

# CONCLUSIONES DEL TRIBUNAL SUPERIOR MILITAR CON RESPECTO AL TEMA DEL TRANSITO DE LEGISLACION

## LA COMISION:

Mayor Abogado HECTOR A. DUARTE SAENZ

Magistrado Ponente

JOSE IGNACIO TALERO LOSADA

Magistrado

LEONEL OLIVAR BONILLA

Magistrado

La Comisión designada por la Vicepresidencia de la Corporación, para elaborar el informe o ponencia sobre las conclusiones del debate en Sala Plena del cuatro de agosto de mil novecientos setenta y uno, las presenta a la consideración del Honorable Tribunal Superior Militar, así:

El tema de tránsito de legislación más cuando esta es de carácter procesal apareja complejos problemas de interpretación. Y esta Corporación regida en su labor principalmente por el Decreto Legislativo 0250 de 1958 (Ley 141 del 16 de diciembre

de 1961) ha tenido que enfrentarlos y resolverlos como consecuencia de las intermitentes disposiciones declaratorias de Estados de Sitio; la imposición temporaria del procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales y la atribución de competencia extraordinaria a la Jurisdicción Penal Militar.

De esta suerte el asunto planteado por el H. Magistrado Leonel Olivar Bonilla lo fue anteriormente y dijérase que quedó tratado y resuelto por el consenso del magnífico elenco de juristas que para el año de 1965 in-

tegraban este Tribunal. Resulta, por tanto, oportuna la cita de lo pertinente del Acta de la reunión especial del 2 de junio de ese año:

"...el Dr. Méndez Rodríguez presentó un considerando en el que se plantean cinco casos diferentes: 1º El proceso viene con auto de sobreseimiento que merece ser confirmado. 2º El proceso viene con auto de sobreseimiento que debe revocarse porque hay mérito para una vocación a juicio. 3º El proceso viene con auto de proceder que se ajusta a la ley y a la realidad procesal.- 4º El proceso viene con auto de proceder pero éste debe revocarse porque no hay mérito para llamar a juicio.- 5º El proceso tiene auto de proceder ya ejecutoriado".

Luego de una amplia exposición sobre el tema el Dr. Sorzano Ordóñez manifestó que: "creía indispensable que el Tribunal se pronunciara sobre lo que ha de entenderse por **Actuación iniciada**, puesto que ese concepto era esencial y constituía la clave para la solución que debería darse a cada uno de los eventos".

"...el Dr. Latorre Fonseca manifestó que, en concepto suyo, podrían contribuir a aclarar el alcance exacto del vocablo **Actuación**, los comentarios que sobre ese punto hacen Von Lizst y otros tratadistas alemanes. Para ellos la actuación la componen actos procesales que pueden ser: **De dirección, de formación material y de conclusión**. Para los efectos a que se contrae el debate, tendría interés las dos últimas clases de actos, especial-

mente la última, que la constituyen aquellas providencias que pasan a ser ley del proceso".

Se produjo entonces la intervención de otros H. Magistrados y finalmente se comisionó al Dr. Sorzano Ordóñez para concretar las decisiones adoptadas con relación a los puntos materia del debate.

"...el Dr. Sorzano Ordóñez dijo que esas soluciones se resumirían así: 1º El proceso viene con **Auto de proceder**. Si se encuentra fundado, volverá al Funcionario de Primera Instancia para que continúe el procedimiento previsto en la ley anterior. En caso contrario, respetando la actuación **iniciada**, se revocará el enjuiciamiento, y se dictará en su lugar sobreseimiento definitivo, ya que no existe el temporal en la legislación típica.

"2º Viene con auto de **Sobreseimiento**. Si se halla fundado, obviamente se confirmará. En caso contrario, se revocará y se llamará a juicio, para que prosiga el trámite de la ley anterior.

"3º Viene con **Auto de proceder**, en relación con uno o más delitos, o con uno o más sindicados, pero al mismo tiempo trae mandato de **Sobreseimiento** a favor de uno o más acusados, o con respecto a uno o más delitos. Si se confirma, volverá para que se continúe el procedimiento que se venía practicando. En caso contrario, lógicamente se determinará lo que corresponda de acuerdo con la ley, a saber:

"a). Si sólo se confirma el llamamiento a juicio, se revocará el sobreseimiento, y se dictará enjuiciamiento en relación con el delito o el procesado de que se trate;

"b). Si sólo se confirma el sobreseimiento, se revocará la vocación a juicio y el proceso se archivará; y,

"4º Viene con auto de **Contraevidencia**. Si se confirma volverá al respectivo funcionario para que siga el procedimiento que se estaba practicando. En caso contrario, se regresará también para los efectos pertinentes...."

Todos los Magistrados y Fiscales estuvieron de acuerdo con el anterior planteamiento, incluyendo al Dr. Méndez Rodríguez.

"Hubo unanimidad en la apreciación de que si se sigue la misma línea de conducta con respecto a los procesos que vengan de la Justicia Ordinaria por razón del Decreto N° 1290, tampoco habrá dificultades: Si ya estaba iniciada su calificación, volverá a la oficina de origen para que estos negocios se continúen adelantando en ellas".

Obviamente, sin la pretensión de enmendar ni mejorar la claridad de los planteamientos mediante los cuales se alcanzaron las soluciones transcritas que son la transposición o consecuencia del unánime acuerdo doctrinal y la expresión de un sentido transaccional y práctico; sino, a manera de recuento de la información conocida, parece conveniente tratarla para ilustrar por sus distintos aspectos el asunto concreto debatido.

Si se considera el proceso penal declarativo como un conjunto de actos coordinados entre sí, sucesivamente, mediante los cuales los órganos jurisdiccionales determinan en un caso concreto si corresponde o no aplicar a una persona una sanción, de conformidad con la norma establecida por la ley penal; o sea, de tal manera que en ese desarrollo los momentos o estadios sucesivos son consecuencia los unos de los otros y todos conducen a una finalidad común que es la realización de la pretensión punitiva del Estado por un hecho delictuoso imputado a una persona, debe concluirse que uno de los principios del proceso penal es el de la estabilidad de los actos procesales.

De este modo, cuando se clausura la instrucción porque se estima completa, por medio del auto de cierre de la investigación al cual atribuye la H. Corte Suprema de Justicia tanta importancia, necesariamente ha de pasarse al estadio inmediatamente subsiguiente, o sea, al de la calificación del sumario. Y si esta calificación como epílogo de la instrucción consiste en una verificación negativa de los autos, es decir, en una declaratoria de terminación del proceso porque se considera que concurren ciertos supuestos legales que impiden la apertura del juicio, es claro que este sobreseimiento definitivo como acto procesal de conclusión que es, tiene un sentido preclusivo sobre el objeto concreto que origina la resolución, en este caso terminando una etapa procesal. Porque además, esta decisión

que puede llegar a ser irrevocable según los principios de la cosa juzgada es un pronunciamiento conclusivo de la relación jurídico-procesal.

Los actos de conclusión tienen como característica común la de tender a poner fin a ciertas etapas del proceso penal atendidas su estructura y función únicas.

Y si cuando semejante declaración calificatoria se ha producido, se promulga una ley de procedimiento nueva o se remite a otra existente, es claro que la tramitación del proceso debe continuarse por la ley precedente, porque el cambio de trámite no debe afectar una actuación específica de tanta entidad, contenido y trascendencia.

Por manera que, en razón de los intereses sociales e individuales también, que en el proceso penal se contienen y como consecuencia del principio de la estabilidad de los actos procesales, si se halla improcedente el sobreseimiento definitivo debe revocarse para en su lugar hacer una declaración de certeza positiva en cuanto a la existencia del hecho ilícito y la responsabilidad del imputado, llamándolo a responder en juicio, desde luego supuestas las condiciones legales.

Es decir, que en presencia de un **Sobreseimiento definitivo** dictado sin las exigencias del Artículo 491 del Código de Procedimiento Penal y ante la concurrencia de los requisitos del Artículo 539 del Código de Justicia Penal Militar, debe **Revocarse el sobreseimiento y en su lugar dic-**

**tar auto de proceder**, en vez de revocar el sobreseimiento para que retrotraída la actuación a la etapa sumaria se continúe por el trámite de los Consejos de Guerra Verbales; y lo primero, no obstante la declaratoria del Estado de Sitio y el tránsito a este último procedimiento.

Si se trata de un **Auto de proceder** debidamente fundado, con las mismas razones que ilustran el punto anterior, hay que concluir que debe **Confirmarse** para que continúe el juicio por el trámite que presidió su iniciación.

Finalmente, si debe **revocarse el enjuiciamiento**, en su lugar la instancia debe cumplir su finalidad y por ende debe reemplazarlo por el **Sobreseimiento definitivo**.

La expresada conclusión está fundamentada obviamente en lo prevenido en la ley procesal penal ordinaria y militar y en las normas de interpretación de alcance general de la ley 153 de 1887.

En efecto,

El siguiente es el articulado del Código de Procedimiento Penal:

"Artículo 480. **Calificación del sumario.** Vencido el término del artículo 472, el Juez calificará el mérito del sumario por medio de auto de proceder o de sobreseimiento, que deberá dictar dentro de los quince días siguientes".

"Art. 487. Terminación del sumario. Ejecutoriado el auto de proceder, **termina el sumario**".

"Art. 492. Archivo por sobreseimiento definitivo. Los asuntos termi-

nados por sobreseimiento definitivo se archivarán”.

Y en la misma tónica el Art. 495 prescribe el archivo por ejecutoria del segundo sobreseimiento temporal y dispone previas ciertas condiciones el cese de la investigación.

Y el articulado del Código de Justicia Penal Militar, es semejante:

“Artículo 493. En todos los procesos militares se distinguen dos períodos: El sumario y la causa.

“Hay sumario desde el auto cabeza de proceso hasta la ejecutoria del de **calificación** y luego sigue la causa”.

“En el procedimiento de los Consejos de Guerra Verbales se considera que hay causa a partir de la formulación de los cuestionarios”.

“Artículo 538. Devuelto el proceso, se **calificará** su mérito dentro de los quince días siguientes”.

“Artículo 543. Si no fuere el caso de proferir auto de proceder, se dictará auto de sobreseimiento definitivo, cuya consulta es **obligatoria**”.

Las anteriores transcripciones relevan a la Comisión de más argumentación, porque indican cómo el proceso penal está o aparece claramente dividido en tres estadios o etapas: la instructiva, la de calificación o conclusión y la decisoria o de juzgamiento, que conlleva la sentencia definitiva.

De este modo para la aplicación de los principios interpretativos de la Ley 153 de 1887 debe atenderse a esta división tripartita. Y advertirse que la etapa de calificación es de tanta entidad que una vez producido un acto

procesal de conclusión, cualquiera sea su sentido, preside y gobierna el desarrollo ulterior del proceso penal.

Bien conveniente parece además, complementar estas anotaciones con la transcripción de apartes de la doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia y de los escritos de autores, pues jamás la ley se ha bastado a sí misma para su aplicación sino que ha requerido la interpretación:

“El carácter de pública, esto es, de norma de Derecho Público, opuesta a la de Derecho Privado, de la ley procesal penal -en lo cual coinciden todos los expositores de esta disciplina- funda el principio de su retroactividad, esto es, de su inmediata aplicación desde el momento en que adquiere vida legal, sea en cuanto a los procesos ya iniciados, sea en cuanto a los que posteriormente hayan de iniciarse.

Florián explica así este principio: “El proceso penal -dice- presenta un contenido de muy alto interés público: la organización de la jurisdicción, las formas procesales, los mandatos de su observancia, etc., son de carácter público. Aquí no hay derechos adquiridos, y sería una herejía hablar de cuasicontratos judiciales, como se habla en el proceso civil. Por lo tanto, el Artículo 2º del Código Penal (irretroactividad) no corresponde ninguno del de procedimiento penal, y de aquí la vigencia de la norma de la aplicación inmediata de la ley procesal penal, cuya fuerza se extiende también a los procesos pendientes y a los iniciados por delitos cometidos antes de su promulgación”.

La ley colombiana no es menos franca en la afirmación de dicho principio. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prescribe el Artículo 40 de la ley 153 de 1887- prevalecerán sobre las anteriores, desde el momento que deben empezar a regir; posteriormente, la misma ley, al precisar el alcance del principio de la irretroactividad de la ley penal, confirma el de la retroactividad de la ley procesal penal: "La ley preexistente -dice el Artículo 43 de la misma ley- prefiere a la ley ex post facto en materia penal. Nadie podrá ser juzgado o penado sino por la ley que haya sido promulgada antes del hecho que da lugar al juicio. Esta regla sólo se refiere a las leyes que definen y castigan (sic) los delitos pero no a aquellas que establecen los tribunales y determinan el procedimiento -subraya la Corte- las cuales se aplicarán con arreglo al Artículo 40". (Auto del 21 de mayo de 1948, G.J. Tomo LXIV, Nº 2062-63, página 559).

Y el mismo autor **Florián** en la continuación del tema sobre los "Límites de la aplicación de la ley procesal penal en el tiempo", expresa:

"Pero esta regla no está libre de excepciones. En primer lugar, aunque eficacia jurídica de los actos procesal penal nueva, queda en pie la eficacia jurídica de los actos procesales anteriores, es decir, de los realizados bajo el imperio de la norma derogada. Y esto parece natural, ya que si se siguiese otro criterio, de un lado, el procedimiento carecería de

*Leticia Ltda.*

*Tejidos*

♦ PAÑOS

♦ MANTAS

♦ RUANAS

♦ PONCHOS

♦ HILAZAS

DE

LANA

MEDELLIN  
BOGOTA  
CALI



toda estabilidad, y de otro, la dificultad práctica de realizar todo de nuevo sería extraordinaria. De aquí el principio de la validez de los actos procesales realizados al amparo de la norma derogada o modificada y de los efectos jurídicos que deriven de los mismos. Esto se puede decir de los actos de prueba (R.D. de 28 V. 1931, Nº 602, art. 605), por lo que la posible nulidad de los mismo se regula por normas del Código derogado (R. D. cit., art. 74).

“En segundo lugar, algunos quieren restringir el principio de la aplicación inmediata de la norma procesal nueva, en el sentido de que la retroactividad no tenga efecto cuando redunde en perjuicio del acusado. O sea, que se trata de trasladar aquí el principio de derecho penal de la retroactividad de la ley más favorable al acusado”. (“Elementos de Derecho Procesal Penal”, págs. 43 y 44).

Y del mismo modo enfoca la cuestión el autor colombiano **Luis Eduardo Mesa Velásquez**, cuando escribe:

“**Límites temporales.** Es un principio general, unánimemente aceptado por la doctrina (Alcalá - Levene, I, 140; Florián 43; Manzini, I, 229; Belling, 12, Oderigo, 23) que la ley procesal penal se aplica no sólo a los procesos nuevos, es decir, pendientes de realización, sino también a los iniciados bajo el imperio de la ley derogada, sin referencia a la fecha de comisión del delito, reconociendo así, por razones de justicia y conveniencia, la eficacia jurídica o validez de los actos cumplidos con las ritualida-

des de la ley abrogada, muchos de los cuales no serían susceptibles de nueva ejecución.

“Ese principio, que no es propiamente de retroactividad como opinan algunos, puesto que la ley procesal no se aplica al delito cometido sino al procedimiento, que no es un hecho pasado sino presente o futuro (14), descansa en la naturaleza eminentemente pública de las normas procesales, y en la consideración de que el Estado es libre para reglamentar como le plazca la administración de justicia, y se debe suponer que toda nueva ley procedimental es más sabia, más técnica, más apropiada para descubrir la verdad, más conforme con las necesidades de la defensa social y, en un sistema procesal democrático, igualmente respetuosa de los derechos o intereses individuales.

“Esa regla doctrinaria de aplicación inmediata de la nueva ley procesal está entre nosotros consagrada en el Artículo 40 de la Ley 153 de 1887, según el cual ‘Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación’. (Derecho Procesal Penal, página 9).

Ahora, en lo atañadero al sentido y alcance del Artículo 40 de la citada Ley 153 de 1887, y más precisamente con relación a las locuciones: “térmi-

nos", "actuaciones" y "diligencias", la misma alta Corporación en providencia del 10 de marzo de 1966, sobradamente conocida, los interpretó así:

"Conforme al Artículo 40 de la Ley 153 de 1887, las prescripciones legales 'concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir', salvo en lo que respecta a 'los términos que hubieren empezado a correr, y a las actuaciones y diligencias que ya estuvieron iniciados', que 'se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación'. Importa pues, en el objetivo de dirimir la colisión de que se trata, determinar el concepto de **término**, de **actuación** y de **diligencia**, lo que ha hecho la Corte de la manera siguiente:

"Por términos judiciales ha de entenderse 'los plazos señalados por la ley o por el Juez para que dentro de ellos se dicte alguna providencia, se haga uso de un derecho o se ejecute algún acto en el curso del juicio' y ellos empiezan a correr desde el día siguiente al de la notificación del auto que los concede según las voces del Artículo 366 del C. de P. C., aplicable al procedimiento penal según el Artículo 79 del código procesal de esta materia y también en parte, por lo preceptuado en el 177 del últimamente citado estatuto.

"Entonces, saber cuándo un término ha comenzado a correr, es cosa trivial, y dejarlo agotar contabilizándolo según la antigua norma, no resulta menos fácil. Por ejemplo en el

caso de autos, si una providencia se había notificado el 19 de mayo, el término para su ejecutoria, empezado a correr el 20, debía transcurrir completo en el Juzgado Penal del Circuito o en el Tribunal Superior de Buga para enviarlo a la justicia penal militar.

"Mayor dificultad entraña saber qué son actuaciones y diligencias comenzadas.

"Si se revisan con cuidado los capítulos referentes a 'Actuación' tanto en el Código de Procedimiento Civil como en el de Procedimiento Penal, se comprenderá que la ley misma confunde los términos en cuanto usa indistintamente los de 'actuación y diligencia'. Lo que no es un error, ya que, como se verá, toda diligencia es una actuación".

"Ahora bien, para la Corte hay una actuación genérica y actuaciones en el sentido específico. La primera no es otra que todo el conjunto procesal. Provocado el ejercicio de la jurisdicción, se inicia la acción penal dirigida a investigar el delito y a determinar la responsabilidad de él, o a concluir que no ha existido tal delito o que el procesado no lo ha cometido o que, si lo cometió, lo fue en éste o en aquél grado, o no es responsable de él o el hecho está justificado. Comienza con el auto cabeza de proceso, o con la queja o denuncia respectiva, y termina con una sentencia en firme. Todo esto es 'una actuación' en sentido general, pero de ella no trata el artículo 40 precitado porque claramente se observa que no se refiere



al desarrollo integral del proceso mediante el cual se ejercita la acción penal, ya que entonces no habría ninguna prevalencia de las nuevas leyes en los ya iniciados.

"Las actuaciones, en sentido específico, son actos diferentes que realizan las personas que intervienen en el proceso penal, actos individualizados, de límites precisos y especificados en la ley procesal: denuncia, auto cabeza de proceso, indagatoria, necropsia, dictámenes periciales, inspección ocular, audiencia, recepción de un testimonio, careos, etc.

"En cada instancia hay diversos actos, pero una instancia no es una actuación en el sentido que le da la disposición comentada. Por cuya razón, ni debe terminarse ante la antigua competencia la primera, ni tampoco la segunda, cuando la ley cambia dicha competencia. En ellas lo que debe concluirse es la actuación o diligencia comenzada. (Auto de enero 28 de 1966)".

Anteriormente, en extensa e importante providencia refiriéndose a la ley tantas veces citada, habíala calificado:

"Es todo un sistema de interpretación el que consagran los Arts. 40, 43, 44 y 45 de la ley 153 de 1887, al cual no es posible sustraerse cuando se trata de interpretar la Constitución. Pues los artículos 22 y 24 (hoy 26 y 28) de ella fueron desarrollados e interpretados por el legislador, que como se observó, por extraña y feliz ocurrencia, fue al propio tiempo el constituyente de 1886".

Finalmente, es conveniente recordar que la H. Corte Suprema de Justicia interpretando el pensamiento del constituyente y legislador, aclaró que la expresión "juicio" equivale a la de "proceso": y quizás por esto la Comisión Revisora del Código de Procedimiento Penal que preparó el Decreto-Ley 409 de 1971, redactó del siguiente modo el artículo 1º:

"Art. 1º. Legalidad del proceso. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se impute, ante juez competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada proceso. (Const. Nal., 26; ley 153 de 1887, 40)".