

# Necesidad de un Nuevo Código Civil

Conferencia del Dr. Arturo Valencia Zea

Saludo del Decano:

La Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, se honra hoy nuevamente con la presencia de otro de los grandes juristas del país, esta vez, la del doctor Arturo Valencia Zea. Estas brevísimas palabras mías no pretenden la necesidad de presentarlo. El es suficientemente conocido por una de las más vastas obras científicas de que se tenga noticia en nuestro medio jurídico. Es autor de una gigantesca obra de Derecho Civil que ha venido a enriquecer el caudal de nuestra literatura jurídica y ha estado por muchos años vinculado a la cátedra y a la vida universitaria, a la que pertenece con derecho propio. Ha sido magistrado de la Corte Suprema de Justicia en donde brilló por su inteligencia, por su perspicacia y por su profunda penetración en estos temas. De esta manera mis palabras sólo están dirigidas a agradecerle a él la gentileza con que ha acatado nuestra cordial invitación para formar parte de los expositores con que programamos la celebración del centenario de la aparición del Código.

— ◇ —

Señor Decano de la Facultad de Derecho, señores Profesores, señoras, señores: Agradezco muy sinceramente al señor Decano las benévolas palabras que ha tenido en este momento para mí.

Mi exposición pretende elaborar un juicio crítico sobre la obra de don Andrés Bello. Sobre su Código Civil del 26 de mayo de 1873, cuyo centenario se está celebrando o se celebra este año y tengo entendido que la única Facultad de Derecho del país que se ha acordado de nuestro Código Civil es esta ya ilustre Universidad Autónoma de Bucaramanga.

Sobre la obra de don Andrés Bello se han emitido varios juicios. Hubo un tiempo en que se afirmó que lo suyo no era otra cosa sino traducción sin beneficio del Código de Napoleón de 1804. Rodríguez Piñeres uno de nuestros célebres civilistas, advirtió que Bello, en lo esencial, se acomodó a los cuadros del Código de Napoleón de 1804. Frente a esta tesis notoriamente falsa vino otra que afirmó lo contrario, afirmando que Bello era un creador de nuestra literatura jurídica civil. Compara-

ban la obra de Bello con el Código de Napoleón y observaban que no coincidían muchas de sus soluciones, ni su método, ni su técnica, llegándose a afirmar entonces por eso, que Bello era un creador.

En primer lugar, don Andrés Bello ni es un traductor, ni es un plagiaro de la obra francesa de 1804. Lo segundo, tampoco es cierto que haya sido un genio, que haya creado de la nada todo nuestro derecho civil. Para saber exactamente, con la mayor precisión, qué representa la obra de Bello, debemos tener en cuenta un hecho histórico, cual es el de que los Códigos Civiles europeos del siglo pasado eran Códigos romanísticos, Códigos que tenían en cuenta en forma preponderante las soluciones del Derecho romano, ante todo del Corpus-Juris de Justiniano. Sin embargo, no puede creerse que la obra mencionada de Bello sea simplemente una traducción del puro Derecho romano tal como se encuentra en las Institutas de Justiniano, sino es necesario tener en cuenta que, caído el Imperio Romano, las instituciones dieron lugar a tres corrientes romanísticas muy importantes:

La primera es la corriente francesa, que se formó con el antiguo derecho escrito del Sur de Francia que era puro Derecho Romano y la costumbre francesa; que más tarde se fueron fusionando hasta dar lugar al Derecho Consuetudinario Francés, representado ante todo en la costumbre de París, cuyo intérprete principal fue Pothier y de donde salió en forma preponderante el Código de 1804.

Otra corriente quizá menos conocida en nuestro medio, fue la vieja corriente Germana representada en primer término por el Derecho Germano de algunos Estados alemanes y que surgió en la vida social de esos estados hacia el año de 1700 aproximadamente. Hacia ese año se produjo un hecho verdaderamente significativo: los juristas alemanes afirmaron que el verdadero Derecho era el Romano, presentándose una recepción de las Institutas de Justiniano, recepción total a tal extremo, que muchos juristas alemanes estimaron que debían conocer en mejor forma posible el latín y obras hubo escritas directamente en tal idioma. Con el correr del tiempo, estas dos tendencias, Derecho Germano y Derecho Romano fueron compenetrándose y nació la célebre escuela de las "Pandectas" o sea el "usus modernus pandectarum", que tuvo gran influencia durante los siglos XVII y XIX en Alemania. Sus intérpretes principales fueron, Savigny, Ihering, Windscheid y otros juristas.

Por último, una tercera corriente, romanística también ella, representada por las viejas leyes de España. La Siete Partidas fue puro Derecho Romano y la Novísima Recopilación lo fue también.

Andrés Bello, conoció las obras básicas de esas tres corrientes, conoció el Código de Napoleón de 1804, conoció la obra de Pothier y también conoció obras de los autores germanos, especialmente la de Savigny y la de Puchta. Obviamente conoció la vieja corriente española representada por las obras que ya les mencioné y que en muchos casos rigieron en nuestro país entre el año de 1825 y 1873 cuando el 26 de mayo se expidió el nuevo Código Civil. Es muy fácil demostrar cómo las tres corrientes influyeron en el ánimo de Andrés Bello: En el Libro de Bienes, por ejemplo, existen dos procesos necesarios para que una propiedad quede legalmente transmitida, el contrato y la tradición. El Derecho Francés, en cambio, dice que la propiedad se transmite por el solo contrato. La corriente germánica afirma: Para que una propiedad se transmita se necesita el consentimiento y la tradición. Ese punto de vista lo tomó entonces Bello de la corriente germana y no de la francesa. En la teoría general de la posesión, la misma definición que presenta el autor mencionado coincide con la que Savigny dio de esa institución. Y en cuanto a con-

tratos y a obligaciones es notoria la influencia de Pothier, es decir, del Código Francés de 1804.

Que también tuvo Andrés Bello en cuenta normas jurídicas del viejo Derecho español, lo prueba en derecho sucesorio la cuarta de mejoras. Ella es una institución españolísima, no conocida en el Derecho germánico ni tampoco en el francés. Total de todo, que los únicos Códigos Civiles del mundo que tratan la cuota de mejora son: El Código español y el Código de Bello y por tanto los Códigos salidos del de Bello, entre los cuales está el Código colombiano, el del Ecuador y también el Código Civil del Salvador.

Una advertencia complementaria es la de que no solamente Bello consultó estas corrientes, sino que fue directamente al Corpus Juris. Que fue un latinista, está fuera de toda duda; cuando encontraba que alguna norma de Derecho romano no aparecía correctamente traducida o adaptada a alguna de las tres corrientes, se tomaba el trabajo de leer directamente las Institutas de Justiniano.

De manera que el Código de Bello no es una traducción del Código francés; creo que sobre esto no debo de insistir, hoy todo el mundo está conforme con tal criterio. Tampoco Andrés Bello fue un plagiaro, ni un genio creador, él no creó esas instituciones jurídicas, labor hasta cierto punto imposible. Lo que sí llama la atención es la presentación del trabajo, la gran cultura, la gran cantidad de documentos de trabajo que tuvo a su disposición. El tuvo en cuenta que el Derecho Civil francés no era el único Derecho existente en ese entonces sino que tomó las corrientes romanísticas y realizó una magnífica recepción del Derecho europeo a nuestras costumbres. Eso representa el Código Civil de Bello. Los demás Códigos de América Latina son también una recepción del Derecho europeo, pero con una gran diferencia; algunos de ellos son meras traducciones del Código de Napoleón, como sucede con el de Bolivia y como sucedía con el antiguo Código Civil del Perú.

En manera alguna al decir que Bello no fue un creador del sistema jurídico que nos rige hoy día, quiero restarle méritos en lo mínimo a este grande hombre. El dispuso de toda la cultura humanista que tuvo a su alcance en el siglo pasado. Como ya lo dije, no hay que olvidar que Bello dominaba el latín y era un intérprete de muchas obras latinas. Estudió griego porque quiso entender a Sófocles y a Homero en su propio idioma. Se especializó también en español antiguo, ya que quiso explicar los orígenes de las raíces de todas las palabras y de todas las proposiciones del célebre poema el "Mío Cid", escribiendo sobre él una obra que solo terminó precisamente el año de su muerte en 1875. Pero hay algo más, fue un gran poeta, afirmación que no necesita ser demostrada; en nuestros medios latinos es más conocido Bello como poeta que como jurista. Recuerden ustedes su célebre obra a la Agricultura de la Zona Tórrida, una de las máximas de la literatura española según Marcelino Menéndez y Pelayo. Un gran periodista. ¡Qué cantidad de actividades a las que se dedicó Bello! Como periodista fue director de "El Araucano", periódico oficial de los chilenos fundado hacia 1829. Fue gran jurista, aunque no tuvo título de abogado, porque se dice que comenzó sus estudios de Derecho en Caracas pero no los terminó; posteriormente comenzó sus estudios de medicina que tampoco terminó; pero en todo caso, por su cuenta y riesgo, siguió profundizando estas materias jurídicas y escribió su obra "Principio de Derecho de Gentes", compilación que para su época fue muy completa. Como gramático sus "Principios de Ortología y Métrica", "La Gramática de la Lengua Española destinada al uso de los americanos", atestiguan su gran valor. Hubo otra actividad que es poco conocida y a la que se dedicó. Examinaba mucho los astros y escribió un Tratado de Cosmografía.

Es autor también de un compendio de la historia de la literatura; se dedicó a estudiar el italiano para traducir a "Orlando Enamorado" de Boyardo, que según Menéndez Pelayo, es la mejor que se ha hecho al idioma español. Del francés tradujo "Los Duendes", "Moisés salvado de las aguas", y aquella poesía que todos conocemos: "La Oración por Todos". Dentro de otra rama del saber a la que se dedicó, escribió su "Filosofía del Entendimiento". La presentación hecha, estoy seguro, no agota todas las actividades a que se dedicó.

Fue también un gran organizador. Fue el primer Rector de la Universidad de Chile. Los chilenos viven orgullosos de esa Universidad que durante muchos años él organizó. De modo que, definitivamente, no fue sólo hombre de gabinete, hombre de estudio, sino también, hombre que supo desplegar una gran actividad en muchos campos.

Bello tiene ciertas analogías con uno de los más grandes pensadores germanos, Goethe, quien también desconcierta por la inmensa cantidad de actividades que desarrolló en su vida. Goethe fue astrónomo, poeta, director de teatro en la ciudad de Weimar, donde murió. Hoy día difícil es conseguir hombres que puedan dedicarse a tantas y a tan diversas actividades. Eso lo pongo de relieve para demostrar que Bello fue un gran pensador del siglo pasado y un gran administrador de la cultura.

En cuanto a la afirmación que desarrollo de que Bello no creó el sistema jurídico, pero sí adaptó el europeo a nuestro medio, es suficiente recordar aquí algunas de sus palabras cuando dice: "Nuestra República nace, pero a su alcance están todas las adquisiciones intelectuales de los pueblos que la han precedido". "No puede imaginarse que Chile —escribía para Chile—, sea una República que haya salido de la nada, todas las generaciones anteriores han trabajado para nosotros". Otro estudio sobre Andrés Bello en relación con este aspecto es el de los expositores europeos Arminjon, Boris-Nolde y Wolff, quienes conocieron su obra. La estudiaron cuidadosamente y afirmaron: "Bello se inspiró no sólo en el Código francés de 1804 sino también en la tradición española, en la doctrina romanística y en Pothier y Savigny", y agregan, "...la influencia del Derecho romano fue más grande que la francesa". También entre los juristas actualmente vivos está Moreno Jaramillo, quien terminantemente dice que Andrés Bello no fue un traductor ni un plagiaro del Código francés, advirtiendo que se inspiró en el Derecho romano y agregando que también lo hizo en algunos Códigos de Estados italianos como El Sardo.

En esta forma pretendo hacer una presentación de la obra de Bello en cuanto a los elementos de trabajo que él tuvo, para ubicar lo más exactamente a este jurista y pensador.

Cuáles fueron los principios esenciales consagrados en su Código Civil?

En primer término, la igualdad de todos los seres humanos frente al Derecho. Todos los seres humanos son personas, reza el Art. 74 del Código Civil. Organizó la familia bajo estas bases, la familia monógama y la libertad que tiene cada cual para integrar o no una. En tercer término tuvo en cuenta la propiedad privada. En aquel entonces, Bello conoció poco de aquellas tendencias sociales sobre la propiedad, de manera que estructuró para el Código una en forma bastante egoísta, bastante absolutista, libertad del hombre para hacer todas las propiedades que pueda, para comprar fuerza de trabajo; la libertad contractual y la libertad testamentaria, excepción hecha en lo relativo a las asignaciones forzosas o legítimas que representan un corte de la libertad testamentaria.

Qué ha pasado con la Obra de Andrés Bello durante un siglo de existencia?

Muchas de las ideas y de los principios básicos se han ido poco a poco desmoronando, se han transformado. De lo que ha hecho la nueva legislación civil del año 1873 a nuestros días mencionaré algunos puntos: El autor concibió que las mujeres fueran inferiores en derecho a los hombres; estatuyó que la mujer casada estaba sometida en un todo a la potestad del marido, para eso le organizó una incapacidad especial. Este principio que es cardinal en su Código se ha ido totalmente al suelo. A partir de la ley 28 de 1932 que le dio capacidad civil a las mujeres casadas, y más tarde los derechos políticos con la reforma plebiscitaria. Algunas desigualdades quedaban aún; por ejemplo la mujer no podía ser tutora o curadora; en cambio podía representar los negocios generales de la República dada su capacidad para ser Representante o Senadora, desigualdad que terminó la ley 75 de 1968 al decir que la mujer puede ser tutora o curadora en los mismos términos que el hombre. Puede estimarse que esas reformas han terminado, y afirmarse que la mujer hoy día en Derecho es igual al hombre.

En este tiempo se han desquiciado o desmoronado otras de las columnas sobre las cuales estructuró su obra Andrés Bello. Así, los hijos naturales eran mal mirados en el siglo pasado en todas partes; vino la ley 45 de 1936 y acabó con ese modo de pensar. A los hijos naturales en muchos aspectos se les ha igualado a los legítimos, salvo que en materia hereditaria el natural sólo lleva la mitad de la cuota de un legítimo. La ley de hijos adoptivos, 140 de 1960, modifica especialmente otra de las partes de nuestro Código Civil. Facilita la adopción en todo sentido. Toda nuestra legislación de menores también representa un cambio radical en el pensamiento original del Código.

La cuestión de la propiedad privada también ha cambiado; desde la Reforma Constitucional de 1936 ya ella no es la columna de Hércules que consignara Bello, si no que día a día tiende a socializarse, tiende a convertirse en un derecho relativo. Y la libertad que tanto amó Bello, también hoy sufre un control que poco a poco es y será aún superior. Debemos confesar que el Código Civil está extraordinariamente transformado y que para estudiar nuestro Derecho Civil es necesario tener en cuenta tanto las partes aún vivas del Código, como toda esa legislación nueva que lo ha cambiado, la jurisprudencia de la Corte que ha contribuido a introducir nuevas interpretaciones de muchas de sus normas.

El Código Civil de Bello, el de 1873 en su espíritu primitivo, podemos decir sin equivocarnos, ya no está vigente en Colombia.

La legislación civil actual es ya algo diferente a lo que quiso el autor original del Código. El país comienza a darse cuenta de esta circunstancia, por eso en 1939 Carlos Lozano Lozano propuso al país una reforma integral de dicho ordenamiento. Se nombró una comisión de eminentes juristas que trabajaron durante un año y presentaron algunos proyectos para reformarlo. En 1953 se nombró otra comisión que trabajó durante un año y llegó a la conclusión de que prácticamente no era posible seguirle haciendo reformas al Código, porque entonces se dispersaba totalmente la legislación civil, cesábamos de tener un Código, es decir, un conjunto de normas organizadas, pareciendo mejor a los comisionados la elaboración de un nuevo Código.

En este sentido tiene que moverse la República en un próximo período, porque necesita en verdad un nuevo Código Civil que respete las ideas que aún deban

conservarse de don Andrés Bello, y que imprima en un nuevo estatuto el espíritu de la legislación civil actual.

Se debe variar en primer lugar, el método, el plan de exposición, punto este criticable del Código de Bello como también del Código Napoleón, debido tal vez a que no existía en aquel entonces un buen plan legislativo. Por eso las normas jurídicas andan mezcladas; fíjense ustedes en el Libro I, allí se tratan en desorden algunas normas de las personas y algunas otras sobre Derechos de Familia; la filiación legítima está en el Libro I y del Derecho de Familia se llevan al Libro IV otras instituciones, por ejemplo: Las Capitulaciones Matrimoniales. Dentro de un buen método, todas las normas de la familia deben formar una sola parte especial. En el Libro II no se tratan algunos puntos que tienen que ver con él como Los Derechos Reales, la Prenda y la Hipoteca se tratan en el Libro IV, el Registro de Instrumentos Públicos aparece como un título complementario de ese Libro IV; anotándose a propósito que ya ha sido sacado de ahí en virtud del nuevo estatuto que trata de esta materia —Decreto 1250 de 1970—.

El nuevo puede ser un Código planificado, suficientemente organizado que conste de los siguientes libros:

En primer término, una parte general donde se expongan las normas básicas comunes a todas las partes especiales del Código Civil.

El Libro II que trate de los Derechos Reales, tanto de Derechos reales principales como accesorios, como la Prenda y la Hipoteca, y además todo lo relativo al Registro de Instrumentos Públicos.

El Libro III que trate de las Obligaciones.

Un Libro IV sobre los Contratos.

Un Libro V sobre los Derechos de Familia.

El Libro VI por último, sobre la Sucesión por causa de muerte.

La nueva obra que necesita la República no solo debe ser una correcta ordenación de todas las materias del Derecho Civil, sino algo mejor hecho y más importante. Debe ser un Código que unifique toda nuestra legislación civil actual, así como también la legislación sobre Derecho Comercial, porque no se explican dos Códigos de Derecho Privado, el Código Civil por un lado y el Código de Comercio por el otro. Largo sería demostrarles a ustedes por qué de esos dos debe salir un solo Código. Percatémonos en el nuevo Código de Comercio que dispone de un tratado de la compraventa y en el tratado del mismo tema que trae el Código Civil. Este contrato civil o comercial, conceptualmente es una misma cosa; cualquier compraventa es la obligación que contraen las partes de transmitir una propiedad y en eso están conformes. Los vicios redhibitorios de nuestro Código Civil son los mismos del Código de Comercio, y el saneamiento por evicción es exactamente lo mismo. Las obligaciones del vendedor y del comprador son idénticas.

Hay, en cambio, unas diferencias supremamente graves, que deben desaparecer. El actual Código de Comercio que hace tan poco empezó a regir no contempla la lesión enorme en la compraventa de inmuebles, al paso que el Civil sí. Pero bueno, la lesión enorme en Colombia es un instituto que no ofrecía problemas porque se aplica a los inmuebles únicamente y antes del nuevo C. de Co., toda compraventa de

inmuebles se estimaba un contrato civil. Entonces no había problema. Solo las compraventas de cosas muebles podían ser contratos comerciales. Pero el nuevo estatuto comercial dijo: También la compraventa de inmuebles es contrato mercantil cuando se realiza entre comerciantes o cuando, siquiera uno de los contratantes, vendedor o comprador, están dedicados a la profesión del comercio. Entonces las compraventas comerciales de inmuebles gobernadas por ese Código van a ser bastantes. Si se construye una casa para revenderla, la venta que hagan es de carácter comercial. Y atérrense ustedes, porque no es para menos, el dueño de la casa puede vender por cualquier precio, puede lesionar tremendamente al comprador; eso no importa, es compraventa comercial y por lo tanto no cabe ahí la lesión enorme. Ella ha sido siempre entre nosotros un límite a la astucia de uno de los contratantes, a la mala fe; y ahora que tenemos en este momento por lo menos dos tipos de compraventa, civil y comercial, se justifica esa diferencia? Yo creo que no, estimo que debe desaparecer totalmente. La lesión enorme es una institución regida por la buena fe, por la justicia que debe existir entre los contratantes.

Además, el Código Civil italiano de 1942 ha unificado los contratos civiles y mercantiles y se contempla allí la lesión enorme como instituto necesario para toda clase de compraventa de bienes inmuebles. De manera, en síntesis, que no se justifica hoy día una compraventa gobernada por el Código Civil y otra por el Código de Comercio.

Hay otro punto muy importante, las sociedades; hoy tenemos unas sociedades gobernadas por el Código de Comercio, las anónimas y otras que se siguen por el Código Civil. Pero si tenemos en cuenta el nuevo estatuto de normas comerciales, resulta que casi todas las sociedades hoy son mercantiles; no sólo las anónimas sino las de responsabilidad limitada, todas las colectivas igualmente cuando su objeto es un acto mercantil. Entonces qué sociedades quedan gobernadas por el Código Civil? Únicamente las que reúnan estas dos condiciones: Primero que sean colectivas, y segundo que su objeto sea la explotación de la ganadería y de la agricultura. Y es una tradición que nos viene de Francia, de que la agricultura y la ganadería son siempre actos civiles que no tienen que ver para nada con su comercio. Y esa afirmación comienza a ser falsa en Francia, y en Colombia lo es más. El nuestro es un país esencialmente agrícola y ganadero; los ganaderos pretenden especular, ganar, hacerse más ricos; lo mismo todos los agricultores, luego, agricultura y ganadería se han alejado mucho del Código Civil y se han aproximado al Código de Comercio. Es más aún, la agricultura de Colombia se ha mercantilizado, no sólo nacional sino internacionalmente; nosotros producimos artículos precisamente para exportar y debemos producir en forma masiva para que éste deje mayores utilidades. Puede decirse que la mayor parte de nuestras divisas proceden de productos agrícolas como sucede ante todo con el café.

Hay otros contratos donde la unificación está hecha ya. Al contrato de transporte el C. C. le dedica tres o cuatro artículos. Como norma interesante, recordamos la que dice que si una mujer contrata ese transporte de un sitio a otro, el transportador está obligado a llevarla aunque durante el viaje dé a luz, es decir que el tiquete del transporte se extiende no solo a la mujer sino a la nueva criatura. Esto obedece a feudalismo, a edad media; quizá en aquellos tiempos un transporte terrestre duraba muchos días, cuestión francamente difícil hoy día. Pero puede decirse que la mayor parte de nuestro transporte se rige hoy por el C. de Co., ya que son empresas comerciales las que prestan este servicio. Además, para hacer el contrato de transporte regido por el C. C. se necesita que sea una persona que

no es comerciante, que tiene un vehículo y que muy ocasionalmente se compromete a llevar a alguien de un sitio a otro y por un precio determinado. Todos los contratos de transporte se rigen hoy por el Código de Comercio, luego la unificación está hecha ahí.

El nuevo C. de Co., tiene notas realmente interesantes, por ejemplo; contempló unos contratos de arrendamiento que deben gobernarse por él. El establecimiento de comercio especialmente, pero no dictó normas, es decir, que hay unos contratos que vamos a calificar de comerciales, pero a los cuales hay necesidad de aplicar las normas del C. C. Entonces para qué decir que hay arrendamiento comercial si no hay normas que lo rijan.

Otros contratos como los bancarios están regulados totalmente por el C. de Co.; otros como el comodato, como las donaciones entre vivos, están gobernados especialmente por el C. C., es decir que al uniformar los contratos civiles y los comerciales solo hay que pensar en algunos, no en todos: en la compraventa y en las sociedades; quizá en esos dos contratos es donde está la mayor dificultad.

En el futuro, el país debe tener un C. C., bajo estas bases, o bajo otras bases que propongan los juristas, los entendidos en estas materias. Yo creo que el país está en capacidad de elaborar un nuevo ordenamiento; hay un elenco importante de juristas, de grandes juristas, hay universidades donde se pueden discutir las ideas de un nuevo Código del Derecho Privado. Es necesario, además, porque casi toda nuestra legislación ha sido modernizada; bien o mal, pero ha sido variada: tenemos un nuevo Código de Comercio con deficiencias, pero que es nuevo, un nuevo Código de Procedimiento Civil, otro de derecho administrativo y una serie de Institutos que son casi Códigos, como el Estatuto del Estado Civil de las personas, el Estatuto de Registro de Instrumentos Públicos, y, en general, hasta una nueva Constitución, partiendo de las reformas que se le hicieron en 1968.

Solo queda una parte de nuestro derecho realmente anticuada que es el C. C.; de manera que ya es el caso, teniendo el país, repito, un buen cuerpo de juristas, de elaborar un Código Civil nuevo.

## El Maestro Francisco Carrara

Dentro de la gigantesca e invaluable obra del Profesor Luis Jiménez de Asúa, recientemente desaparecido después de haber regalado la totalidad de su vida científica a la labor universitaria, figura una pequeña producción que fuera de constituir una excelente nota de buen gusto literario, es un hermoso estudio sobre la obra y personalidad de una de las atrayentes figuras de la humanidad: El maestro Francisco Carrara.

Empece a hacerse casi fatigante entre los abogados la cita continua del ilustre maestro, la sustancia misma de su monumental obra, fruto de la cátedra universitaria, no resulta bien y claramente conocida con detrimento de la formación fundamental de los nuevos penalistas. De otra parte, la larga y ejemplar vida del "Sumo Maestro de Pisa", tan rica en detalles edificantes y preñada de un vigor intelectual que resulta verdaderamente excepcional, es ignorada por la mayoría de las gentes estudiosas del Derecho.

En tal virtud, no hemos dudado un instante en reproducir en este primer número de nuestra publicación científica, la magistral conferencia pronunciada por el Director del Instituto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires, Dr. Luis Jiménez de Asúa, el día 29 de octubre de 1959, en celebración del primer centenario de la aparición del Programa del Curso del Derecho Criminal, dictado en la Regia Universidad de Pisa. Este estudio se halla casi inédito entre nosotros y ha llegado a nuestro conocimiento por gentileza de los Directores del Instituto mencionado.

FRANCISCO CARRARA. CONMEMORACION DEL CENTENARIO DE LA PUBLICACION DEL "PROGRAMA"

DR. LUIS JIMENEZ DE ASUA

Este año 1959 tiene, para nosotros, los cultivadores de las disciplinas penales, fechas y conmemoraciones en extremo faustas, pero nos ha traído, también, recuerdos y acontecimientos sumamente dolorosos. Hace, en él, un siglo que empezó a publicarse el Programa del Corso di Diritto Criminale Dettato Nella Regia Università di Pisa de Francesco Carrara; mejor dicho, la Parte General de esta obra in-

gente; y cincuenta años que dejó de existir, en Turín, César Lombroso, el creador de la que hoy denominamos Criminología y jefe, en su época, de la llamada Escuela Positiva Italiana. Y en este mismo año 1959, el once de agosto, ha muerto el que fue mi maestro en España, uno de los hombres a quien yo he tenido más reverencia y por el que he sentido mayor estima: Constancio Bernaldo de Quirós. Murió allá en Méjico, también exilado y ya octogenario, de pocos años más que Carrara, y como éste, muere trabajando: acaba de corregir unas pruebas mientras explicaba a los suyos, que iba a contribuir a un homenaje que amigos y discípulos van a rendirme por haber cumplido cuarenta y cinco años de enseñanza universitaria. Para mí, hubiera sido, no grato, porque los dolores nunca son satisfactorios, pero sí sobremanera interesante, haber podido hablar, no sólo de Carrara, sino también de Lombroso y especialmente de don Constancio Bernaldo de Quirós; pero ha de quedar para otra oportunidad la conmemoración de estos dolorosos acontecimientos.

Como acabo de decir, el Programa de Carrara empieza a publicarse el año 1859; la Parte Especial se inicia en 1863; pero, en realidad, hasta el año 1870, en que, al acabar, el día 12 de julio, de escribir el parágrafo 3940, el último de su libro, depona la pluma —tales son sus palabras—, no puede decirse que esta obra maravillosa, que algunos han comparado a una catedral gótica, quedara enteramente conclusa.

Es curioso que Carrara no realiza esta faena en sus años de vida incipiente, en sus años mozos, sino pasados ya los cincuenta. En cambio, pensemos en aquella juventud alemana (1) que con Feuerbach a la cabeza renueva enteramente el Derecho Penal de su patria antes de los treinta años y entonces nos surge una serie de preguntas a menudo punzantes y muchas sin contestación. La obra genial, se hace en la juventud?, o, por lo contrario, se realiza en la muy granada madurez? En verdad, dar una respuesta, como casi siempre que se hurga en la vida humana, sería, no sólo difícil, sino al mismo tiempo inútil. Pues hay quien, en efecto, es en la juventud cuando da todo lo que tiene. La genialidad de Feuerbach tal vez no se hubiera podido prestar a la espera. A diferencia de él, la construcción paciente, acabada, perfecta, de ese magnífico Programa hubiera sido imposible a los treinta años de edad. Además, Carrara no aparece, espléndido, en su Programa, de una vez, en un momento, sino que éste es el fruto de una elaboración constante durante once o doce años. Desde el 22 de octubre de 1848 está explicando Derecho penal en su piú umil catèdra, en su más humilde cátedra del Liceo de Lucca, hasta que en 10 de noviembre de 1859 el gobierno toscano le invita a enseñar la misma materia en la Universidad de Pisa; y es entonces —la dedicatoria está fechada el 10 de diciembre— cuando se decide finalmente a entregar a los peligros de la publicidad —según él dice— el fruto de sus meditaciones y enseñanzas de todos esos años.

Ciertamente, no hizo su obra, de un golpe. Y como su gestación es lenta, son múltiples las influencias que recoge y armoniza: desde los Prácticos —esos Prácticos a los que los propios italianos han tenido que rendir pleitesía; que crearon tantas novedades, como la tentativa, elaborada precisamente por ellos— hasta el que sabe montarse por encima de la mera ley —Beccaría— y, después, aquellos hombres que construyen el Derecho penal que pudiéramos llamar revolucionario, como Filangieri, como Romagnosi, hasta él mismo, hasta Carrera, que resume todas las Escuelas de su tiempo.

(1) Se hace referencia en el texto a la "joven ciencia" penal alemana de comienzos del siglo XIX, compuesta por autores que realizaron su obra en plena juventud, como Feuerbach, Grolmann, Tittmann, Henke, Welker, Stübel, etc. Cfr. Luis Jiménez de Asúa, Tratado de Derecho Penal, tomo I, págs. 325 de la 1ª ed. y 393 de la 2ª.

Es sabido que Carrara fue maestro de muchos discípulos, pero a su vez fue discípulo de muchos maestros. El nos habla de Carmignani, aun cuando, en verdad, no fuera discípulo directo ni le sucediera inmediatamente en la cátedra pisana (2) porque cuando en 1940 Carmignani es transferido a la de Filosofía del Derecho, quien le reemplaza en la de Derecho criminal hasta 1859 es Francesco Antonio Mori, el cual, por cierto, no es santo de la devoción de Carrara. Le considera —en el segundo trabajo contenido en el tomo primero de los Opuscoli, intitulado "Giuseppe Puccioni e la Legislazione penale"— "in sostanza... uomo dotto ed eruditissimo", pero muy poco constante en su trayectoria científica. Carrara confiesa no poder comprender claramente cuál fuese, con precisión, la fe científica ni el programa de Francesco Mori, ni encontrarse en situación de emitir con seguridad un juicio sobre la verdadera escuela a la que pertenece o se adhiere. Mientras estuvo en la Universidad de Siena, fue o se llamó discípulo de Romagnosi; en cambio, cuando pasa a la de Pisa y se convierte en colega de Carmignani, se dice discípulo de éste, para volverse luego, a lo que parece, hacia la doctrina de Rossi; enamorándose, por último, de los alemanes, hasta el punto de que su labor más duradera y con la que rindió un servicio utilísimo, fue la traducción, en sus célebres "Scritti germanici di Diritto criminale", de los más interesantes artículos y trabajos de los penalistas alemanes de su tiempo, que vio la luz en Liorna, en 1846, en cuatro volúmenes, destacando en ellos, por su calidad y cantidad, los trabajos de Mittermaier.

No asistió a las lecciones de Carmignani ni debió de tener con él trato personal alguno. Conoció las teorías del gran penalista a través de Piere —a quien luego me referiré— y, después, por medio de su obra; y sólo le consultó una vez en su vida, hacia 1845, con motivo de la defensa de varios condenados a muerte que asumió Carrara. Con todo, es absolutamente cierto que el auténtico maestro, en el plano exclusivamente intelectual, de Carrara es Juan Alejandro Carmignani. Si tomamos en nuestras manos la obra de este hombre insigne, vemos que en las muy pocas páginas de sus "Elementa juris criminalis", que primero ven la luz en latín y tiempo después son traducidos al italiano por Dingli, ya están todos los puntos cardinales de la estupenda obra carrariana. El método que siguiendo las enseñanzas de Carmignani llamaría Carrara ontológico, la diferencia entre la imputación y la pena y sobre todo la doctrina de las fuerzas del delito, se encuentran en germen en la obra del famoso autor.

Como muchos abogados de su tiempo, Carmignani fue, también, poeta. Precisamente con su nombre se encabeza la obrita que Giovanni Rosadi dedicó a "Di Giovanni Carmignani e degli avvocati letterati del suo tempo", publicada en Fierenze el año 1908, que hubieran debido incluir, asimismo, a Carrara, quien también en este aspecto siguió las pisadas de su venerado maestro, aunque su tragedia de la niñez y los poemas que compuso a los trece años, tuviesen un valor literario escaso, y mucho menor, todavía, las letrillas y las burlas que de una manera rimada escribió cuando tuvo que afeitarse los bigotes (de lo que ya hablaremos más tarde) y en algunas otras ocasiones.

(2) Cfr. Luis Jiménez de Asúa, Tratado, cit., tomo I, págs. 377 de la 1ª ed. y 455-6 de la 2ª. Como ya quedó en este pasaje del Tratado, queda así debidamente rectificada en el texto la creencia de que Carrara fue alumno de Carmignani y que le sucedió inmediatamente en la cátedra de Pisa; creencia tan extendida y arraigada, que incluso fue acogida en el Programa del Curso de Derecho Criminal desarrollado en la Real Universidad de Pisa, por el profesor Francisco Carrara, Traducción y Adiciones con el Derecho penal moderno y español, por Luis Jiménez de Asúa, volumen I (único publicado), Madrid, Reus, 1ª ed. en 1922, segunda impresión en la edición primera en 1925, pág. 16, nota 2.

De Carmignani, ciertamente, han hablado muchos autores, y sobre todo se ha hablado en dos ocasiones solemnes: cuando muere el 29 de abril de 1847 y más adelante, cuando el 8 de junio de 1873 el pueblo de Cascina, su lugar natal, consagró a su memoria una lápida que se conserva todavía, "e un vecchio discepolo" que no es otro que el genial Carrara, "questi poveri versi" que recogió al final del tomo quinto de sus *Opuscoli*. Mas el caso es que de él, de sus enseñanzas, y recogiendo ideas de todas las escuelas dispersas por el suelo italiano, vino a constituirse este Programa cuyo centenario celebramos hoy.

Nace Carrara en Lucca el día 18 de septiembre de 1805 y muere en la misma ciudad y en la misma casa que le viera nacer, el 15 de enero de 1888 (3). Es hijo único del ingeniero Juan Bautista Carrara y de Clara Chelli. Sus padres y un tío que tenía, que era profesor en Génova, consideraron hartamente pronto que la vocación de aquel niño, que parecía realmente muy bien dotado, iba a ser la poesía. Ya advertí antes que en la niñez, a los siete años, escribe una tragedia en verso y que a los trece gana, en un certamen poético, un premio. Pero se equivocaban, porque sin que nadie le empujase, sin que ningún consejo le obligara o le incitara a seguir una vía que parecía extraña al hijo de un ingeniero y al niño poeta, de una manera imprevisible, él escoge, con un ademán radical y exclusivista, el Derecho.

Mas él mismo explica de un modo extremadamente gráfico, en una de sus obras —"Lineamenti di pratica legislativa penale espositi mediante svariate esemplificazioni", publicada el año 1847 en Torino—, cómo se sintió inclinado a ser defensor y por qué quiso seguir la carrera de Derecho. Asistía —nos cuenta— en el Teatro Pantera, a la representación de uno de los dramas líricos de Rossini, "La Gazaladra", drama conmovedor que reproduce la historia, desgraciadamente verdadera, de una pobre mujer que es condenada a muerte acusada de un delito que no cometió; hay allí, en el acto segundo, iniciando la escena octava del mismo, un coro de los jueces, en el cual éstos, sentados en tribunal, se dirigen al público, que representa al pueblo y le dicen: "Tremate, o popoli. Questo é di Temide l'augusto tempio", y entonces, en aquel instante, sintió repentinamente su vocación de abogado, de defensor, saliendo entristecido, jurando no volver a ver más aquella obra porque no se puede hacer justicia aterrando a las gentes con una condena a muerte que cae sobre la cabeza de un inocente y decidiéndose súbita y definitivamente por los estudios jurídicos.

Y, en efecto, estudia Derecho. Estudia en el Liceo universitario de su ciudad natal y allí cursa Derecho criminal, no con ningún hombre brillante, sino con Cayetano Pieri, por quien, sin embargo, guardó siempre un recuerdo acendrado y gran estimación. Cuando llegó a la cátedra de Pisa, que era su máxima aspiración (porque cuando más tarde, ya un anciano, se le ofrece la de Roma, no quiere salir de su Toscana), se dirige al que fue su maestro allá en el Liceo de Lucca y le dice, en una carta extremadamente afectuosa, que jamás ciñó una rama de laurel sin escuchar una voz que le gritaba: "Lo debes a él... Non mihi, sed tibi". A los veinticinco años, y después del correspondiente tirocinio, que hizo en Florencia con el abogado Vincenzo Giannini, recibe licencia para abogar, y desde entonces puede afirmarse que la vida de Carrara se despliega entre el foro y la cátedra. Es, fundamentalmente, un abogado y un profesor. Y acaba, al fin, siendo el Profesor por

(3) Cuanto sigue, en referencia a la vida de Carrara, se toma la admirable conferencia pronunciada por Francisco P. Laplaza, el 28 de octubre de 1949, y publicada luego: Francisco Carrara, Sumo Maestro del Derecho Penal, Buenos Aires, Depalma, 1950.

excelencia, como le llamaban sus conciudadanos, un maestro, el sumo Maestro de Pisa, como se le conoce hoy.

Cuando aboga, lo hace siempre tratando de que sus ideas prosperen, más con prudencia. Sabe bien que la magistratura no es amiga de reformar de golpe y porrazo una tendencia, una doctrina, una interpretación. Pero poco a poco, con su tenacidad, con su gracia oportuna —porque a veces la ironía puede más que un discurso altisonante—, va abriendo paso a toda su construcción jurídica hasta los propios tribunales de justicia.

A este respecto, quisiera recordar dos anécdotas muy graciosas, dos sucedidos de la vida de Carrara, que nos transmite Carlo Paladini en su libro "Francesco Carrara, cittadino luchese e plebeo", que publicó en Florencia en 1920. En una ocasión fue a Massa a defender a un marido que había dado muerte en pleno día, en un café, al amante de su mujer. Pidió a sus amigos de aquella ciudad que le indicaran cuáles, entre los jurados, eran solteros, y los recusó a todos, quedando sólo jurados casados, seguro de triunfar con este ardid y efectivamente triunfó. Otra vez defendía a uno que había matado, de un bastonazo en la cabeza, a un contrincante, y argumentaba la base de la concausa. La víctima —decía—, por una anomalía congénita, tenía poco resistentes las paredes del cráneo, y a ello se debía, exclusivamente, su muerte, pues el golpe no había sido lo suficientemente fuerte para causarla en un caso normal. Lejos de aceptar esta tesis, el representante del Ministerio Público ironizaba a cuenta de ella, y entonces le interrumpe Carrara: "El distinguido Sr. Procurador General puede creer que en el mundo hay gente que no tiene la cabeza tan dura como la suya... y agregó luego de un instante de silencio— como la mía".

Según ya recordé antes, en octubre de 1848, designado por el Gran Duque de Toscana, ocupa la cátedra de Derecho criminal del Liceo de Lucca. La explica durante varios años, y más tarde, a partir de 1854, también explicó Derecho civil. Años después, cuando a la muerte de Mori en 1859 le substituye en la cátedra de Derecho criminal de Pisa, enseña asimismo en esta Universidad en 1860 y 1861, Derecho natural, asemejándose también a Carmignani, que había explicado igualmente Derecho civil y filosofía, porque Carmignani, que ya hemos visto que era un poeta, no era, en modo alguno, un hombre unilateral, un frío especialista, sino que conocía humanidades, latín y griego y dominaba el Derecho en todas sus ramas. Y, por otra parte, esta dedicación al Derecho filosófico condice muy bien con la índole y estructura del pensamiento y la concepción carrarianas, para quien el Derecho penal deriva de las relaciones necesarias entre las cosas.

Aquí, cuando alcanza la cátedra de Pisa, es donde se resuelve —según ya dije— a publicar su libro inmortal, su Programa. A esa Universidad regaló, en 1879, su biblioteca, lo único que le quedaba después de haber donado diez años antes, el 30 de septiembre de 1869, su patrimonio a sus hijos, con cuyo motivo compuso una poesía —"Brindis"— en la que se proclama orgullosamente un proletario. Y esa Universidad ostenta un busto de Carrara que le perpetúa y otro fue colocado, con toda justicia, al lado del de Carmignani, en el cementerio de la misma ciudad. Sus restos mortales fueron luego devueltos a su ciudad natal, en la que se le rindió extraordinarios honores y un homenaje justísimo los días 23 y 24 de septiembre de 1899, inaugurándose entonces el "Museo Carrariano", y en la que, años antes, el 3 de mayo de 1891 se había inaugurado un monumento que le recuerda e inmortaliza, emplazado, como corresponde al maestro de abogados y de jueces, en la Casa de Justicia.

Recibió, en vida, los máximos galardones de muchas Corporaciones y Academias, que le abrían sus puertas para, a su vez, honrarse con su nombre; y por sus trabajos en pro de la legislación penal de los cantones suizos de San Marino y el Ticino, el Gran Consejo de este último le concedió la ciudadanía helvética. En su país, fue elegido diputado en las legislaturas novena y décima, los años 1865 y 1870 respectivamente, y nombrado senador, por haber honrado a Italia con sus servicios y méritos eminentes, el 15 de mayo de 1876. Mas, después de haber alcanzado este preciado asiento de la intelectualidad italiana, una ceguera casi completa que le aquejó durante los últimos años de su preclara existencia, le obligó a permanecer bastante alejado de la vida pública, si bien no bastó para hacerle cesar jamás de recibir, en su retiro de la campiña toscana, las visitas de clientes y estudiosos. Y es que, por encima de todo, el libro y el foro son toda su existencia.

A pesar de esos cargos, a pesar de haber vivido en el Risorgimento, Carrara no es ningún soldado ni es tampoco un político. Claro, que no por ello se desentien- de completamente de los problemas de su época ni —como se deduce paladinamen- te leyendo su obra— es ningún conservador ni ningún reaccionario, sino un es- píritu liberal y progresista. Pero —como escribió en el párrafo 3939 de su Progra- ma— estaba desventuradamente convencido de que política y justicia no nacieron hermanas. Por eso, bastó a sus afañes en este orden hacer esa política intrínseca que hizo desde el libro y desde la cátedra, más eficaz que la que se hace desde la tribuna.

Por eso, también cuando muere Mazzini, Carrara lo único que dice es: "Hoy no daré lección"; nada más. Y cuando a comienzos del año de 1832, abogando ante la Corte de Lucca, cuyo presidente, Luis Fornaciari, recela de todos los que pudie- ran ser entonces enemigos de los Borbón-Parma, que se distinguían por usar unos grandes bigotes, aquél advierte a Carrara, que los usaba por gusto y no por políti- ca, que si quiere subir al estrado —y, por cierto, iba a informar de oficio—, tiene que afeitarse los bigotes, lo hace; lo hace y nada más, porque prefiere abogar a conservar aquel aditamento. Su única reacción ante tal exigencia, irónica y al mismo tiempo muy festiva, son unos versos dedicados "a miei baffi", a mis bigotes, que dirige a una tal Emilia, en los que le dice que su cantor no tuvo más remedio que sacrificar sus mostachos, que lllore por ellos, y habla del barbitonsor, es decir del barbero, con un desprecio sobremañera gracioso.

Repítamos que Carrara no es un guerrero; pero Carrara ha librado una lucha mucho más eterna y mucho más fructífera que guerreros y políticos cuyos nombres no recordamos hoy. Ha librado la lucha en la cátedra, en el foro, en la ciencia... Y ocupémonos ahora de su Programa.

El Programa de Carrara parte de lo que él llamó fórmula sacramental: la no- ción del delito como ente jurídico. El nos afirma que el delito no es un ente de hecho. No olvidemos que ya en vida de Carrara circulaban, tanto en el plano alemán como en el ámbito italiano, una serie de doctrinas que combatían las de lo que ahora denominamos Escuela Clásica. En efecto: desde el punto de vista alemán, Carlos David Augusto Roeder hablaba de la pena correccional. Cuando tratemos de la pena, ya veremos qué actitud asume Carrara frente a esta corriente. En cam- bio, en Italia había aparecido en los tiempos en que él iba doblegando su energía por los años, el positivismo, la Escuela Positiva. También veremos más adelante cómo, por los motivos que expresa, del mismo modo que no cree en la corrección o enmienda, tampoco le convence la defensa social, sino que considera que la razón de ser de la pena consiste en la necesidad de la tutela jurídica.

Así pues, para él hay que partir de que el delito es un ente jurídico. A causa de ello, cuando lo define, empieza diciendo que es lo contrario a la ley del Estado; más exactamente: la infracción de la ley del Estado. Me interesa mucho subrayar ésto porque de ello voy a sacar más tarde alguna consecuencia.

Su definición del delito es muy certera, como lo son todas las definiciones forma- les que los juristas manejamos. Frente a ellas puede levantarse, sin duda, otra definición, otro tipo de definiciones. Puede decirse que es preferible buscar, en lugar de un concepto formal como el de Carrara, una noción material. Claro que puede ensayarse. Todos ustedes recuerdan que Garófalo trata de encontrarla con su famosa teoría del delito natural y después, pasada ya esa embestida positivista, autores como el propio Max Ernesto Mayer y como Eberhard Schmidt han hablado de la definición material o sociológica del delito. Pero cuando en el Segundo Con- greso Internacional de Criminología, habido en París del 10 al 19 de septiembre de 1950, que debía haber tenido como principal objetivo la busca del concepto material o criminológico del delito, trata de fijarlo el Rapporteur general de la Sección de Criminogénesis del Congreso —y lo fue un famoso criminólogo belga, el médico Etienne de Greeff—, confiesa éste cuán difícil es para el criminólogo encontrar otra definición que no sea la que dan los juristas, concluyendo por renunciar a definir criminológicamente el delito y afirmando que por el momento debemos atenernos a lo que nos dicen los doctos en Derecho. Esta calculada prudencia de De Greeff y su inhibición frente a la empresa, se debe a que no es un jurista; pero el caso es que con ello se había escamoteado en verdad el tema substancial del Congreso.

Pero ésto no nos interesa ahora. Lo único que ahora nos importa es que, en efecto, cuando Carrara se afirma en su concepto formal del delito, en su fórmula sacramental de que el delito es un ente jurídico, sienta el principio del cual —como él nos dice más adelante, casi al final del Programa, casi al final de la Parte Especial— se iban a desprender inexorablemente todas las demás doctrinas de su sistema.

Pero no sólo nos ha dado esa definición, sino que ha hablado también de las fuerzas del delito. Ya advertí anteriormente que las fuerzas del delito se hallan en Carmignani, pero él las desenvuelve, las desarrolla más aún. Esas fuerzas son de dos clases: fuerza moral y fuerza física; y cada una de ellas debe ser considerada en su causa, ésto es, subjetivamente, y en su resultado, o lo que es lo mismo, objeti- vamente. Y así aparecen la fuerza moral subjetiva, la fuerza moral objetiva, la fuerza física subjetiva y la fuerza física objetiva. La primera no es, en realidad, otra cosa que el elemento psicológico del delito, lo que hoy llamamos culpabilidad, el dolo y la culpa. Acaso no es la parte más lograda del sistema carrariano, pero importa destacar que para él hay en el delito un elemento subjetivo. Junto a esta fuerza moral subjetiva está la fuerza moral objetiva, que es el daño moral, la intimidación y el mal ejemplo que el delito produce en los demás. La fuerza física subjetiva es lo que hoy diríamos acto o conducta, la actividad, mediante acción o mediante omisión; y la fuerza física objetiva es la ofensa del derecho agraviado, el daño material, el resultado —en una palabra—.

Además de las fuerzas del delito, están la cantidad, la calidad y el grado. Las dos primeras se encaminan a determinar los delitos y diferenciar unos de otros. Hoy hablaríamos de figuras o tipos delictivos. Respecto al grado, nos dice que, así como en la indagación sobre la cantidad se atiende al hecho en abstracto y en su especie, en la investigación sobre el grado se le examina en los accidentes excep- cionales que le acompañan en cada caso concreto al exteriorizar su individualidad

criminosa; y por ello, del mismo modo que la cantidad se deduce de la consideración objetiva de esas fuerzas o elementos del delito, el grado, de la consideración subjetiva de las mismas, y consiste en las causas que lo eliminan o modifican, atenuándolo o agravándolo, y en los momentos o fases del iter criminis, que culmina en el delito agotado, sobre lo que tuvo que añadir, cuando en 1870 aparece definitivamente elaborado el Programa, un parágrafo supletorio —el 49 bis—, ciertamente que en una parte anterior a donde habla del grado.

Cuando Italia cayó casi en forzada servidumbre respecto a las ideas de la Alemania de Hitler, comenzó a creer en los tratados italianos de Derecho penal y especialmente en Antolisei, la de que, en vez del estudio analítico del delito de cada uno de sus elementos por separado, que había venido realizando la dogmática, en particular la alemana, era necesario considerarlo como un conjunto. En realidad, esto mismo, cuyo estudio detenido nos llevaría muy lejos, ya se le había objetado a Beling cuando habló por separado de todas las características o elementos del delito, incluso con una frase de Goethe, a la que él, en las últimas líneas de las pocas de su "Die Lehre vom Tatbestand", responde con mucha donosura. Pues bien: las objeciones de entonces se repiten en Alemania y en Italia cuando se pone de moda el delito como conjunto, que el propio Mezger hubo de defender. Antolisei quiso sintetizar el movimiento en aquel famoso grito: Torniamo all'antico. Volvamos a lo antiguo; y lo antiguo era Carrara. Consideraba que, frente a la tricotomía en los elementos del delito, debía adoptarse la vieja dicotomía: un elemento subjetivo y otro objetivo. Pero no han faltado autores como Bettiol, que han demostrado a Antolisei, que ya en Carrara existía la tricotomía. No hay sólo el elemento subjetivo y el elemento objetivo; recordemos aquello sobre lo que llamaba la atención de ustedes antes: recordemos que al definir el delito dice que es lo contrario a la ley (más adelante Binding dirá a la norma), es decir, lo contrario al ordenamiento jurídico, lo antijurídico, y ahí surge, en efecto, el concepto de antijuricidad; y no olvidemos tampoco algo sustancialísimo para los partidarios de la teoría del delito como conjunto y completamente opuesto a ellos: que en su concepto del delito y al hablarnos de la cantidad y calidad del mismo, está distinguiendo, realmente, entre la ley y el derecho que la ley protege, o sea, que la norma y el bien jurídico, que von Liszt, siguiendo en parte a Ihering, consideraba como los dos grandes pilares del Derecho penal, aparecen mutatis mutandis en Carrara. Y, finalmente, si como he apuntado antes, con su doctrina de la cantidad y la calidad va diferenciando unos delitos de otros trazando los tipos y las figuras, podríamos decir que, en última instancia, en la concepción del delito de Carrara habría, no la dicotomía que Antolisei creía, sino cuatro características más bien que tres: la fuerza moral subjetiva sería la culpabilidad; la fuerza material subjetiva, el acto, y la antijuricidad y la tipicidad a que acabo de referirme.

Carrara tenía el afán de la armonía. Un buen profesor de la Universidad porteña, adjunto de la cátedra del Prof. Soler —que tengo el honor que me escuche—, el Dr. Eduardo Marquardt, acostumbra a decir que Carrara era un hombre del siglo XVIII (4), porque la época en que él escribe, es la época del romanticismo, es la

(4) Precisamente, Sebastián Soler sostiene que "Carrara es un continuador del pensamiento de la Ilustración, para la cual el concepto de naturaleza no se identifica con el de realidad material, sino que abarca, como lo ha demostrado Cassirer, tanto la esfera de lo real como la de lo posible, tanto lo pensado como lo existente, tanto el mundo físico como el mundo moral". Prólogo sobre "Carrara y su Programa de Derecho criminal", al frente de la traducción del Programa realizada por Ricardo C. Núñez y Ernesto R. Gavier bajo su dirección. Tomo I, Buenos Aires, Depalma, 1944, pág. XV. En cuanto a ese anhelo de armonía, vid., también, el propio Carrara, Programa, especialmente el Prefacio a la 5ª edición.

época de la intuición, es la época de la fogsidad, pero no de la mesura, el reposado discurrir, la serena arquitectura y colocar las cosas en un orden metódico como él ha hecho. Carrara, en efecto, tiene el afán, el deseo del sistema, y por eso su obra y su pensamiento son "un sistema en el más acabado sentido de la palabra" (5)

Por ello, junto a las fuerzas del delito colocará las fuerzas de la pena. Acaso, al hablar de las fuerzas de la pena, haya algún esfuerzo y hasta un cierto desconocimiento al tratar de lo que hoy llamaríamos función de prevención especial de la misma; pero lo cierto es que se refiere a las fuerzas de la pena, a la cantidad, a la calidad y al grado, de la misma forma que lo hacía en el delito.

La fuerza física subjetiva —así comienza— consiste en los actos materiales por medio de los cuales se irroga al reo el mal que constituye el castigo. Del mismo modo que no existe el delito sin acto, sin manifestación de voluntad, tampoco puede existir la pena sin un acto externo: he ahí la correlación, pues. En el delito, la fuerza física objetiva era el resultado; aquí, el bien objetivo arrebatado al delincuente. La fuerza moral subjetiva es también en la pena, como lo era en el delito, de carácter psicológico: la voluntad racional del juez competente, que interpreta y aplica la voluntad de la ley. Sin este elemento psicológico, el mal que se irroga no tendría entidad jurídica, sería simplemente un hecho violento. Y por último, la fuerza moral objetiva se contrapone a la fuerza moral del delito: si allí consistía en la intimidación y el mal ejemplo, aquí también en los efectos morales que produce en los demás, en la tranquilidad que reporta a los buenos y al freno que ejerce sobre los malos.

Dentro de esta construcción, un tanto forzada, en el parágrafo 613 del Programa y también en los que siguen, se advierte bastante bien una confusión entre el fin y la fuerza de la pena. "El estudio del fin de la pena conduce —dice— a descubrir los criterios mensuradores de los delitos, no sólo desde el punto de vista de las penas que se les han de oponer". Mas, en concreto, el fundamento de la pena para él, se encuentra en la necesidad de la tutela jurídica, en la necesidad de mantener incólume el imperio y la soberanía del Derecho. Y así se cumple el fin primario de la misma, que es el restablecimiento del orden externo en la sociedad y el fin último, el bien social representado en el orden que se obtiene mediante el imperio del Derecho.

Esta tutela jurídica produce y realiza un mal, pero no por una razón de justicia absoluta ni con un fin de expiación. La justicia absoluta, que llevaría a invadir la esfera de la vida interna del hombre, sólo existe en la mano de Dios y sólo Este puede hacer expiar. Así lo afirma de una manera categórica.

Para Carrara, "la intimidación y la enmienda —literalmente lo dice en el párrafo 619— están implícitas en la acción moral de la pena; pero si se pretende hacer de ellas un fin especial, la pena se desnaturaliza y la función punitiva va a parar en aberraciones". Pese a ello, hemos visto que al señalar la función de tranquilizar y de frenar, admite, efectivamente, con plenitud, la función de prevención general, que, en verdad, aún hoy es la que cumple casi exclusivamente la pena. Pero cree que la intimidación, por sí sola, lleva a un aumento constante, a un rigor progresivo, de las penas, sin que se encuentre límites; o como dijo Dorado Montero años después en frase muy gráfica: la intimidación nos llevaría a matar insectos a ca-

(5) Soler, loc. cit., pág. XVII.

ñonazos (6). Menos admite la corrección, que llevaría a debilitar totalmente la fuerza intimidante de la pena. Encendida y reiteradamente combate a Roeder a este respecto, habiéndolo hecho, por cierto, una vez, en un artículo escrito en castellano que publicó en la revista española "Escuela de Derecho" y luego recogió en sus Opuscoli, en el tomo I (7). Y también ataca con sumo ardor, en sus últimos años, la doctrina positivista de la defensa social, poniendo especial cuidado en diferenciar este concepto del suyo de la tutela jurídica.

Y esta arquitectura la sigue Carrara también en la Parte Especial de su Programa.

Mas ahora yo quisiera referirme al porvenir del mismo, a sus vicisitudes y, sobre todo, a la humildad de Carrara y a las rectificaciones que él mismo ha introducido en su pensamiento y ha hecho a su obra.

En cuanto a su humildad, patente está en todo el Programa, más fuerte y duradera que los destellos de orgullo que en algún momento haya podido despedir. En efecto: en los Opuscoli, que él gustaba de llamar Paralipómene, esto, complementarios de su grande obra, hay un trabajo, el primero del volumen quinto, intitulado "Il Diritto penale e la procedura penale", que fue la prelucción al curso de Derecho criminal del año académico 1873-4 en la Real Universidad de Pisa, en el que, dirigiéndose a sus alumnos, les dice, en las últimas páginas, que el Derecho criminal está ya casi perfecto; que en torno al mismo queda poco que añadir a aquello que fue hecho por vuestros padres; que aun cuando con hercúleas fuerzas compusieran un bellissimo libro sobre esta materia, se podrían llamar afortunados si una página de cada cien que escribieran, contuviese una novedad interesante. En cambio, el Derecho procesal les aguardaba; todo en él está sin hacer; se encuentra en muchos de sus ángulos, inexplorado y, en otros, sólo superficial o equivocadamente estudiado, y les exhorta a consagrar los sacrificios de su mente, sus severas meditaciones y todas sus fatigas a este campo. Hoc opus; hic labor. Puede, ciertamente, pensarse que creyera, cuando así se expresaba, que su obra era perfecta, que no necesitaba nada y que nada ni nadie la podría contradecir ni destruir. Mas aunque así fuera, a esa edad, con sus sesenta y ocho años cumplidos y publicado ya enteramente, corregido y acabado, el Programa, lograda esa inmensa y maravillosa construcción, en verdad tenemos que comprender y perdonarle ese instante de orgullo demoníaco.

Y, sin embargo, bien pronto pareció que su obra se iba a venir abajo. La designación Escuela Clásica no es él, ciertamente, quien la da; él llamará a su Escuela a la de Carmignani y a la suya Escuela Ontológica, Escuela Toscana, le dará otros nombres, como Escuela de la tutela jurídica, etc., pero Clásica no la llamará. Estaba

-----  
(6) Pedro Dorado, El Derecho protector de los criminales, nueva edición, muy aumentada y rehecha, de los Estudios del Derecho penal preventivo, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1915, tomo II, pág. 40.

-----  
(7) Se trata de opúsculo V del volumen citado (De la enmienda del reo tomada como único fundamento y fin de la pena), que había sido la prelucción al curso académico del año 1863-4. Hoy puede verse, en castellano, en el tomo I y único publicado de los Opúsculos, traducidos por Gavier y Núñez, Buenos Aires, Arayú, 1955, págs. 133-53. En la mencionada revista, que aparecía en Madrid, Carrara había colaborado anteriormente con otro trabajo intitulado Ideas sobre el Derecho penal; y otro célebre clásico italiano, Pietro Ellero, publicó también en ella un artículo asimismo acerca de la enmienda penal.

destinado este nombre a que se lo asignaran, tal vez con un dejo de ironía, sus enemigos positivistas. La verdad es que luego la Escuela recoge ese mote con orgullo y que hoy todavía se habla de la Escuela Clásica en el verdadero sentido de la calificación, independientemente de lo que se propusiera significar con ella Ferri al asignársela. Mas el caso es que hubo un momento en que parecía que la llamada Escuela Clásica vacilaba, que iba a venirse abajo; parecía que la revolución que trajo consigo el positivismo, iba a crear algo distinto, enteramente nuevo. Y, no obstante, el Programa de Carrara renace y perdura; y cuando leemos la obra de un positivista tan auténtico como Eusebio Gómez, vemos que, sobre todo la Parte Especial de su Tratado, la mayor parte de las citas, y las principales, salen de Carrara. Vemos que Carrara no muere. Pero eso se hizo muy bien en traducirle.

La primera traducción que se hace del Programa, es al francés, en 1876, por Paul Baret, sólo de la Parte General, y aún ésta, incompleta. Al castellano, lo tradujeron por primera vez, ya hace muchos años, en 1889-90, en Costa Rica, Octavio Béeve y Alberto Gallegos, en dos volúmenes que tampoco llegan a abarcar toda la Parte General. La segunda la intenté yo, en España, pero las Adiciones que hice fueron tan voluminosas, que me abrumaron y solamente se publicó la traducción de poco más de la mitad del tomo primero. Por fin, del año 1944 al 50 han ido publicando la suya en Buenos Aires, primera que se ha hecho de todo el Programa, completada con la de algunos de los más importantes Opúsculos, los profesores Núñez y Gavier, de Córdoba, bajo la dirección del Prof. Soler. Así, ya pueden manejarlo todos aquellos que no conozcan más lengua que la nativa, que la castellana.

Lejos de ser Carrara el hombre pagado de sí mismo, se rectifica en numerosas ocasiones y a veces con tal maestría, con tan profundo conocimiento, que escribe hasta un Opúsculo para ello, como cuando Geyer haciendo en lengua alemana la crítica, muy elogiosa por cierto del Programa, "en la acreditadísima revista tudesca —según la expresión de Carrara— periódico trimestral de la legislación y la ciencia jurídica", le hizo ver que el versari in re illicita había sido siempre presentado con mucha claridad, pero jamás en una forma de entonces, escribe un trabajo especial "Sul caso fortuito", que figura con el número XXXI en sus Opuscoli y es el primero del tomo tercero de esta obra, donde confiesa que antes había escrito sobre el particular sin un especial estudio del tema y sin una severa meditación acerca del mismo, reconoce el acierto de las objeciones que se le habían hecho y maneja ese principio de una manera impecable, dándole el verdadero sentido que tuvo en la antigüedad y que ahora nos ha revelado con la solución suareciana el Padre Pereda en España.

He citado este ejemplo como podría citar otros más. Pero también quería referirme a la dedicatoria del Programa. Carrara lo consagra a sus alumnos, y lo hace con unas palabras en las que se le ve entero. Hay muchas gentes que, cuando escriben, están íntegras en las páginas que componen. Por ésto, no puede extrañarnos que un hombre como él, que fue maestro de tantas generaciones y que realizó una obra tan ingente como el Programa, esté todo él en su obra. Su vida, si se quiere, es humilde como tal, porque no tiene tiempo de nada, ni para la política, ni de guerrear ni de preocuparse del Risorgimento; lo único que le importa es su Programa. Está todo él ahí. Pues todo ese Programa, todo eso que es su vida entera, a quien se lo dedica es a sus alumnos. Y con qué palabras se lo dice. Después de rendir recuerdo y pleitesía a Carmignani, su gran maestro, afirma: "No busqué gloria para mí, sino verdades; no me preocupé por las formas brillantes, sino por

la claridad...". Y es cierto, absolutamente cierto: cuando se lee el Programa al punto se advierte que va recogiendo opiniones de todas partes, de los Prácticos, de los franceses —por los que, ciertamente, no siente gran estima— ,de los alemanes —a los que muy a menudo acude—... Mas su pensamiento, el suyo, aparece siempre presentado con mucha claridad, pero jamás en una forma detonante ni despectiva ni aún siquiera descortés hacia los demás.

Eso es el Programa. Y porque ha sido dedicado a vosotros, a los estudiantes, a los mozos, y quisiera ahora haceros, también, una invocación: Recordad a Carrara; recordadle como un ejemplo. Vedle cuando es un niño y se preocupa por la justicia y se consagra a ella porque en una pieza de Rossini hay, en la ficción, una pobre mujer inocente que sube al cadalso. Vedle cuando, joven, defiende en estrados y sabe lanzarle ironías al fiscal porque de este modo puede hacer mejor triunfar su tesis. Vedle defendiendo a los inocentes, defendiendo las buenas causas. Vedle después, maduro, escribiendo su Programa, vuestro Programa. Recordadle anciano, cuando, octogenario, sube a dar clase apoyado en unos bedeles, casi sin vista, temiéndose que aproximar los muchachos para escuchar su voz casi inaudible. Vedle, hace ahora setenta años, al fin muerto; eternizado en los monumentos que en su patria le recuerdan. Muerto, no; inmortal.

## SECCION DE JURISPRUDENCIA

SECCION DE JURISPRUDENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

*En contra del criterio predominante en la jurisprudencia y doctrina nacionales al respecto de la aplicación de la "reformatio in pejus" en el campo del procedimiento penal, la Honorable Corte en esta providencia se decide por su prohibición para los casos en que el apelante es sólo el procesado, su apoderado o defensor.*

*Apoyándose en el Art. 8º del C. de P. P. admite la casación, la vigencia del Art. 357 del C. de P. en el ámbito penal haciendo suyos los conceptos del Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez.*

*La providencia de la cual es ponente el Dr. Alario Di Filippo se constituye así en la primera en la cual se acepta que para el ad-quem está vedada la "reformatio in pejus" contra el procesado apelante.*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACION PENAL**

Bogotá, 27 de Noviembre de 1972

**Magistrado Ponente: DR. MARIO ALARIO DI FILIPPO**

Aprobado: Acta Nº 43 de 23 de Noviembre de 1972

**VISTOS:**

Agotado el trámite correspondiente, entra la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, de 3 de Junio de 1972, por la cual se condenó a Salomón Meza y a Santiago Muñoz a la pena principal de ocho años de presidio, para cada uno y a las accesorias condignas, como responsables del delito de homicidio cometido en la persona de José Narváez Meza.

**LOS HECHOS:**

Cifándose a los elementos de convicción obrantes en el informativo, a folio 43 del cuaderno principal, el fallador de segundo grado resume los debatidos en el proceso en los siguientes términos:

"El 11 de enero de este año (1969), como a las cinco de la tarde, José Florencio Narváez, quien llegó semiembriagado después de suspender sus labores en el campo, se encontraba en casa de Florentina Agradada, situada en la vereda "Andango", jurisdicción del corregimiento de "Pollicarpa" en el municipio de El Rosario. Pocos minutos después llegaron también a dicha casa, medio borrachos, Salomón Meza Solarte y Santiago Muñoz y se situaron en la puerta de entrada a dicha casa; desde allí Salomón Meza Solarte preguntó a José Florencio Narváez y a Cástulo Urresty, que se encontraban en el interior de una pieza: "Cómo les va?" y éstos contestaron: "Bien"; Meza interrogó: "Qué hay aquí?" y Narváez le contestó: "Aquí no hay nada"; Meza replicó: "Cómo no va a haber nada, algo tiene que haber", a lo cual Narváez se puso de pies y dijo: "Aquí no hay nada, o qué es lo que quieren ustedes", a la vez que dirigiéndose a una cama, tomó una tabla y la arrojó contra Meza y su compañero Muñoz; éste inmediatamente sacó un cuchillo y entrando a la pieza atacó con tal arma a Narváez, a quien agarró y sujetó por el cuerpo; acto seguido entró Salomón Meza S., armado de un machete y con éste descargó varios golpes sobre Narváez, quien se encontraba, como se expresó,

sujeto a los brazos del agresor Muñoz. 14 fueron las heridas que allí sufrió José Florencio Narváez, de las cuales le sobrevino hemorragia múltiple, habiendo fallecido en la misma pieza donde fue agredido, unas tres horas después. Meza Solarte y Muñoz dejaron a su víctima agonizante y se marcharon llevando sus armas ensangrentadas, y dejando, uno de ellos, su sombrero cerca al umbral de la puerta”.

#### ACTUACION PROCESAL

El Juez Segundo Superior de Pasto, en auto de 23 de junio de 1969, llamó a juicio, con intervención del jurado de conciencia, a los sindicados Salomón Meza Solarte y Santiago Muñoz, por el delito de homicidio, estimando que se había presentado “el fenómeno de la complicidad correlativa a que se refiere el Art. 385 del Código Penal”.

Interpuesta la apelación contra esta providencia por el defensor de Santiago Muñoz, el Tribunal, en proveído del 12 de diciembre de 1969, confirmó la vocación a juicio, modificándola en el sentido de enjuiciar a los procesados en la “coautoría prevista en el Art. 19 *ibidem*”

En la audiencia pública se sometieron a la consideración del jurado de conciencia los siguientes cuestionarios:

“SERIE UNICA. — El encausado Salomón Meza es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte del ciudadano José Narváez Meza, mediante el empleo de arma corto-punzante, acto que lo ejecutó con la colaboración necesaria de Santiago Muñoz, hechos que tuvieron ocurrencia en la vereda “Andango”, del corregimiento de Policía de Policarpa, jurisdicción del municipio de El Rosario, Nariño, entre eso de las cinco de la tarde del día once de enero de 1969, que ejecutó el sindicado con intención de matar?”.

“SERIE UNICA. — El encausado Santiago Muñoz es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte de José Narváez Meza, mediante empleo de arma corto-punzante, acto que ejecutó el sindicado en coautoría de Salomón Meza, en la vereda “Andango”, corregimiento de Policía de Policarpa, jurisdicción del municipio de El Rosario, Nariño, entre eso de las cinco de la tarde del 11 de enero de 1969, acto que ejecutó el sindicado con intención de matar?”.

El Tribunal popular respondió por unanimidad afirmando la responsabilidad de los procesados.

El juicio culminó con la sentencia de segunda instancia de que se ha hecho mérito y contra la cual interpuso recurso de casación el demandante, Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

#### LA DEMANDA DE CASACION

El Fiscal recurrente le hace un cargo a la sentencia impugnada al amparo de la causal establecida en el ordinal 2º del Art. 580 del C. de P. P., y tres cargos con fundamento en la causal estatuida en el ordinal 4º de la misma disposición.

#### CAUSAL DEL ORDINAL 2º DEL ART. 580 DEL C. DE P. P.

##### Cargo Unico.

“La sentencia dictada por el Juez 2º Superior de Pasto, confirmada luego por el Tribunal, al condenar a Salomón Meza a 8 años de presidio como responsable

de un homicidio en las circunstancias del Art. 362 sin degradantes, fue más allá del auto de proceder. En este auto, base de la acusación y del juicio, se dijo que la acusación a Meza se le hacía para que respondiera de un hecho delictuoso cuya pena sería la de cuatro años de presidio como mínimo, la sentencia aumenta esta pena e impone un mínimo de ocho años de presidio.

“Se dice que esta sentencia está de acuerdo con el veredicto del jurado, es verdad. Pero también lo es lo ordenado por el artículo 533 del C. de P. P., que obliga que el cuestionario se haga con base en los hechos y circunstancias del auto de proceder. Proceder en forma distinta es atentar contra los principios básicos del proceso. Este es un todo orgánico, funcional, en el cual sus partes se van integrando inseparablemente. El proceso no se hace a saltos, sino en forma continuada, de manera que una providencia sirve de base a la continuidad consiguiente. El cuestionario no es “cosa” nueva en el proceso, es la simple enunciación resumida del auto de proceder. Si, en verdad, no es obligatoria la denominación jurídica de las circunstancias, debe manifestárselas en forma clara, real y concreta, al alcance de los jueces de conciencia. Esto no impide que se las haga en forma técnica, si no hay otra manera de poderlas enunciar castizamente.

“Siendo el cuestionario de audiencia un simple resumen de los hechos y modalidades expuestas en el auto de proceder, el cuestionario que desborda el auto de proceder, sería nulo, y la sentencia que se basa en un veredicto que contraría el auto de proceder, casable por mandato del numeral 2º del Art. 580 del C. de P. P.”

“...Podía el Tribunal enmendar un auto de proceder **no apelado**? La Fiscalía estima que no. La Jurisprudencia ha llegado a decir que se puede agravar la situación penal del apelante, situación discutible al máximo. Pero partir de esta base, para aplicar sus consecuencias en un auto **NO APELADO** es dar un salto mucho mayor y de más trascendencia, es decir, es ir más allá de las facultades legales.

“No se diga que el auto de proceder es una pieza que implica totalidad, unidad. Este criterio debe rechazarse. La responsabilidad es individual, de cada quien. Nadie responde penalmente por el hecho de otro. De manera que si la acusación hecha contra Salomón Meza de que había sido matador en circunstancias del Art. 385 del C. P., quedó firmemente establecida, es una ley del proceso por no haberse apelado ni estar sujeto a consulta. Las acusaciones que el Estado hace a sus subordinados, no son colectivas ni generales, son individualizadas, en forma concreta y personales.

“Por esto la Fiscalía estima que el auto que acusaba a Salomón Meza como homicidio en complicidad correlativa se ejecutorió y era una ley del proceso. Y la sentencia que lo desconoce, va más allá de esta acusación”.

#### CAUSAL DEL ORDINAL 4º DEL ART. 580 DEL C. DE P. P.

##### Primer cargo

“El veredicto del jurado, hecho sobre un cuestionario realizado más allá de la ley, es nulo. Esta nulidad se desprende de la no observancia de lo estatuido por el Art. 533 del C. de P. P.

“Al no darse aplicación a este artículo se ha ido contra lo establecido en el Art. 26 de la Constitución Nacional que dice: “Nadie podrá ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”... ”

sujeto a los brazos del agresor Muñoz. 14 fueron las heridas que allí sufrió José Florencio Narváez, de las cuales le sobrevino hemorragia múltiple, habiendo fallecido en la misma pieza donde fue agredido, unas tres horas después. Meza Solarte y Muñoz dejaron a su víctima agonizante y se marcharon llevando sus armas ensangrentadas, y dejando, uno de ellos, su sombrero cerca al umbral de la puerta”.

#### ACTUACION PROCESAL

El Juez Segundo Superior de Pasto, en auto de 23 de junio de 1969, llamó a juicio, con intervención del jurado de conciencia, a los sindicatos Salomón Meza Solarte y Santiago Muñoz, por el delito de homicidio, estimando que se había presentado “el fenómeno de la complicidad correlativa a que se refiere el Art. 385 del Código Penal”.

Interpuesta la apelación contra esta providencia por el defensor de Santiago Muñoz, el Tribunal, en proveído del 12 de diciembre de 1969, confirmó la vocación a juicio, modificándola en el sentido de enjuiciar a los procesados en la “coautoría prevista en el Art. 19 *ibidem*”

En la audiencia pública se sometieron a la consideración del jurado de conciencia los siguientes cuestionarios:

“SERIE UNICA. — El encausado Salomón Meza es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte del ciudadano José Narváez Meza, mediante el empleo de arma corto-punzante, acto que lo ejecutó con la colaboración necesaria de Santiago Muñoz, hechos que tuvieron ocurrencia en la vereda “Andango”, del corregimiento de Policía de Policarpa, jurisdicción del municipio de El Rosario, Nariño, entre eso de las cinco de la tarde del día once de enero de 1969, que ejecutó el sindicado con intención de matar?”.

“SERIE UNICA. — El encausado Santiago Muñoz es responsable, sí o no, de haber ocasionado la muerte de José Narváez Meza, mediante empleo de arma corto-punzante, acto que ejecutó el sindicado en coautoría de Salomón Meza, en la vereda “Andango”, corregimiento de Policía de Policarpa, jurisdicción del municipio de El Rosario, Nariño, entre eso de las cinco de la tarde del 11 de enero de 1969, acto que ejecutó el sindicado con intención de matar?”.

El Tribunal popular respondió por unanimidad afirmando la responsabilidad de los procesados.

El juicio culminó con la sentencia de segunda instancia de que se ha hecho mérito y contra la cual interpuso recurso de casación el demandante, Fiscal Segundo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

#### LA DEMANDA DE CASACION

El Fiscal recurrente le hace un cargo a la sentencia impugnada al amparo de la causal establecida en el ordinal 2º del Art. 580 del C. de P. P., y tres cargos con fundamento en la causal estatuida en el ordinal 4º de la misma disposición.

#### CAUSAL DEL ORDINAL 2º DEL ART. 580 DEL C. DE P. P.

##### Cargo Unico.

“La sentencia dictada por el Juez 2º Superior de Pasto, confirmada luego por el Tribunal, al condenar a Salomón Meza a 8 años de presidio como responsable

de un homicidio en las circunstancias del Art. 362 sin degradantes, fue más allá del auto de proceder. En este auto, base de la acusación y del juicio, se dijo que la acusación a Meza se le hacía para que respondiera de un hecho delictuoso cuya pena sería la de cuatro años de presidio como mínimo, la sentencia aumenta esta pena e impone un mínimo de ocho años de presidio.

“Se dice que esta sentencia está de acuerdo con el veredicto del jurado, es verdad. Pero también lo es lo ordenado por el artículo 533 del C. de P. P., que obliga que el cuestionario se haga con base en los hechos y circunstancias del auto de proceder. Proceder en forma distinta es atentar contra los principios básicos del proceso. Este es un todo orgánico, funcional, en el cual sus partes se van integrando inseparablemente. El proceso no se hace a saltos, sino en forma continuada, de manera que una providencia sirve de base a la continuidad consiguiente. El cuestionario no es “cosa” nueva en el proceso, es la simple enunciación resumida del auto de proceder. Si, en verdad, no es obligatoria la denominación jurídica de las circunstancias, debe manifestárselas en forma clara, real y concreta, al alcance de los jueces de conciencia. Esto no impide que se las haga en forma técnica, si no hay otra manera de poderlas enunciar castizamente.

“Siendo el cuestionario de audiencia un simple resumen de los hechos y modalidades expuestas en el auto de proceder, el cuestionario que desborda el auto de proceder, sería nulo, y la sentencia que se basa en un veredicto que contraría el auto de proceder, casable por mandato del numeral 2º del Art. 580 del C. de P..

“...Podía el Tribunal enmendar un auto de proceder no apelado? La Fiscalía estima que no. La Jurisprudencia ha llegado a decir que se puede agravar la situación penal del apelante, situación discutible al máximo. Pero partir de esta base, para aplicar sus consecuencias en un auto NO APELADO es dar un salto mucho mayor y de más trascendencia, es decir, es ir más allá de las facultades legales.

“No se diga que el auto de proceder es una pieza que implica totalidad, unidad. Este criterio debe rechazarse. La responsabilidad es individual, de cada quien. Nadie responde penalmente por el hecho de otro. De manera que si la acusación hecha contra Salomón Meza de que había sido matador en circunstancias del Art. 385 del C. P., quedó firmemente establecida, es una ley del proceso por no haberse apelado ni estar sujeto a consulta. Las acusaciones que el Estado hace a sus subordinados, no son colectivas ni generales, son individualizadas, en forma concreta y personales.

“Por esto la Fiscalía estima que el auto que acusaba a Salomón Meza como homicidio en complicidad correlativa se ejecutorió y era una ley del proceso. Y la sentencia que lo desconoce, va más allá de esta acusación”.

#### CAUSAL DEL ORDINAL 4º DEL ART. 580 DEL C. DE P. P.

##### Primer cargo

“El veredicto del jurado, hecho sobre un cuestionario realizado más allá de la ley, es nulo. Esta nulidad se desprende de la no observancia de lo estatuido por el Art. 533 del C. de P. P.

“Al no darse aplicación a este artículo se ha ido contra lo establecido en el Art. 26 de la Constitución Nacional que dice: “Nadie podrá ser juzgado sino observando la plenitud de las formas propias de cada juicio”...

"Cuando en el cuestionario, y en su conclusión, el veredicto, se hace aparecer a Salomón Meza como responsable de homicidio intencional, y se olvidan las circunstancias del Art. 385 del C. P., la justicia, es decir, su administración pregunta a los jurados cuestiones distintas que agravan lo establecido en la acusación. De esta manera coloca al procesado en circunstancias de inferioridad, pues éste había sido acusado de una cosa, y a los Jueces se les pregunta por cosas más graves...

"...El auto de proceder dictado por el Juez contra Salomón Meza no fue apelado, ni estaba sujeto a consulta. Se ejecutorió. Cuando el Tribunal lo reformó fue más allá de sus facultades legales. Y lo que se hace extralimitando las facultades legales, es nulo. De manera que la nulidad ahora debe comprender desde el auto del Tribunal dictado el 12 de diciembre de 1969".

#### Segundo cargo:

"¿Un solo defensor estaba en capacidad jurídica para defender a los dos acusados? Dice el Art. 119 del C. de P. P.: "Una misma persona podrá servir el cargo de apoderado o defensor de varios procesados en un mismo proceso, siempre que sus intereses no sean opuestos".

"En la forma en la cual el Tribunal reformó el auto de proceder del Juzgado, cuando dice que se deben colocar a los sindicados en las circunstancias del Art. 19 del C. P., está diciendo que solamente uno consumó el hecho, y que el otro simplemente estuvo presente en su ejecución. Al pretender hacer esta diferencia en audiencia pública, o en forma de alegatos jurídicos, el defensor se encontraba en situación embarazosa, pues lo que pedía para uno de sus clientes, perjudicaba al otro. Y no se diga que en estos casos, la situación de los dos es igual, ya que las penas son iguales. Recuerdo que alguien nos enseñaba que si en verdad en el mercado las papas tienen un mismo precio que el maíz, esto no quiere decir que sean iguales en esencia.

"Este sencillo razonamiento nos dice que la facultad de defensa en los sindicados se aminoró profundamente por el hecho de estar asistidos los dos por un mismo defensor. Nuevamente caemos en el Art. 26 de la Constitución Nacional, vemos que al no observarse la plenitud de las formas de cada juicio, un defensor para cada uno, se ha disminuído la defensa y se ha perjudicado un derecho esencial de nuestra organización".

#### Tercer cargo:

"Cuando el Tribunal Superior de Pasto reformó el auto de proceder, no apelado, dictado por el Juez 2º Superior de Pasto, dictó una providencia nula, pues carecía de competencia para hacerlo. Art. 210, numeral 1º del C. de P. P.

"El Tribunal por sí y ante sí no podía corregir o enmendar una providencia EJECUTORIADA. El auto de proceder dictado por el Juez contra Salomón Meza, era una ley del proceso, que obligaba al mismo Juez y al Tribunal.

"Esta situación es diversa para el caso de Santiago Muñoz. Este apeló el auto de proceder, de su ACUSACION. Pero la apelación de Muñoz puede perjudicar a Meza? Creemos que no, pues ya dijimos que el auto de proceder no es una unidad indestructible. Puede separarse en partes, sobre todo si sabemos que la responsabilidad es personal y no solidaria o colectiva o totalitaria.

"Pero el Tribunal puede agravar la situación del apelante? Seguirá esta Fiscalía diciendo que no. La Ley colombiana dice que los vacíos del C. de P. P. se llenarán con las normas de C. de P. C. Art. 8º del C. de P. P.

"En parte alguna la ley ha dicho en forma expresa que el Tribunal adquiere competencia total al ver un auto de proceder apelado. La apelación es una garantía para el procesado apelante. En todos los estrados judiciales, el Estado tiene su vigilante y atento observador, se llama Agente del Ministerio Público. Si éste no apela, el Estado se conforma con lo hecho por el Juez. No olvidemos que el proceso se ha hecho para averiguar la verdad pero respetando determinado formalismo que garantiza la igualdad Estado-sindicado.

"...Cuando el Juez llama a juicio y el sindicado no apela, y tampoco lo hace el Agente del Ministerio Público, y no se ha establecido la consulta, ese Juez es el Estado y se ha señalado el camino. Siendo las normas de procedimiento penal, excepcionalmente, o mejor dicho el UNICO camino que el Estado se ha fijado para ver un hecho ese mismo Estado no puede aplicarse, de oficio sus facultades ya deterioradas en providencias anteriores.

"Esto nos dice que el Tribunal de Pasto ni siquiera podía agravar la situación del apelante Santiago Muñoz. Pues se lo prohibía el Art. 8º del C. de P. P., que acoge la norma sobre apelaciones del Art. 357 del C. de P. C.

"La facultad de ver un negocio en apelación está supeditada a esta apelación. Ha sido el sindicado quien le ha dado competencia al Tribunal. Sin esa apelación el Tribunal carecería de competencia. Y es el colmo de la deslealtad estatal, aprovecharse de una facultad que le da el apelante para perjudicarlo".

#### CONCEPTO DEL PROCURADOR

Dado en traslado el negocio al Procurador Primero delegado en lo Penal, de conformidad con el Art. 571 del C. de P. P., se expresó así:

"Por cuanto este Despacho no comparte los planteamientos de la demanda, se abstiene de hacer uso de las facultades que le confiere la norma procedimental citada. No se exponen las razones porque implicaría entrar a debatir los cargos de acusación, lo que es inherente a la parte no recurrente, y con lo cual se rompería la Unidad del Ministerio Público, fuera de que con ella se caería en innegable contradicción, toda vez que quedaría el Ministerio Público como parte recurrente y no recurrente al mismo tiempo".

#### SE CONSIDERA:

La Sala estudiará los motivos de impugnación no en el orden en que los presenta el demandante, sino que analizará en primer término el tercer cargo, formulado al amparo del ordinal 4º del Art. 580 del C. de P. P., que hace procedente el recurso de casación "cuando la sentencia se haya dictado en un juicio viciado de nulidad"; porque si prospera este motivo, como la consecuencia sería la nulidad de la actuación desde el auto del Tribunal de 12 de diciembre de 1969, inclusive, para la reposición del procedimiento, resultaría inane toda consideración relativa a los otros cargos.

El actor, como se vio en la transcripción de la demanda, ataca la sentencia de segundo grado por haberse dictado en un juicio viciado de nulidad, de acuerdo

con el numeral 1º del Art. 210 del C. de P. P.; pues que, en lo que atañe al sindicado Salomón Meza, no habiendo apelado del auto de proceder ni éste ni su defensor ni el Agente del Ministerio Público, el Tribunal no tenía competencia para empeorar su situación; y en lo concerniente al procesado Sebastián Muñoz, habiendo apelado solamente su defensor, tampoco la tenía para agravarle el cargo materia de la acusación, negando la existencia de la complicidad correlativa para, en su lugar, afirmar la coautoría prevista en el Art. 19 del Código Penal.

La Sala, para decidir, procede a estudiar el *quid* o médula de la cuestión —*vexata quaestio*, en verdad—, que es la denominada *reformatio in pejus* en el proceso penal.

Es sabido que en la doctrina y la jurisprudencia nacionales ha predominado la tesis de la aplicación del instituto de la *reformatio in pejus* en materia penal se fundamenta en dos principios: El de la autonomía del proceso penal y el de la extensión del poder dispositivo del Juez Penal. Según estos principios, las normas del proceso civil en punto de apelaciones no son aplicables al proceso penal por causa del carácter y fines de los dos procesos: carácter privado y fin estrictamente jurídico en el civil, y carácter público y fin ético-jurídico en el penal. Por eso, según este criterio, la limitación del Art. 357 del Estatuto Procesal Civil (Art. 494 del antiguo Código de Procedimiento Civil), conforme a la cual la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al recurrente, es inaplicable en el proceso penal.

El Dr. Luis Eduardo Mesa Velásquez, en estudio presentado a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y ampliando el criterio que había expuesto en su *Derecho Procesal Penal*, hace las siguientes consideraciones que la Sala acoge *in integrum*, por hallarlas fundamentadas jurídicamente en nuestra legislación positiva y en la teoría del proceso:

“El Art. 8º del actual Código de Procedimiento Penal, que reprodujo en lo sustancial el Art. 7º del anterior, establece que “son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente Código o en leyes especiales, las disposiciones que rijan sobre la organización judicial y procedimiento civil”. Y no existiendo, como no existe, en el estatuto procesal penal, ni en ninguna ley especial, norma que fije los poderes del *adquem* en punto del recurso de apelación, particularmente cuando sea el inculpado el que ejercita el medio de defensa, resulta arbitrario sostener que en el proceso penal no tiene vigencia el Art. 357 del Código de Procedimiento Civil (494 del estatuto anterior), que prohíbe la *reformatio in pejus*, al decir, en lo pertinente, que “la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y, por tanto, el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla”.

“Es presupuesto de todos los recursos la legitimación para proponerlos, que en abstracto la tienen las partes y en concreto sólo se afirma en la que sea agraviada por la resolución judicial. Por ello se ha dicho y repetido que el agravio da la medida del recurso, y en consecuencia, que carece de legitimación para recurrir en un caso determinado aquella parte a la que no grave o perjudique el acto jurisdiccional de que se trate, tomando en cuenta el efecto que éste puede producir, apreciados objetivamente y no conforme al criterio personal de quien pretende la impugnación. Así, por ejemplo, el procesado no estaría legitimado para recurrir

respecto de una sentencia absolutoria, aunque por motivos individuales de tipo excepcional él quisiera ser condenado.

“Si para impugnar es indispensable el interés, que, con relación al inculpado, se puede predicar cuando tienda a una modificación sobre el tenor de hecho o de derecho que influya en la declaración de certeza de su responsabilidad, para excluirla o atenuarla, o cuando tienda a una decisión sobre la pena y con fines a su disminución. (Véase GIOVANNI LEONE, *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, pág. 95), es porque el medio de impugnación no *inviste* de competencia al superior jerárquico del Juez, si de la apelación se trata, para examinar *in integrum* la resolución del a-quo, sino únicamente aquello que interese al apelante, es decir, lo que le sirvió de causa al medio impugnativo, como que en lo favorable ni existe interés, ni el recurrente puede querer que se corrija en disfavor suyo.

“En caso de apelación del procesado, la competencia del Juez de segundo grado, o mejor, el poder de actuarla en el asunto concreto, la da directa e inmediatamente el recurrente, y por lógica se deduce que el actor solamente habilita al superior y con miras a obtener, mediante la revocación o reforma, un beneficio para su causa.

“Es innegable que la *reformatio in pejus*, o sea la plenitud de la competencia del *ad-quem* para decidir la apelación es un sistema más adecuado a los fines de la defensa social, característicos del derecho penal. No obstante, autores positivistas de la talla de FLORIAN defienden su prohibición, aunque no por la filosofía misma de los recursos sino “por razones prácticas”, como que su levantamiento “limitaría de tal suerte el ejercicio del recurso, que casi le suprimiría prácticamente”, (EUGENIO FLORIAN, *Elementos de Derecho Procesal Penal*. Traducción de L. Prieto Castro. Edit. Boch. Barcelona, pág. 437).

“La prohibición de la *reformatio in pejus*, apunta MANZINI, puede ser contraria a una eficaz política penal, pero no todo lo que puede ser útil a esa política debe considerarse acorde con los principios de justicia y equidad (VICENZO MANZINI, *Derecho Procesal Penal*, Vol. V. Traducción de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerbe Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, pág. 140).

“Si la apelación, siguiendo el pensamiento de MALARRIAGA Y SASSO sobre los recursos, es la acción o facultad que la ley concede al que se cree perjudicado por una resolución judicial para procurar del superior jerárquico la revocación o reforma que lo favorezca, no es comprensible que la competencia del superior pueda extenderse a un estudio completo de lo actuado en la primera instancia y con poderes para modificar con mayor gravamen para el recurrente. (Véase ABRAHAM BARTOLINI FERRO, *El Proceso Penal y los Actos Jurídicos Procesales Penales*. V Tomo. Librería y Editorial Castellvi S. A. Santa Fe - Argentina, págs. 73 y ss).

“La mayoría de los Códigos de Procedimiento Penal que conocemos vedan, en cuanto concierne a la apelación, las enmiendas desfavorables al apelante. El Art. 515 del estatuto italiano preceptúa: “La apelación, tanto del Ministerio Público como del imputado atribuye al Juez Superior el conocimiento del procedimiento limitadamente a los puntos de la decisión a que se refieren los motivos propuestos”.

En el proyecto que acompañó dicho Código se defendió la prohibición de la **reformatio in pejus**, pese a las críticas aducidas por algunos contra ese sistema, como plausible y conveniente y, además, por considerar que tal prohibición correspondía en vigor al instituto moderno de la apelación. (Véase VINCENZO MANZINI, ob. cit. Vol. V., pág. 140).

“Predominando en la doctrina el criterio opuesto a la **reformatio in pejus** en el proceso penal; no existiendo en Colombia disposición que la consagre en la ley rectora del proceso penal, y encontrándose en el Código de Procedimiento Civil (Art. 537) la prohibición de aquélla en cuanto al recurso de apelación, en precepto que por la remisión general que hace el Art. 8º del Código de Procedimiento Penal debe aplicarse al proceso criminal, no creemos acogible la tesis de quienes entre nosotros conceptúan que en el proceso penal no tiene aplicación la prohibición de la **reformatio in pejus**.

“Ciertamente es que el proceso penal desarrolla una acción pública, cuyo objeto es de interés general. Pero esta consideración no es valedera para justificar la **reformatio in pejus**. En todas las legislaciones y para todos los expositores aquélla es una verdad incuestionable, y sin embargo, la mayoría de los Códigos de enjuiciamiento criminal y de los tratadistas se pronuncian en contra de las enmiendas desfavorables para el recurrente, justamente porque la competencia del superior, originada en el recurso, la otorga a voluntad el impugnador para que se le mejore su situación y en ningún caso para que se le empeore, hipótesis esta última que ni siquiera puede quedar comprendida dentro del interés que da la legitimación para recurrir.

“Repárase que no obstante la proyección social del proceso penal, la sentencia que se pronuncie en el nuevo juicio y a virtud de la revisión no puede contener una sanción más grave que la impuesta en la primera sentencia (Art. 589 del C. de P. P.). Y que en tratándose de la casación, la Corte no puede tomar en cuenta causales distintas de las expresamente alegadas por las partes (Art. 581 ibidem). Por qué? La técnica del procedimiento; porque el fin de todo recurso es reparar agravios y no propiciar otro perjuicio.

“El control pleno del acto jurisdiccional recurrido en apelación sólo puede hacerse, en cuanto al **thema decidendum** de naturaleza penal, a través de la consulta, cuando la ley prescribe, o de la apelación interpuesta por el Ministerio Público, cuya misión es no solamente la de procurar la sanción de los infractores de la ley penal, sino también de defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados con la infracción, al tenor de lo dispuesto en el Art. 102 del Código de Procedimiento Penal. La consulta y la apelación del Agente del Ministerio Público son los medios jurídicos de control ilimitado de las resoluciones judiciales, por lo que toca a la competencia decisoria del **ad-quem**, para garantía del interés público de la acción represora.

“También dispone el superior jerárquico de una especie de recurso excepcional y oficioso, cual es el de la nulidad, que puede declarar sin requerimiento alguno al llegar los autos a su conocimiento a virtud de la consulta o por cualquier motivo. (Art. 212 del C. de P. P.) cuando encuentre que el inferior incurrió en violaciones flagrantes de la ley.

“Más si se estima, como lo hace entre nosotros Devis Echandía, que el fin de todo proceso judicial es la realización de la justicia y no la satisfacción de los

intereses de las partes ligadas a la relación jurídica, y que para esa finalidad y para la mejor aplicación de la ley el superior no debe tener restricción en sus facultades revisoras (Hernando Devis Echandía, **Nociones Generales de Derecho Procesal Civil**, Edit. Aguilar, 1966, pág. 674), sería menester, para que el **ad-quem** no incurriera en usurpación de competencia, por limitación de los poderes que le concede la apelación en razón de lo que se conoce como personalidad del recurso, una reforma legislativa que facultara al fallador para examinar la providencia impugnada por todos sus aspectos y decidir sin cortapisas, completándole así la ley la competencia recortada que proviene del acto impugnador”. (*Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, octubre de 1972, N° 199, págs. 221 a 227).

No embargante que, según todas las legislaciones, el proceso penal desarrolla una acción pública, cuyo objeto es de interés colectivo —que es el argumento principal o Aquiles de los que sustentan la **reformatio in pejus** y el aducido primordialmente por la jurisprudencia nacional—, y a pesar de que para todos los autores el proceso penal tiene tal carácter, la mayoría de éstos se pronuncia por la prohibición de la **reformatio** en materias penales, como se hace notar en el estudio transcrito.

Estima la Corte que el Juez o Tribunal **ad-quem**, en los casos en que el apelante es sólo el procesado o su apoderado o defensor, puede proferir una resolución con el contenido que halle más acorde con el derecho, pero con la restricción de que no puede modificar la providencia recurrida en apelación en perjuicio de quien promovió el recurso. Porque es enteramente contrario a los fines de la alzada el motivo que, de apreciarse, causaría aumento en la penalidad o agravaría los cargos que son materia de la acusación. Como se dice en el ensayo reproducido, el control pleno del acto jurisdiccional, en lo que respecta al **thema decidendum** de naturaleza penal, sólo puede ejercerse por el superior jerárquico por medio de la consulta, cuando la ley la ordena, o al través de la alzada interpuesta por el Ministerio Público, cuya misión, como representante de la sociedad, es no solamente la de procurar la sanción de los infractores de la ley penal, mas también la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción (Art. 102 del C. de P. P.). Por manera que la apelación interpuesta por el Agente del Ministerio Público y la consulta son los medios jurídicos ex cogitados por el legislador para que se ejerza el ilimitado dominio sobre las resoluciones judiciales, en lo que concierne a la extensión del poder dispositivo del **ad-quem**, para garantía del interés social de la potestad represiva del Estado. Asimismo dispone el superior de una especie de medio excepcional, cual es la nulidad, que puede decretar oficiosamente cuando conozca del asunto en virtud de la consulta o por apelación de cualquiera de las partes (Art. 212 del C. de P. P.), si el inferior incurre en flagrantes violaciones de las leyes.

De lo expuesto se colige que, en el caso **sub-judice**, el Tribunal de Pasto no tenía facultad para reformar el auto de proceder dictado por el **a-quo** el 23 de junio de 1969, agravándoles a los sindicados Santiago Muñoz y Sebastián Meza los cargos materia de la acusación, por no haber apelado el Agente del Ministerio Público y no tener tal providencia el grado de jurisdicción llamado consulta. Al proceder así, incurrió en la causal de nulidad prevista en el numeral 1º del Art. 210 del C. de P. P., pues obró sin competencia en la parte que hizo más gravosa la imputación formulada a aquéllos en el auto de vocación a juicio recurrido, vale decir, en cuanto negó la existencia de la complicidad correlativa reconocida por el **a-quo** y afirmó de la coautoría de los inculpados en el homicidio que se les atribuyó por el Juez de primer grado.

De suerte que el cargo que se estudia ha de prosperar, porque, en verdad, la sentencia impugnada se dictó en un juicio viciado de nulidad (ordinal 4º del Art. 580 del C. de P. P.). Por consiguiente, obrando de acuerdo con lo estatuido en el Art. 583, numeral 3º ibidem, debe declararse la nulidad del juicio y ordenarse su reposición conforme a la ley.

Como se acepta la procedencia de la expresada causal, la Sala se abstendrá de considerar los otros motivos de impugnación aducidos por el demandante.

En mérito de lo dicho, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida y ORDENA reponer el proceso con arreglo a las consideraciones de la parte motiva, a partir del auto de 12 de diciembre de 1969 dictado por el Tribunal de Pasto, inclusive.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen. Publíquese.

(Fdo.) LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO  
MATIO ALARIO DI FILIPPO  
HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ  
ALVARO LUNA GOMEZ  
LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ  
LUIS CARLOS PEREZ  
JULIO RONCALLO ACOSTA  
JÓSE MARIA VELASCO GUERRERO

J. Evencio Posada V.  
Secretario

*Reiteración de reciente doctrina. La Corte por segunda vez, sostiene en una providencia su nueva doctrina de que dentro del proceso penal le está vedada al adquem la "reformatio in pejus" en contra del procesado apelante.*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL**

ACTA N° 46 de 1972

Magistrado Ponente: Dr. Humberto Barrera Domínguez.

Bogotá, 13 de diciembre de 1972.

**VISTOS:**

Entra la Corte a resolver el recurso de apelación interpuesto por el procesado... contra el auto del Tribunal Superior de Ibagué, de 13 de septiembre último, por el cual se resuelve:

"1º) — Llamar a juicio, por los trámites ordinarios, a ... ex-Juez Promiscuo Municipal de Dolores y de condiciones civiles consignadas en su indagatoria, por el delito de abuso de autoridad, de que trata el Código Penal en su Título III, Capítulo IV. Libro 2º.

"2º.) — Sobreseer definitivamente al mismo... de los cargos que le aparecen en esta investigación como responsable (sic) del delito de 'detención arbitraria'.

"3º) — Expedir copia de lo conducente de este proceso para pasarla al señor Juez Penal del Circuito de Purificación (reparto), para la investigación y fallo de la conducta del señor... Secretario del Juzgado Promiscuo Municipal de Dolores, frente al hecho averiguado".

**HECHOS:**

Señala el Procurador 2º Delegado en lo Penal lo siguiente, como antecedentes a tomar en cuenta:

"En declaración rendida ante el Jefe de la Oficina Seccional de la Procuraduría en El Espinal, el 9 de abril del corriente año... le imputó a... dos hechos, a saber: Haberlo privado de la libertad con abuso de las funciones de juez, y haberlo obligado a comprar, con destino al juzgado, útiles de escritorio por valor de ciento cincuenta pesos.

"El Tribunal Superior de Ibagué abrió investigación penal al acusado, y en su desarrollo se estableció el carácter de juez y el ejercicio de funciones por la épo-

ca de autos (fls. 52,44 y 45); oyó en declaración indagatoria (fl. 67 y ss) al sindicado, y practicó las pruebas que consideró conducentes al esclarecimiento de los hechos.

"El caudal probatorio vino a demostrar que el 19 de octubre de 1971... solicitó al Juzgado Promiscuo Municipal de Dolores la comparencia de... para que bajo la gravedad del juramento absolviera un cuadro de posiciones contenido en sobre cerrado.

"Se ordenó citar a... para contestar el interrogatorio formulado, y, al efecto, se libraron una boleta de comparencia y un oficio al Comandante del puesto de Policía de Rionegro, para que se presentara a las once de la mañana del 8 de enero en curso (fls. 38v. y 39). Como... no cumplió la citación, a instancias de la parte interesada el juez... libró al Comando de Policía la boleta de captura N° 005, de 12 de enero (fls. 42 y 58).

"El sábado quince del mismo mes de enero fue capturado por la policía y conducido al juzgado a eso de las diez de la mañana. El secretario, en ausencia del juez, dirigió al Director de la Cárcel Municipal el oficio N° 027, concebido en los siguientes términos: "Sírvese mantener en el establecimiento carcelario en calidad de capturado al señor... por el término de nueva orden. De Ud. atentamente, Juez Promiscuo Municipal, firmado (fl. 38).

"En las primeras horas del lunes 17 de enero, el Juez hizo conducir al capturado a su despacho, cumplió con él la diligencia de interrogatorio y lo dejó en libertad, pero le impuso la obligación de comprar útiles de escritorio por valor de \$ 150.00 pesos con destino al juzgado, lo cual cumplió.

"El sindicado explicó los antecedentes que lo llevaron a impartir la orden de captura, pues 'se llenó de motivos para ello' y justificó este acto conforme a la autorización del Art. 317 del C. de P. C. Agregó que "en vista de que había permanecido algunas horas retenido en la cárcel por orden de mi Secretario, fue puesto inmediatamente en libertad sin imponérsele multa, exigiéndole para el servicio del juzgado unos útiles de escritorio, precisamente porque el cúmulo de trabajo que tiene el juzgado de Dolores exige papel en abundancia, cintas para máquinas, papel carbón, sobres y la partida de la nación es escasamente de ciento diez pesos, que no es suficiente..."

"Admitió haber librado la orden de captura porque la policía no presentó a... a pesar de haber sido solicitada su comparencia mediante oficio y reconoció que la sanción pecuniaria por desacato debió motivarse 'y ese era el propósito mío, pero en vista de que mi secretario dijo que en vez de echar una providencia se le impusiera la traída de unos útiles, porque se estaba empezando el año y la delegación para el pago de los útiles llegaba muy tarde, se dejara el asunto así, para que los entregara al juzgado sin más vueltas, ni resoluciones, ya que ese día, por ser lunes, tenía una cantidad de personal del campo que despachar. Esa la razón para que no se hubiera proferido la resolución respectiva, sancionándolo con una multa... Lo grave hubiera sido que se le hubiera exigido alguna suma de dinero al individuo... pero no fue así, sino que se le exigió unos útiles que se invirtieron en el mismo juzgado". (fl. 72).

"Repitió que la orden de captura se expidió en vista de la renuencia de... a presentarse al Juzgado, pero no se imaginó que éste fuera puesto a su disposi-

ción el sábado siguiente 'cuando yo me encontraba atendiendo a mi esposa en esta ciudad de Ibagué, en un ataque de la vesícula'".

#### CONSIDERA LA CORTE

El juzgador a-quo ordenó la consulta del sobreseimiento definitivo. Igualmente anota en la parte motiva que, "como el ilícito de que se trata no conlleva privación de la libertad personal, la Sala omitirá decretar la detención preventiva del mismo inculpado". Se dice por el Tribunal Superior de Ibagué que la infracción porque se llama a juicio al juez... es la prevista en el Art. 171 del C. P.

La Procuraduría Primera Delegada en lo Penal, luego de anotar que lo concerniente a la privación de la libertad del nombrado... es totalmente ajeno al juez... expresa que "resulta sí plenamente acreditado que..." el Juez... "de Dolores, con abuso de sus funciones y sin el propósito de obtener un provecho ilícito, construyó a... a pagar una contribución que legalmente no debía..." Y observa el Ministerio Público que "esta conducta constituye una exacción contemplada y sancionada como delito de CONCUSION por el Art. 158 del Código Penal, pues el sindicado, por un exceso de celo en el cumplimiento de las funciones de juez, obligó a la víctima a pagar una contribución a cargo del Estado, que legalmente no debía". Pide, en consecuencia, que la Corte "confirme el sobreseimiento consultado y la orden de expedir copias para investigar la conducta del secretario... y reformar el auto de proceder apelado, en cuanto a la calificación jurídica de los hechos atribuidos al juez.

Pues bien:

#### A.—En cuanto al sobreseimiento proferido.

Dada la imputación hecha al juez... del delito de detención arbitraria y la pena prevista para esta infracción, su consulta es pertinente, pues de acuerdo con el numeral 1° del art. 199 del C. de P. P., el grado de consulta procede respecto de "la sentencia y el sobreseimiento definitivo, cuando la infracción porque se procede tuviere señalada una sanción privativa de la libertad personal que exceda de un año".

#### B.—En cuanto al llamamiento a juicio.

Es evidente que el juzgador a-quo incurrió en yerro en la calificación de la conducta del juez... al estimarla como constitutiva del delito de abuso de autoridad, según lo que preceptúa el art. 171 del Código Penal, pues, como observa la Procuraduría 2ª Delegada en lo penal, los hechos averiguados conforman el caso de concusión de que trata el art. 158 de la misma obra.

Según la norma últimamente citada, "si al cometer el hecho de que trata el artículo anterior, no obrare el agente con el fin de obtener para sí o para otro un provecho ilícito, se le impondrá multa de ciento a mil pesos e interdicción de derechos y funciones públicas hasta por dos años".

El artículo 157, dice:

"El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público, que abusando de su cargo o de sus funciones, y con el fin de obtener para sí o

para otro un provecho ilícito, constriña o induzca a alguien a pagar impuesto, contribución, recargo, renta, rédito, salario o emolumento que legalmente no se deba, incurrirá en prisión de seis meses a cuatro años y en interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período.

“Si empleare intimidación o invocare orden superior o mandamiento judicial, se aumentará la pena hasta en la mitad”.

En efecto, está plenamente comprobado que el Juez... indebidamente, constriñó al denunciante... sin ánimo de lucro para sí o para otro, a contribuir en los gastos de funcionamiento del despacho a su cargo, haciendo que comprara y pusiera a disposición de la Oficina útiles de escritorio por la suma de ciento cincuenta pesos.

Ahora bien:

El delito de concusión de que se ha hecho referencia conlleva una sanción más grave que la prevista para el de abuso de autoridad porque fue llamado a juicio el procesado... según lo que se indica en el art. 171 del Código Penal.

En estas circunstancias y habiendo sido el sindicado el único recurrente del proveído del Tribunal Superior de Ibagué, no puede la Corte modificar la calificación jurídica dada a los hechos, como lo pide el Ministerio Público, pues ello llevaría a una *reformatio in pejus* para lo cual no le asiste competencia a esta Corporación.

Recientemente la Corte (providencia de 27 de noviembre del corriente año), dijo:

Se “estima...” que el juez o tribunal *ad-quem*, en los casos en que el apelante es sólo el procesado o su apoderado o defensor, puede proferir una resolución con el contenido que halle más acorde con el derecho, pero con la restricción de que no puede modificar la providencia recurrida en apelación en perjuicio de quien promovió el recurso. Porque es enteramente contrario a los fines de la alzada el motivo que, de apreciarse, causaría aumento en la penalidad o agravaría los cargos que son materia de la acusación. Como se dice en el ensayo reproducido” (se refiere la Corte al estudio presentado por el Magistrado, doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez a la Academia Colombiana de Jurisprudencia y publicado en la Revista de esa Institución, N° 199, págs. 221 a 227)..., “el control pleno del acto jurisdiccional, en lo que respecta al *thema decidendum* de naturaleza penal, sólo puede ejercerse por el superior jerárquico por medio de la consulta, cuando la ley la ordena, o al través de la alzada interpuesta por el Ministerio Público, cuya misión, como representante de la sociedad, es no solamente la de procurar la sanción de los infractores de la ley penal, más también la defensa de las personas acusadas sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados por la infracción (art. 102 del C. de P.P.). Por manera que la apelación interpuesta por el Agente del Ministerio Público y la consulta son los medios jurídicos excogitados por el legislador para que se ejerza el ilimitado dominio sobre las resoluciones judiciales, en lo que concierne a la extensión del poder dispositivo del *ad-quem*, para garantía del interés social de la potestad represiva del Estado. Asimismo dispone el superior de una especie de medio excepcional, cual es la nulidad, que puede decretar oficiosamente cuando conozca del asunto en virtud de la consulta o por apelación de cualquiera de las partes (art. 212 del C. de P.P.) si el inferior incurre en flagrante violación de la ley”.

Y como ya se dijo, en la calificación de los hechos, se incurrió en el auto de proceder en yerro relativo a la denominación jurídica de la infracción, lo cual conlleva nulidad de lo actuado a partir de dicho auto de proceder, inclusive, de acuerdo con lo previsto en el ordinal 5° del art. 210 del C. de P.F.

No obsta a tal declaratoria de nulidad el que se haya sobreseído definitivamente en favor del juez... en cuanto a la acusación de detención arbitraria, porque se trata de hechos conexos que deben ser calificados en una sola oportunidad procesal.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —SALA PENAL— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador 2° Delegado en lo Penal, DECLARA nulo lo actuado en este proceso a partir de la providencia que calificó el mérito del sumario, inclusive y de la cual se ha hecho referencia, a fin de que se reponga el procedimiento por el juzgador de primera instancia.

Cópiese, notifíquese, y devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Ibagué.

LUIS ENRIQUE ROMERO SOTO

MARIO ALARIO DI FILIPPO

HUMBERTO BARRERA DOMINGUEZ

ALVARO LUNA GOMEZ

LUIS EDUARDO MESA VELASQUEZ

LUIS CARLOS PEREZ

JULIO RONCALLO ACOSTA

JOSE MARIA VELASCO GUERRERO  
Evencio Posada—Secretario”.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BUCARAMANGA

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA  
UNAB  
HEMEROTECA

*Tema que estudia el auto principalmente:*

*"Pero como en la cláusula séptima del contrato de promesa de venta expresaron los contratantes que la suma de \$ 50.000.00 que en la fecha entrega el promitente comprador representada en un cheque girado contra el Banco de Colombia, se entenderá dada en arras, para todos los efectos del Art. 1859 del C. C.". Se hace necesario puntualizar el verdadero alcance de este pacto adicional y precisar si le quita al cheque girado su naturaleza de medio de pago para convertirlo en un simple título o documento entregado como prenda, sin pérdida de su individualidad.*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**— SALA PENAL —**

**Magistrado Ponente: Dr. DAVID PIMIENTO S.**

Bucaramanga, octubre dos de mil novecientos setenta y dos.

**VISTOS:**

Corresponde al Tribunal definir el recurso de apelación interpuesta contra los autos de 31 de mayo y 28 de junio del corriente año, mediante los cuales el Juzgado 5º Penal Municipal decretó, en su orden, la detención preventiva de ..... por los delitos de "estafa y violación del D. L. 1135/70", y no accedió a concederle al sindicado la detención en el lugar de trabajo, reiterando además la decisión de mantener la orden de captura impartida contra ..... En esta segunda instancia el señor Fiscal 1º solicita revocación de las providencias recurridas.

Previamente a la resolución que corresponde tomar en este grado es de oportunidad observar que el señor apoderado de ..... se permitió desistir, haciendo uso de una de las facultades de que estaba investido, del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 28 de junio, tal como puede verse al fs. 6 del cuaderno 3º bis. Por manera que la jurisdicción del Tribunal sólo puede actuarse en relación con el auto de detención preventiva, contra el cual se interpuso oportuno recurso sustentado por el señor apoderado ante el Juzgado del Circuito Penal.

Se considera:

El aspecto fáctico de la cuestión procesal ha sido puntualmente resumido por el señor Fiscal Primero de la siguiente manera:

"De lo actuado resulta que, con fecha nueve de noviembre de mil novecientos setenta y uno, ..... celebraron entre sí un contrato de promesa de venta, en virtud del cual el primero prometió venderle al segundo, y éste prometió comprar, mediante escritura pública y con todas las formalidades legales, un predio rural conocido con los nombres de La Victoria y El Cerro, ubicado en jurisdicción de Puerto Wilches. El precio del inmueble prometido en venta se estipuló en la suma de ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000.00), suma ésta que el promitente comprador se obligó a pagar en la forma siguiente: Cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) representados en el cheque número 2152945 girado contra el Banco de Colombia, con un plazo de noventa días para ser presentado al cobro; y el saldo, o sea, la suma de cien mil pesos (\$ 100.000.00) para el día

en que se efectuara la entrega material del inmueble, fecha en la cual debería otorgarse también la correspondiente escritura pública. "Por acuerdo de los contratantes --según reza la cláusula "SEPTIMA" del documento contentivo del contrato de que se viene hablando la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) que en la fecha entrega el prometiente comprador representado en un cheque girado contra el Banco de Colombia, se entenderá dada en arras, para todos los efectos del Art. 1859 del C. C.". Según parece, desde los primeros días del último diciembre,.... entró en posesión del inmueble materia del contrato, más no por entrega que de él le hiciera directamente el prometiente vendedor, sino por conducto de ....., quien lo venía ocupando con el carácter de aparcerero o arrendatario. Desde entonces --de acuerdo a lo estipulado-- en las cláusulas CUARTA y SEXTA del contrato de promesa ha debido otorgarse la correspondiente escritura pública, lo que no ocurrió así por razones que permanecen ignoradas. Es probable que esto se deba a que el prometiente comprador no estuvo en condiciones de pagar el precio, pero también lo es que el prometiente vendedor no estuviera tampoco en circunstancias de efectuar la tradición del dominio de la cosa vendida, por tener problemas pendientes con los vecinos por cuestiones de linderos, como así lo afirma ..... Pero, sea de ello lo que fuere, es lo cierto que al vencerse el plazo convenido para el cobro del cheque entregado a título de arras, el beneficiario ..... intentó hacerlo efectivo, con el resultante de que el girado no lo pagó, por cuanto la respectiva cuenta corriente había sido "cancelada". Protestado que fue el instrumento, su tenedor resolvió acudir, por medio de apoderado, a la vía penal, formulando, al efecto, la correspondiente denuncia contra ..... y su esposa, por los delitos de estafa y giro de cheques sin provisión de fondos".

El señor Fiscal en orden a sustentar su criterio sobre el presente caso en que el cheque 2152945 de 7 de noviembre de 1971, extendido por mandato de ..... contra su cuenta corriente del Banco de Colombia, resultó impagado por provisión saldada y finalmente fue protestado por cuenta cancelada, emprende el examen del contrato de promesa que le dio origen y llega a la conclusión de que el mencionado instrumento negociable o título valor estaba sometido no solamente a un plazo sino a la condición de que ..... incumpliera su obligación contractual, pues no había sido emitido como efecto de pago sino como prenda de la celebración del contrato prometido. En consecuencia piensa el señor Fiscal que el hecho imputado al sindicado ..... carece de tipicidad penal en referencia al D. L. 1135 de 1970, y menos puede tenerla como delito de estafa.

En cuanto al plazo a que estaba sometido el cheque por voluntad de las partes contratantes, es de evidencia documental, corroborada con prueba personal, que se acordó un plazo de noventa días, concretamente el 10 de febrero de 1972, para su presentación en el Banco girado, de conformidad con la restricción puesta al respaldo por la parte giradora y con los asertos de denunciante y sindicado. En la cláusula cuarta del contrato de promesa se estipula el precio de ciento cincuenta mil pesos "que el prometiente comprador se obliga a pagar en la siguiente forma: Cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) representados en el cheque número 2152945, girado en esta fecha contra el Banco de Colombia, oficina principal, en esta ciudad, con la obligación de ser cobrado dentro del plazo de noventa días, contados desde la fecha".

De modo que el cheque cuestionado fue sometido a un plazo para su presentación al cobro. El plazo venció el 10 de febrero sin que en esa fecha mantuviera

el cuentacorrentista la necesaria provisión a que estaba obligado como autor jurídico del libramiento, pues desde el cinco de enero la cuenta había quedado agotada o saldada en razón del pago parcial de otro cheque según lo certifica el Banco al fs. 16 del cuaderno duplicado. Cabe a propósito del plazo pactado en materia de cheques traer a cuento los siguientes apartes de la sentencia de 9 de marzo de 1971, por la cual la Corte Suprema declaró la exequibilidad de los incisos 1º y 4º del art. 1º del D. 1135 de 1970:

"De lo dispuesto en el inciso final del art. 1º del D. 1135 de 1970, acusado, se colige que el cheque puede ser posdatado, como también que el girador y el beneficiario estén en libertad de convenir de otra forma un plazo para la presentación del instrumento al cobro, sin que por ello se mute la índole ni la nominación del documento, que sigue siendo un cheque y así lo llama la propia ley.

"Respecto de lo anterior es oportuno observar que a los fines penales, la presentación para el cobro del cheque puede hacerse desde la fecha de su expedición, si no aparece expresamente posdatado ni se ha convenido plazo de otra manera, o desde la fecha de la posdata o al vencimiento del término estipulado para el cobro, y en una u otra hipótesis el rechazo del Banco, "por falta o insuficiencia de fondos" apareja sanción penal al girador, cuando no se demuestra causal legal de exclusión de la responsabilidad, verbigracia, el caso fortuito o la fuerza mayor".

No obstante que por definición legal el cheque es un instrumento de pago a la vista, característica especialmente acentuada en el actual Código de Comercio que reputa inexistente cualquier mención o estipulación en contrario (Art. 717, puede concederse que frente al inciso 4º del Art. 1º del Decreto 1135 de 1970, es permisible en sede penal el convenio de las partes acerca de plazos para la presentación al cobro; en otros términos, que continúa siendo condición de procedibilidad de la acción penal el vencimiento del término acordado entre las partes.

Por lo que hace a la condición y a los fines con que fue girado el cheque la Sala da a los hechos del proceso un entendimiento distinto del que les acuerda su distinguido Fiscal. En efecto, es meridiano a la luz de la cláusula 4ª del contrato de promesa de venta, atrás transcrita, y de la nota puesta al reverso del instrumento, que el cheque fue extendido con la finalidad y compromiso del beneficiario de no presentarlo al Banco de Colombia para que fuera descargado por el pago sino al vencimiento de los noventa días pactados. Pero como en la cláusula séptima del contrato de promesa de venta expresaron los contratantes que "la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000.00) que en la fecha entrega el prometiente comprador representada en un cheque girado contra el Banco de Colombia, se entenderá dada en arras, para todos los efectos del art. 1.859 del C. C." se hace necesario puntualizar el verdadero alcance de este pacto adicional y precisar si le quita al cheque girado su naturaleza de medio de pago para convertirlo en un simple título o documento entregado como prenda, sin pérdida de su individualidad.

Ante todo corresponde recordar que las arras son una prestación real y anticipada que se da en prenda, garantía o seguridad de la celebración o ejecución de un contrato, al tenor de la preceptiva del art. 1.859 del C. C. Sus grandes especies o modalidades son las denominadas de arrepentimiento, penitenciales o de retractación y las llamadas simplemente confirmatorias. Las primeras están re-

guladas por el art. 1.859 del C. C. y las segundas que se proyectan en el campo de la cláusula penal, caen bajo el gobierno del art. 1861 ibídem. Es claro que en el evento procesal que se estudia no se trata de la segunda clase de arras sino de las primeras porque en el contrato no se consignan las expresiones de ley ni otras equivalentes. Entonces para entender cabalmente el sentido de esta prestación que es real y no simbólica basta traer a colación la siguiente doctrina de la Corte Suprema en casación de 6 de junio de 1955:

"Salvo estipulación en contrario, cuando en una venta o en una promesa de venta, las partes entregan arras, estas se entienden penitenciales (C. C. art. 1861).

"Según los arts. 1859 y 1860 del Código Civil, el principal efecto de la estipulación de arras es permitir a cada una de las partes el desistimiento del contrato, dentro del plazo estipulado o —a falta de éste— dentro de los dos meses subsiguientes de la convención. Si antes de vencerse el plazo convencional o legal, las partes otorgan la correspondiente escritura pública dando cumplimiento a la promesa de venta solemne, o si se principia la entrega de las cosas vendidas iniciando la ejecución del contrato, se extingue el derecho de retractación, salvo estipulación expresa en contrario. Lo cual es obvio porque al cumplirse el contrato en todo, o en parte, hay una renuncia tácita de la facultad de desistir. En estos casos, el dinero entregado a título de arras debe imputarse a buena cuenta del precio si fue dado por el comprador o debe devolverse al vendedor en el caso contrario.

"La estipulación de arras penitenciales en la venta o en la promesa de venta es un pacto accesorio al contrato principal. Por medio de tal estipulación las partes celebran un contrato condicional.

"En la promesa de venta la estipulación de arras penitenciales constituye una condición resolutoria. La promesa se resuelve si una de las partes desiste dentro del plazo convencional o legal. En tal caso la otra parte no puede exigir del que se retracta, el cumplimiento de la promesa: sólo puede retener las arras o pedir las dobladas, según el caso. Expirado el plazo dentro del cual podía ejercitarse la facultad de desistir, la condición resolutoria se considera fallida (C. C. art. 1539) y el contrato debe ejecutarse".

Aplicando estas enseñanzas a la cuestión de autos se tiene que en defecto de plazo contractual para que las partes pudieran desistir de celebrar el contrato de venta prometido, sometiéndose a las consecuencias legales previstas por el art. 1859 del C. C., operaba en principio el plazo de dos meses señalado por la ley para suplir el vacío de voluntad de los contratantes. Al expirar este término sin que ninguno de los obligados hiciera uso del derecho de retracto caduca la posibilidad del arrepentimiento y adquiría toda su firmeza como ley contractual (art. 1602 del C. C.). De ahí en adelante regía el ordenamiento civil en punto al cumplimiento de las obligaciones y a la resolución de los contratos (art. 1546 C. C.). Sólo en la hipótesis de la retractación dentro del plazo legal podría sostenerse que el cheque estaba sometido a condiciones como medio de pago a favor de ..... bajo el supuesto de que ..... hubiera hecho uso de la facultad de arrepentirse. En este caso la orden de pago emitida jurídicamente por ..... sólo cobraba liquidez en su contra si él hubiera desistido del negocio. No sería entonces la suya una orden incondicional de pago, pues estaría subordinada a su retractación. Pero sucede que la promesa de venta ganó firmeza y perfección, se

consolidó como fuente productora de obligaciones, y con ello se extinguió la posibilidad de la retractación, al realizarse en el hecho la hipótesis prevista en la norma en relación con la entrega del bien prometido (art. 1860 C. C.). En efecto, no sólo ..... (Fs. 10), el testigo ..... (Fs. 12) y el propio ..... (Fs. 17), afirman la entrega de la finca prometida en venta por aquél sino que de ello da noticia el documento del folio 22 suscrito por los contratantes y el aparcerero ..... De estos medios de convicción se sigue que ..... puso el predio a disposición de ..... y éste entró a usufructuarlo, lo que es suficiente para configurar la entrega de que habla el art. 1860 del C. Civil. Este hecho al verificarse en el mes de noviembre último, impidió que las arras penitenciales cumplieran su cometido propio de autorizar la retractación que no era ya legalmente posible.

Situadas en este plano las relaciones jurídicas de los contratantes no tiene relevancia penal establecer cuál de los prometedores incumplió sus obligaciones, porque precluida la oportunidad del arrepentimiento el cheque girado adquirió la plenitud de su mérito como medio de pago al vencimiento del plazo convenido, sin que el hecho de que girador y beneficiario se obligaran solidariamente en una letra de cambio librada a favor de un tercero, para arbitrar treinta y cinco mil pesos destinados al pago de unas mejoras existentes en el inmueble objeto de la promesa, tenga poder de afectación sobre la relación cambiaria originariamente constituida sin condiciones compensatorias que por otra parte no cabrían, dado que ..... apenas se obligó con ese tercero a cuyo favor también se obligó ..... sujeto contra quien accionó el beneficiario en proceso de ejecución según se afirma en los autos. Tan claro era en la conciencia de ..... su compromiso de pagar que cuando le cancelaron la cuenta bancaria le pidió a ..... que no presentara el cheque y realizó gestiones en la Caja Agraria a fin de conseguir dinero para satisfacer sus obligaciones contractuales, según lo manifiesta en indagatoria (Fs. 17).

En suma, encuentra la Sala que el sindicado ..... emitió por intermedio de su mujer un cheque para ser cobrado en fecha posterior, llegada la cual no contaba con suficiente provisión porque su cuenta había sido liquidada. En esta conducta se da una acción antijurídica, de típica referencia al art. 1º del D. L. 1135 de 1970, sin que aparezcan comprobadas causales de justificación o inimputabilidad liberatorias de la responsabilidad. Se mantendrá por tanto la vigencia del auto de detención por lo que hace a este delito.

En cambio el delito de estafa, comprendido en el auto de detención, no se perfila en la prueba. A este respecto el señor Fiscal dictamina de la siguiente manera que la Sala comparte:

"En lo tocante al delito de estafa, que también se ha denunciado, esta Fiscalía no ha encontrado a través de los autos ningún elemento probatorio que autorice la afirmación de que el señor ..... hubiese efectuado una disposición patrimonial perjudicial para él, en virtud de haber sido inducido en error por medio de artificios o engaños".

Este proyecto fue acordado en Sala.

En razón de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, Sala Penal de Decisión,

**RESUELVE:**

1º Admitir el desistimiento del recurso de apelación propuesto contra el auto de 28 de junio de este año.

2º Confirmar el auto de 31 de mayo último por el cual se decretó la detención preventiva de ..... quedando su detención circunscrita al delito previsto en el D. 1135 de 1970, Art. 1º. Se revoca la providencia en relación con el delito de estafa.

**COPIESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE**

Los Magistrados,

**BERNARDO URIBE PRADA**

**DAVID PIMIENTO S.**

**SAMUEL CHALELA CHALELA**

**LUIS A. BUITRAGO**  
Secretario

*Contiene este interesante auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga un serio estudio sobre algunos conceptos de la jurisdicción, la competencia y el cambio de radicación de negocios penales. Las tesis expuestas tuvieron eco en la Corte Suprema de Justicia, Corporación que al decidir la colisión negativa de competencias suscitada fijó el conocimiento en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

— Sala Penal —

(Magistrado Ponente: Dr. Samuel Chalela Ch.).

Bucaramanga, Marzo seis de mil novecientos setenta y dos.

Aprobación: Acta N° 42

**VISTOS:**

En providencia del primero de diciembre de mil novecientos setenta y uno, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, consecuente con el concepto de su colaborador Fiscal, se abstuvo de conocer de este proceso seguido contra N. N. y otros, "por delitos de rebelión, asociación para delinquir, homicidios agravados, falsedad" y los demás que puntualiza la sentencia proferida por el Presidente del Consejo Verbal de Guerra celebrado en la Brigada de Institutos Militares de Bogotá para el juzgamiento respectivo, por considerar que la revisión del aludido fallo en virtud de la apelación interpuesta legalmente, debía concederse ante el Tribunal del Distrito Judicial de Bucaramanga, por ineficacia del cambio de radicación obrante en los autos y recobramiento, con la cesación del fuero castrense, de la vigencia del factor territorial de la competencia, que la fija en el lugar de los delitos más graves, para los efectos propios de la segunda instancia.

Por esos motivos dispuso devolver el negocio a la Presidencia del Consejo Verbal de Guerra, Brigada de Institutos Militares de Bogotá, a fin de que se concediera el recurso ante esta Corporación y se remitieran aquí los autos, suscitando desde entonces colisión negativa de competencias, en el caso de que no fueran compartidos o aceptados los fundamentos expuestos en la mencionada providencia, (fs, 136 y ss., cdno. N° 46).

**Se considera:**

El Tribunal Superior de Bogotá funda su decisión inhibitoria en la competencia funcional del Tribunal Superior de Bucaramanga para entender de la segunda instancia del negocio. Al efecto elabora una serie de razonamientos que no pueden ser compartidos por esta corporación, en atención a los motivos que a continuación se expresan.

Las infracciones objeto de los procedimientos especiales de la Justicia penal militar, cuya jurisdicción las comprendió desde el momento mismo de realizarse por estar la República a la sazón en estado de sitio. (D. L. 1288 y 1290 de mayo

de 1965), fueron cometidas en territorio de diferentes Distritos Judiciales como los de Bucaramanga, San Gil, Cali y Bogotá.

El Tribunal provocante de la colisión toma pie en el Art. 39 del C. de P. P., norma de puro régimen procesal y delimitado campo de aplicación, para privarla de su exacto alcance y otorgarle caprichosamente otro derivado del Art. 33 del C. P. que es precepto de puro derecho material. El texto primeramente citado que substituyó con ventaja el Art. 50 del anterior Código, reza exclusivamente con el conocimiento en los casos de conexión de procedimientos, pero su operancia reclama como cuestión previa el establecimiento de la competencia por el factor territorial, según el principio básico de que es competente el Juez del territorio donde se cometió la infracción (Art. 40 C. de P. P.). Dilucidado el lugar de comisión entran en juego los criterios relativos a la materia y al fuero de atracción por el Juez de mayor jerarquía. Este es el verdadero sentido del Art. 39 del C. de P. P.

Ahora bien. El criterio de la ley en la determinación de la competencia "ratione loci" o "forum commissi delicti" es, en primer lugar, bien simple: conoce el Juez del lugar de consumación del delito, cuestión que toca con extremos del derecho penal sustancial. Más como no siempre aparece con la debida precisión el lugar, el ordenamiento nacional provee dotando al titular de la jurisdicción de guías seguras a través de la consagración del "forum preaventionis", que regula la materia de la competencia por el territorio, en los eventos en que el lugar de consumación se desconoce totalmente o cuando es incierto a las violaciones de la ley penal han ocurrido en lugares pertenecientes a distintas jurisdicciones, como en el caso de estos autos. A virtud de este foro previene y excluye el Juez del lugar en que primero se cumple la actividad procesal, o en parejas circunstancias, el del lugar de aprehensión del sindicado (Art. 42 del C. de P. P.).

No se ajusta entonces a la preceptiva procesal colombiana el concepto de que la competencia territorial en el caso de delitos cometidos en distintas jurisdicciones se determina por el lugar de perpetración del delito más grave o por aquel en que se ha cometido el mayor número de infracciones, como lo piensan el Tribunal de Bogotá y su Fiscal Noveno, pues, se repite, el ordenamiento nacional consagra como criterio subsidiario el de la competencia a prevención, que de ningún modo fue ejercitada por Jueces ordinarios de este Distrito. Ni podía serlo dado que las plurales ilicitudes penales tuvieron desde su nacimiento misma definida vocación castrense por haberse cometido bajo el régimen del estado de sitio. Pero si alguna validez tuviera tan particular modo de discurrir, se haría necesario recordar que no fue ciertamente en territorio del Distrito Judicial de B/manga, sino en el de San Gil donde se realizó el llamado asalto al "trep pagador" de los FF. NN. entre las estaciones "Opón" y "Las Montoyas", del municipio de Vélez, que pertenece al Distrito Judicial de San Gil, de acuerdo con la división territorial judicial. En aquel paraje el día 9 de marzo de 1967, se cometieron los hechos más graves por el impacto público nacional e internacional y por la índole, cantidad y variedad de violaciones penales, como que fueron sacrificadas nueve vidas, ocho más sufrieron afectación en su integridad personal y se cometió robo de dineros públicos, armamento y pertrechos militares.

La jurisdicción ordinaria en este Distrito, conviene insistir, nunca tuvo potestad sobre los hechos del proceso ni ejercitó actividad alguna que le diera conocimiento a prevención por la simple y obvia razón de que carecía de ella. De donde resulta arbitrario pretender que el conocimiento está radicado en este Distrito y que sea precisamente este Tribunal el habilitado territorialmente para entender en

segunda instancia sobre delitos cometidos en diferentes Distritos Judiciales del país. No es dable invocar el criterio de la gravedad de las infracciones por lo ya expuesto, ni el de la jerarquía que solo funciona a base del establecimiento de la competencia por el territorio. Lo que chocaría además con el Art. 153 de la C. N. que veda las categorías en los Tribunales de la Nación.

Si lo expuesto no fuera suficiente para rehusar el conocimiento del negocio, se cuenta con una razón más, desprendida de un fenómeno jurídico de insoslayable e irreversible importancia procesal: el cambio de radicación del proceso ordenado por la H. Corte Suprema, tal como puede verse de folios 7 a 9 del C. 17. Dispuso en 31 de enero de 1968 la máxima Corporación Judicial de la República que el conocimiento de los autos quedará "a cargo del Comando de la Brigada de Institutos Militares, cuya sede es Bogotá", por estimarlo "conveniente para la recta administración de justicia".

Si las reglas que gobiernan la jurisdicción y competencia son de orden público y no pueden alterarse, como lo enseña Florián, sino por mandato de la ley, ese mandato, para el caso, está consignado en el Art. 316 del C. de Justicia Penal Militar, refrendado por la ley 141 de 1961. El legislador le atribuye a la H. Corte Suprema el poder de alterar las reglas de la competencia por razón del territorio en los procesos militares; y dicha Corporación determinó que fuera Bogotá la sede del juzgamiento. Allí se radicó el negocio por decisión de la autoridad competente y en ese territorio debe tener culminación. Sin esa decisión se haría imposible, de acuerdo con lo dicho, asignar el conocimiento a los Distritos de Cali, San Gil o Bucaramanga, porque en ninguno de ellos se dan los presupuestos para que actúen las reglas del "forum commissi delicti", o competencia por el lugar de comisión, atendida la diversidad de infracciones y lugares. El cambio de radicación cumplió según lo sostiene Leone "una clara función derogatoria de las normas sobre la competencia".

Bien se comprende que al cesar la vigencia de la legalidad marcial por el levantamiento del estado de sitio (D. 3070 de 16 de diciembre de 1968), recobra su imperio la jurisdicción ordinaria y con ello las reglas sobre competencia territorial. Pero como esas reglas fueron derogadas por virtud del cambio de radicación ordenado por la autoridad a quien el legislador le confirió tal potestad, el recobrado imperio actúa en ese ámbito predeterminado válidamente. En otras palabras, revive en ese territorio ya definido con fuerza irreversible, pues la competencia por el lugar fue excepcionada o derogada con efectos absolutos y en el nuevo foro continúan produciéndose todos los ulteriores desarrollos procesales, sin lugar a actualizar criterios de competencia que en el momento de comisión de los delitos no cumplieron función ninguna en orden al conocimiento de los jueces ordinarios.

Definida, pues, la sede del juzgamiento mediante una decisión que es ley procesal, mal puede pensarse que sea necesaria otra decisión, ahora gubernamental de acuerdo con el Art. 44 del C. de P. P., como para volver a sustraer de un lugar de supuesto conocimiento lo que ya había sido extraído en momento oportuno y con plena eficacia legal. Lo contrario es exacto: Para derogar la competencia de la Justicia ordinaria del lugar en que el proceso fue situado si se requiere el cambio de radicación por el gobierno.

Sostiene el Tribunal Superior de Bogotá que "la decisión de la H. Corte Suprema de Justicia", "proferida cuando estaba vigente el estado de sitio, no puede tener efectos ultraactivos y causar estado inmodificable en estos momentos en

que, después de haber dado a conocer y notificado la sentencia de primer grado, ya para la segunda instancia, se reintegró la competencia a la justicia ordinaria”.

Cabe anotar que la jurisdicción, es una función soberana y unitaria, aunque se distingan en ella tantas clases como convenga a los fines del Estado para el cumplimiento de su misión de Justicia. (Fenech).

Por lo tanto no puede confundirse con la noción de competencia definida como la medida o el límite de ella, siendo impropio afirmar que al levantarse el estado de sitio y concluido el acto procesal pendiente “se reintegró la competencia a la justicia ordinaria”, pues simplemente pasó el asunto a la jurisdicción ordinaria porque se trata de un fenómeno de sucesión de jurisdicciones y no de competencias y porque antes en ningún momento tuvo la ordinaria el proceso. Por otra parte dado el carácter unitario de la jurisdicción, es imposible sostener que las actuaciones válidas cumplidas en la esfera de la justicia castrense no conservan eficacia cuando el negocio pasa a la ordinaria, pues escindir los ámbitos de las dos clases de jurisdicción, llevaría a considerar nula o ineficaz para la justicia ordinaria que asume la potestad de conocer del proceso, toda la actuación anterior, todo el juzgamiento de primera instancia, realizado por la jurisdicción castrense, criterio éste totalmente equivocado en el sentir de la Sala.

Uno es el fenómeno jurídico del asentamiento del negocio en una u otra clase de jurisdicción, por razón de las medidas tomadas con ocasión de la turbación del orden público o de su levantamiento, lo que condiciona el ejercicio de ellas en determinados asuntos, y otro diferente el del cambio de radicación que al derogar el factor territorial de la competencia desplaza la sede del juzgamiento mediante un acto jurídico reglado que se cumple en garantía de la seguridad de la justicia o de su conveniencia, sin que ese instituto exceptivo deje de producir consecuencias una vez realizado el objetivo delimitador de la jurisdicción por el aspecto de su ejercicio en determinado lugar, resultancia que sustituye el *forum comissi delicti* de una vez y para siempre, a menos que se repita su actuación por la autoridad y en la forma y términos reclamados por el estadio en que quedó fijada la jurisdicción.

De manera que son dos fenómenos de efectos propios que no se invalidan entre sí, sino que se complementan. Estando incorporada la competencia en la jurisdicción, como manifestación específica de ella, como su límite externo, el paso de un fuero a otro no abroga el alcance absoluto, ni la validez del cambio de radicación ya cumplido en el proceso, en cuanto señala la sede donde por uno u otro se ejercita a nombre del Estado la declaración del derecho.

El tránsito del proceso de una clase de jurisdicción a otra, conlleva la indicación del juez que debe conocer el asunto, en función de los factores de la competencia no afectados, mientras el instituto del cambio de radicación, que sustituyó al factor territorial de manera absoluta e irreversible, permanece gobernando, *hic et nunc*, la sede del juzgamiento sin que lo deteriore aquella sucesión de fueros.

Siendo válida toda la actuación cumplida por la justicia castrense, porque el asentamiento del negocio en la ordinaria no la vicia, el fenómeno del cambio de radicación ocurrido en aquella, ajustado a sus normas propias e incondicionado en el tiempo, también es válido y su eficacia como acto del proceso subordina su desarrollo futuro, sin que pueda aseverarse, como lo hace el H. Tribunal de Bogotá, que se trata de una “inadmisibles” ultraactividad de la decisión que lo produjo.

La ultraactividad hace referencia a la idea de aplicación de los efectos de una medida después de que pierde su vigencia, a situaciones reguladas por ella que se presentan posteriormente en determinado asunto, fenómeno que no ocurrió aquí porque el cambio de radicación, ordenado válidamente por la decisión de la H. Corte, derogó, con caracteres absolutos, el factor territorial y la vigencia de la medida es permanente al consolidar la competencia en la sede escogida para que allí se cumpliera la totalidad del juzgamiento conforme al principio de la *perpetuatio iurisdictionis* en la fase del juicio a que llegó este negocio con la actuación compleja que forma el Consejo Verbal de Guerra. Es claro entonces que el significado de ultraactividad, procesalmente riñe con los atributos caracterizadores del instituto excepcional atrás anotado y los efectos de la providencia que lo cristaliza o provoca.

Si se pretende ubicar la pérdida de la vigencia de la decisión tomada por la autoridad jurisdiccional, llamada por la ley a producirla en el paso o sucesión de fueros, alegando que el efecto de los actos realizados legalmente respecto a la jurisdicción castrense no se proyecta sobre los posteriores que ya corresponden a la ordinaria que asume el conocimiento del asunto, ni es obligatorio para ésta, debe recordarse que la validez de todo el juzgamiento no puede ponerse en duda y que el cambio de radicación está incorporado con fuerza determinante a dicha actuación, la que constituye el fundamento de la base posterior del proceso, en sus instancias.

Pero es más, agotada la primera instancia en Bogotá, sede escogida por el cambio de radicación válidamente decretado, es decir, definida para el juzgamiento la competencia, subsigue allí, al mediar una sucesión de jurisdicciones, el desarrollo de la segunda instancia a que da lugar la competencia funcional, o más concretamente la que los procesalistas denominan competencia por grados, debido a que atañe el sistema de las dos instancias, el cual faculta al órgano jurisdiccional de mayor grado para el examen del juzgamiento cumplido por el órgano jurisdiccional menor.

Se sabe que el desplazamiento de fueros no afecta la validez del proceso y que, por ende, la jurisdicción ordinaria puede revisar, con validez, la decisión castrense de primer grado, sin discutir la vigencia de los actos que integraron todo ese juzgamiento por determinados funcionarios y en determinado lugar. En este momento del proceso lo gobierna el factor funcional que atribuye poder al superior para emitir providencias dentro del ámbito del negocio, en que va presupuesta la competencia por razón de la materia y del territorio, fijado éste no por el lugar del delito que es un elemento de ella ya derogado por el cambio de radicación, sino por la decisión legal que señaló la sede y provocó la remisión de autos. En este sentido se dice que la competencia funcional es una categoría que solo opera en el interior de cada una de las clases de jurisdicción; y como la sucesión de fueros sobreenvenida en el curso de un proceso los fusiona para establecer el carácter unitario de la jurisdicción y salvaguardar la continuidad y la unidad del mismo, entonces la competencia funcional señala a aquella autoridad de segundo grado que debe tomar a su cargo el conocimiento del negocio, en la sede escogida y donde se cumplió el juzgamiento, facultándola a revisar la sentencia en virtud del recurso interpuesto contra ella en la forma y oportunidad debidas. Esa autoridad para el caso, no es otra que el H. Tribunal Superior de Bogotá.

Es útil advertir que la persistencia de los motivos que originaron en su momento y por sus reglas la remisión del proceso al territorio judicial de Bogotá, no subordina la vigencia de ese cambio de radicación; ni la naturaleza de ellos par-

ticularmente vinculada a la actividad castrense, afecta la obligatoriedad de la radicación para la jurisdicción ordinaria, porque los motivos solo provocan la medida y ésta, produciendo el objetivo de fijar sede del juzgamiento, rige independientemente de las alteraciones que sufran las circunstancias socioambientales determinantes de la aplicación del instituto exceptivo. A partir de la fijación de sede queda consolidada la competencia, invulnerable ya a las fluctuaciones del medio de donde se sustrajo el negocio.

Como síntesis de todo lo anterior puede afirmarse:

- 1º). Los hechos del proceso se cometieron en diversos Distritos Judiciales.
- 2º) Estos hechos surgieron bajo el signo y con destino a la jurisdicción especial militar.
- 3º). El órgano competente, la H. Corte Suprema de Justicia, dispuso el cambio de radicación, lo que implicó derogación de las reglas de la competencia por el lugar.
- 4º). Levantado el estado de sitio el conocimiento se trasladó a la jurisdicción ordinaria.
- 5º). La jurisdicción ordinaria del Distrito Judicial de Bucaramanga no tiene la competencia territorial porque en ella no se dan los factores que la determinan a prevención, habida cuenta de la diversidad de lugares de comisión de los delitos y de que la gravedad de las infracciones o su número no es criterio legal para fijarla. Pero si lo anterior no fuera así, como realmente lo es, habría que anotar que el hecho más grave se cometió en términos del municipio de Vélez (S.), adscrito judicialmente al Distrito de San Gil.
- 6º). El cambio de radicación por su carácter absoluto y su operancia incondicionada hacia el futuro, produjo el efecto legal irreversible de señalar la sede del juzgamiento.
- 7º). Al levantarse el estado de sitio entra a actuar la jurisdicción ordinaria de Bogotá tomando el negocio en la sede ya fijada y en el estado en que ha quedado situado procesalmente, pues no es dable buscar retrospectivamente otra sede en razón de factores territoriales derogados y no revividos por nuevo cambio de radicación.

Se concluye entonces que el Tribunal Superior de Bucaramanga, no tiene legalmente el conocimiento del presente asunto.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga —Sala Penal de Decisión— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ACEPTA las razones del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para asumir el conocimiento del presente negocio y en consecuencia, dispone remitirlo a la H. Corte Suprema de Justicia a fin de que dirima el conflicto de competencia suscitado.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

SAMUEL CHALELA CH.

JOSE VICENTE HIGUERA

HERNANDO MENDOZA GOMEZ

## CONTENIDO:

El Código Civil a través de sus Reformas y su Jurisprudencia por José María Esguerra Samper .....	7
Génesis y Prognosis del Código Civil por Edmundo Harker Puyana .....	17
Necesidad de un Nuevo Código Civil por Arturo Valencia Zea .....	33
El Maestro Francisco Carrara por Luis Jiménez de Asúa .....	41
Sección de Jurisprudencia .....	53

