

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 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..

“...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

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 DEVUELVA

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

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA

UNAB
HEMEROTECA

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 estado 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-

ticamente 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

