

El problema desaparece por completo si se considera que en la simulación hay un solo acto o contrato: el que consta o se establece por medio de la prueba oculta. El que aparenta la prueba pública u ostensible es un contrato inexistente.

Mientras considere que la simulación implica dos actos, la Corte se expone a regresar insensiblemente a la vieja y recogida teoría de la simulación-nulidad; porque si para la Corte la inexistencia se confunde con la nulidad absoluta, tarde o temprano acabará por sostener que el acto ostensible, carente de consentimiento, objeto y causa, es absolutamente nulo.

Y volverá el problema de armonizar el artículo 1.766 del Código Civil con el 1.748 de la misma obra.

6. Creo haber llegado a estas conclusiones:

1ª—La inexistencia del contrato aparente es fenómeno previsto en nuestro Código Civil. Proviene de falta de consentimiento, de objeto u objetos o de causa, condiciones de existencia de todo contrato. Y no se confunde con la nulidad absoluta, ni con la relativa.

2ª—La apariencia de contrato no corresponde a la realidad en tres casos distintos: cuando un contrato solemne por instrumento público se celebra y prueba por medio distinto de la solemnidad misma; cuando es falsa la prueba con que se pretende establecer la existencia de un contrato cualquiera; y cuando el contrato de que da fe una prueba es simulado.

RICARDO URIBE HOLGUIN

LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

(Comentario al Art. 105 del C. P.)

Por JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

La prescripción de la acción penal es una institución jurídica que tiene su fundamento en el hecho de que, si transcurrido cierto tiempo, la sociedad, que es la directamente ofendida con la comisión de un delito, no ha sido capaz de lograr su sanción, pierde entonces el derecho a hacerla efectiva, y el responsable de la infracción queda libre de los rigores de la justicia, porque no sería justo o equitativo en caso alguno que el que cometió un delito o cualquiera otra infracción de la ley penal quedara indefinidamente expuesto a que en un momento cualquiera se le hiciera efectiva la sanción que le correspondía por ese hecho.

El Código Penal Colombiano reglamenta lo relativo a la prescripción de la acción y de la condena penales en sus Arts. 104 a 112 inclusive, y es en el Art. 105 donde se señalan los términos en los cuales se consuma la prescripción de la acción penal.

Dice el mencionado Artículo: “La acción penal prescribirá: en treinta años, para las infracciones que tengan señalada una pena privativa de la libertad de veinte años o más.

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 menor de veinte.

En cinco años para los demás delitos.”

A primera vista la redacción de este artículo parece suficientemente clara, pero su aplicación ha dado lugar a muchas discusiones y a diversas interpretaciones.

La principal duda ha surgido en relación con lo que deba entenderse por la “respectiva disposición penal” de que habla el artículo legal transcrito, es decir, si por tal debe entenderse aquella disposición en que el código define el delito, y trata de él de una manera general, por

decir así, o si por el contrario debe entenderse por tal la disposición que se aplicaría al proceso en el cual se ha de decidir acerca de la prescripción de la acción penal, caso de proferirse en ese proceso sentencia condenatoria.

Un ejemplo aclarará lo anterior: se trata de un delito de hurto cometido en horas de la noche. En tal caso al proferirse en el proceso correspondiente sentencia condenatoria, la pena aplicable sería la que resulta de la aplicación conjunta de los Arts. 397 y 398 del C. P., porque esta última disposición contempla el hecho de haber sido consumado el hurto en horas de la noche, como una de las circunstancias que dan lugar a que la pena de prisión señalada en el Art. 397 se aumente hasta en una mitad.

Se tiene así que en definitiva, la disposición concretamente aplicable en dicho proceso, al proferirse sentencia condenatoria, es el Art. 398 y no ya el Art. 397.

Pues bien: se pregunta entonces si al decidir acerca de la prescripción de la acción penal en ese mismo proceso, la disposición penal respectiva de que habla el Art. 105 del C. P. será el Art. 397 en el cual dicho código define el delito de hurto y trata de él de una manera general, o si, por el contrario, lo será el Art. 398, disposición que, como se ha dicho, sería la que en definitiva se aplicaría al proferirse sentencia condenatoria.

En otros términos: se trata de saber si el máximo de pena, en un tiempo igual al cual prescribe la acción penal, es aquel que señala como tal el Art. 397, o es por el contrario el que resulta de la aplicación del Art. 398, es decir, el máximo señalado por el Art. 397 aumentado hasta en una mitad.

El Tribunal de Bogotá ha sostenido la tesis de que en ese caso la prescripción no se consuma sino en un tiempo igual al máximo de pena que resulta de la aplicación del Art. 398, por ser ésta la disposición penal aplicable en el proceso, caso de proferirse sentencia condenatoria, y esta tesis ha sido aceptada por la generalidad, por lo menos, de los Juzgados del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin embargo, nosotros, a pesar de lo respetable que es la corporación que es su autora, consideramos que esa doctrina es infundada e injusta, y así lo hemos sostenido también en varias providencias durante el desempeño de un Juzgado Municipal de esta ciudad.

En efecto: a nuestro modo de entender, la redacción del Art. 105 es suficientemente clara en el sentido de que por respectiva disposición

penal, de que habla ese artículo, no puede entenderse otra que aquélla en que el Código define el delito y trata de él de una manera general, y no aquélla en que se establece alguna agravación de la pena para cuando el delito haya sido consumado en determinadas circunstancias, que a juicio del legislador dan lugar a dicha agravación.

Pero, si no quiere convenirse en esto, debe entonces sin duda aceptarse que el Art. 105 de que se viene hablando, no es claro porque por la respectiva disposición penal de que allí se trata, puede entenderse tanto la una como la otra, y debe igualmente aceptarse que para lograr una correcta aplicación del dicho artículo, es necesario interpretarlo, siguiendo para hacer tal cosa, las normas que sobre el particular contienen las leyes, tanto en lo que se refiere o toca con la interpretación en general de las normas legales, como también con lo que toca especialmente con la interpretación de las leyes penales, y con la aplicación de esas mismas leyes.

A este respecto se encuentra ante todo el Art. 26 de la Constitución Nacional que en su inciso segundo ordena de manera clara y terminante que “En materia criminal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”.

Pero a más de este precepto constitucional, que como tal es de preferente aplicación a cualquiera otra disposición legal que le fuera contraria, se encuentra una norma igual en el Art. 5 del C. de P. P., y asimismo en el Art. 44 de la ley 153 de 1887, cuyo Artículo 45 ordena, además, en su parte final, que en materia penal “los casos dudosos se resolverán por interpretación benigna”.

Aplicando las anteriores disposiciones a la interpretación del artículo 105 del C. P., se llega sin mayor dificultad a la conclusión de que, caso de no aceptarse la tesis de que por la respectiva disposición penal de que habla ese artículo, se entienda aquélla en que el Código Penal define el delito y trata de él de una manera general, no puede por lo menos considerarse como tal una disposición en que se agrave la pena establecida en la otra, porque entonces siempre sería ésta la de preferente aplicación en el caso dudoso, por ser más favorable para los intereses del procesado.

Se tiene de este modo, que, en tratándose, como se ha dicho, de un delito de hurto consumado en circunstancias de nocturnidad, al decidir en el proceso correspondiente acerca de la prescripción de la acción penal, para saber en cuánto tiempo se opera este fenómeno, no de-

be tomarse en cuenta el máximo de pena resultante de la fijación del artículo 398 del C. P., sino el máximo señalado en el artículo 397, y así, atendida la reforma introducida a este artículo por el 1º de la ley 4 de 1943, la prescripción de la acción penal en un proceso por el delito de hurto consumado después de la vigencia de esta última ley, se operará en seis años, tiempo igual al máximo señalado por las mencionadas disposiciones legales, y no en ocho años, tiempo máximo de pena imponible caso de proferirse sentencia condenatoria y resultante de la aplicación conjunta de los artículos 397 y 398 del C. P. conforme se ha sostenido por el Tribunal Superior de Bogotá.

Pero, a más de infundada, de contravenir disposiciones legales claras y terminantes, esta doctrina, es a nuestro modo de ver, también injusta. En efecto, deja sin resolver, la situación jurídica del procesado, por un tiempo, en la mayor parte de los casos, mucho más largo que aquél en que hubiera durado sin decidir dicha situación, caso de haberse concluido el proceso, de haber sido proferida en su contra sentencia condenatoria, y cumplida por aquél la pena impuesta, y todo esto debido únicamente a que el estado no cumplió a tiempo con la obligación, que pesa sobre sus funcionarios, de reprimir la delincuencia.

Cierto es que esto ocurriría igualmente en la mayor parte de los casos aun tomando en cuenta para efectos de la prescripción de la acción penal, únicamente el máximo de sanción señalado en el precepto penal en el cual se trata del delito respectivo de una manera general, porque es un tanto excepcional el caso de que a un procesado se le pueda sancionar con el máximo de pena imponible, pero, con mayor razón todavía, y por un tiempo también más largo, y, por lo tanto, con mayor gravedad aún, ocurre esto en el caso de tomarse para los efectos dichos, el máximo resultante de agravar la pena señalada en la otra disposición legal.

Ahora bien, si es jurídico y justo que se deje a los funcionarios encargados de la represión del delito un tiempo suficiente para que realicen su tarea, no lo es por el contrario, el que se deje en suspenso por un tiempo excesivamente largo, la situación jurídica del procesado, haciendo para ello uso de interpretaciones infundadas de los textos legales, a fin de lograr así que se retarde un tanto la consumación de la prescripción de la acción penal, cuando es de notoriedad pública, que en la mayor parte de los casos en que ésta se opera, se debe a negligencia de los funcionarios encargados de adelantar los procesos.

Por último, de aceptarse que el máximo de pena que debe tenerse

en cuenta para resolver acerca de la prescripción de la acción penal, es el que señala o resulta de la disposición legal que debería aplicarse al proferir en el proceso sentencia condenatoria, estimamos que entonces debería ser tenida en cuenta no sólo la disposición en que se establece una agravación de la pena, sino también aquélla o aquellas en que la ley consagre para el caso concreto una reducción de la misma pena, como lo es, en algunas ocasiones, para el delito de hurto, el Artículo 400 del C. P., y que en general deberían hacerse los mismos cálculos que se realizan en una sentencia condenatoria para determinar la pena concretamente imponible al caso, y luego, teniendo en cuenta esa pena, resolver, con base en lo dispuesto en el artículo 105 del C. P., en cuánto tiempo se consuma en el proceso respectivo la prescripción de la acción penal.

Sin embargo, esta tesis, aunque más justa y aceptable que aquella que tan solo toma en cuenta la disposición en que se establece alguna agravación de la pena, no tiene quizás suficiente fundamento legal, porque la ley habla de respectiva disposición penal, y de aceptarse esta opinión deberían tomarse en cuenta varias disposiciones, y, además, es un tanto peligrosa porque se presta a determinaciones arbitrarias de la pena imponible y del tiempo en que consecuentemente se opera el fenómeno de la prescripción, porque cuando se va a resolver acerca de la prescripción de la acción penal seguramente, las más de las veces por lo menos, no obran en el proceso suficientemente demostrados todos aquellos elementos que se requieren para hacer un estudio concienzudo de la peligrosidad del procesado, de las modalidades del hecho delictuoso, etc., pues de lo contrario no habría razón para que el proceso no se hubiera concluido y proferido en él la correspondiente sentencia.

JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI