, con el consentimiento del procesado, mediante manifestación escrita presentada con los mismos requisitos de cualquier desistimiento judicial; agrega que si se tratara de un incapaz, a nombre suyo puede desistir su representante judicial o el funcionario que hubiere coadyuvado a la querella. Se consagra además que el desistimiento presentado en favor de un procesado comprende a los demás que la acepten. Hay que tener en cuenta que en algunas infracciones cuya investigación no requiere querella, la ley acepta el desistimiento; tales son, el delito de Lesiones Personales cuando la enfermedad o incapacidad no pasa de quince días ni quedan secuelas, artículo 211 del Código Penal Militar y 378 del Código Penal.

5) Falta de Querella. El artículo 501 del Código Penal Militar ordena al Instructor iniciar la investigación cuando se entere de la comisión de un hecho delictuoso; no hizo esta disposición la necesaria aclaración de que debe ser una infracción investigable de oficio como lo hizo el 318 del Código de Procedimiento Penal; pero el 503 recuerda implícitamente esta condición de procedibilidad cuya falta analizamos; si el querellante es legítimo, se procederá a instruir al sumario y si no lo es, pero se trata de un delito investigable de oficio, también se instruirá el sumario dándole a la querella el valor de denuncia. No menciona la ley especial los casos en que es necesaria la querella, que de acuerdo con el artículo 15 del nuevo Código de Procedimiento Penal es la petición que hace la persona

legitimada para ello, para que se investiguen y desde luego se sancionen determinados delitos; sí están señalados en el Código Penal común, así: el descrito en el artículo 132, contra la existencia y seguridad del Estado; los de calumnia e injuria, artículo 347; los de seducción y rapto en los cuales la solicitud debe ser hecha por la persona ofendida, por quien la represente legalmente por quien pruebe un interés legítimo para su protección y defensa, artículo 356; el de contaminación venérea artículo 381; contra la asistencia familiar, artículo 40 de la ley 75 de 1948.

Se eliminó en la nueva codificación la exigencia contenida en el artículo 15 de la anterior ley procesal consistente en que el querellante debía pedir que se impusiera al responsable la sanción correspondiente. De acuerdo con el artículo 15 de la nueva codificación, cuando la ley exija querella de parte o petición especial para iniciar la acción penal, bastará que quien tenga derecho a presentarla formule ante la autoridad competente la correspondiente denuncia. De modo que actualmente la querella es la misma denuncia pero formulada por la persona legitimada para ello.

Pueden presentarse entonces las siguientes situaciones:

(a) Se da principio oficiosamente a la investigación por un delito que requiere querella de parte; la acción penal no podía iniciarse por lo cual es el caso de dictar la sentencia de cesación de procedimiento.

(b) Se inicia el proceso por querella presentada por quien no está legitima-

do para ello; se debe ordenar la cesación de procedimiento.

(c) Lo anterior no impide que el querellante legítimo puede intentar el ejercicio de la acción, siempre que lo haga dentro del término previsto por la ley; es decir, la providencia tiene efectos relativos.

(d) El querellante legítimo la presenta después del término señalado; se opera el fenómeno de la caducidad que analizaremos inmediatamente.

A las explicaciones anteriores hemos llegado ante el problema creado por la excepción que trae el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal en relación con el tránsito a cosa juzgada de la providencia de cesación de procedimiento, conforme lo vimos anteriormente. Sin embargo, cuando se presentan los dos primeros casos, por economía procesal el juez debe decretar la nulidad de lo actuado, por la causal prevista expresamente en el numeral 2º del artículo 210 del mismo estatuto; frente a esta disposición, es innecesario en nuestro concepto dictar una providencia que solo produce sus efectos cuando el superior, al conocer por consulta o por apelación, la confirme.

6) La caducidad. Tampoco se ocupó de esta Institución el Código Penal Militar. El artículo 324 del Código de Procedimiento Penal señala un término de seis meses contados a partir de la comisión del delito cuya investigación requiere querrela de parte, para la presentación de ésta. Si se establece que se presentó después de transcurrir este

Tejidos

Leticia Ltda.

◇ PAÑOS

◇ MANTAS

◇ RUANAS

◇ PONCHOS

◇ HILAZAS

DE

LANA

MEDELLIN

BOGOTA

CALI

término, la acción penal ya no podía iniciarse.

7) La oblación. No está consagrada en el Código Penal Militar; en la Ley Penal común solo es de recibo para las contravenciones cuando tengan solamente sanción de multa, de acuerdo con el artículo 114 del Código Penal. Es una forma de poner fin al procedimiento seguido contra el procesado, pagando la suma que le señale el Juez dentro de los límites fijados por la ley.

8) La retractación. Retractarse es revocar expresamente lo que se ha dicho. Como forma de poner fin al proceso está consagrado en los artículos 346 y 22 de la Ley 29 de 1944 para los delitos de calumnia e injuria. El artículo 180 del Código Penal Militar trata de la retractación espontánea y en el mismo proceso en que el sujeto activo haya rendido la declaración, versión o dictámenes falsos con la oportunidad necesaria para que ella produzca sus efectos, pero el único alcance de ella consiste en que el juez puede conceder al responsable el perdón judicial.

9) El matrimonio como hecho que impide la iniciación de la acción penal o su prosecución si ya está iniciada, no está contemplado en el Código Penal Militar. En el Código Penal tiene su consagración para los delitos de violencia carnal y estupro. La jurisprudencia

lo ha extendido para los delitos de abusos deshonestos y corrupción de menores. Proseguir la acción penal en estos casos, sería ofender los intereses jurídicos que a través de las normas que consagran estos delitos se tratan de proteger.

10) La amnistía. Opera solo para los delitos políticos; corresponde al Congreso concederla por mayoría de las dos terceras partes de los votos de cada Cámara, y solo se concede por graves motivos de conveniencia pública de acuerdo con el numeral 19 del artículo 76 de la Carta Fundamental. La aplicación de la Ley corresponde al Presidente de la República. De acuerdo al artículo 703 del Código de Procedimiento Penal, la providencia que concede la amnistía se comunica al Juez que dictó la sentencia de primera instancia, o al Juez del conocimiento si estuviere pendiente el proceso artículo 705 ibídem; lógicamente el Juez que esté conociendo al recibir la providencia por medio de la cual se concede la amnistía a un individuo no puede proseguir la acción penal, o iniciarla si no ha dictado auto cabeza de proceso. Ante esta causal de improcedibilidad plenamente probada debe dictar la sentencia de cesación de procedimiento, en el primer caso, ya que para el segundo está prevista la providencia de que trata el artículo 320 del Código de Procedimiento Penal.