REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: DR. EUSEBIO CABRALES PINEDA

RELATOR DE LA CORTE



TOMO CVIII

SEGUNDA PARTE

Este volumen contiene los fallos proferidos por las Salas Penal y de Negocios Generales de la Corte durante el

TERCER TRIMESTRE DE 1964

y consta de una entrega que se distingue con el

NUMERO 2273

BOGOTA, D. E., 1974

MAGISTRADOS QUE INTEGRAN LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y DIGNATARIOS DE LA MISMA

SALA PLENA

Doctor Samuel Barrientos Restrepo, *Presidente*
Doctor Humberto Barrera Domínguez, *Vicepresidente*
Doctor Ricardo Ramírez L., *Secretario*

SALA DE CASACION CIVIL

Doctor Arturo C. Posada, *Presidente*
Doctor Ricardo Ramírez L., *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores

Enrique Coral Velasco
Gustavo Fajardo Pinzón
José Hernández Arbeláez
Enrique López de la Pava
Arturo C. Posada.
Julián Uribe Cadavid

SALA DE CASACION PENAL

Doctor Simón Montero Torres, *Presidente*
Doctor Pioquinto León L., *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores

Humberto Barrera Domínguez
Samuel Barrientos Restrepo
Simón Montero Torres
Gustavo Rendón Gaviria
Julio Roncallo Acosta
Primitivo Vergara Crespo

SALA DE CASACION LABORAL

Doctor Luis Alberto Bravo, *Presidente*
Doctor Vicente Mejía Osorio, *Secretario*

MAGISTRADOS: Doctores

Luis Alberto Bravo
Adán Arriaga Andrade
Luis Fernando Paredes A.
José Joaquín Rodríguez

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Doctor Efrén Osejo Peña, *Presidente*
Doctor Jorge García Merlano, *Secretario*
MAGISTRADOS: Doctores

Ramiro Araújo Grau
Efrén Osejo Peña
Carlos Peláez Trujillo
Luis Carlos Zambrano

RELATORIA

RELATOR: Doctor *Luis Ignacio Segura A.*
RELATORES JUDICIALES AUXILIARES:

Doctores *Carlos M. Gutiérrez E., y*
Diego E. Cristancho M.

Julio a Septiembre de 1964.

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTORES:

RELATOR SALA CIVIL:	Dr. HECTOR ROA GOMEZ
RELATOR SALA LABORAL:	Dr. IGNACIO GOMEZ ZAPATA
RELATOR SALA PENAL:	Dr. JAIME LEON BERNAL CUELLAR
RELATOR SALA CONSTITUCIONAL:	Dr. LUIS F. SERRANO A.

Tomo CVIII — Bogotá - Colombia — Julio a Septiembre de 1964 — Número 2273

SALA PENAL

Extractos de Jurisprudencia de esta Sala a cargo del Relator de entonces Doctor LUIS IGNACIO SEGURA.

DELITO DE HOMICIDIO

Acusación al fallo recurrido por supuesta violación de la ley penal sustantiva. — Motivos previstos en los ordinales 1º y 2º del Art. 567 del C. de P. P. — Las circunstancias de mayor y menor peligrosidad y la individualización de las sanciones.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, primero de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS

El procesado *Jesús María Velandia López*, condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, como responsable del delito de homicidio, a la pena principal de ocho (8) años y seis (6) meses de presidio a más de las correspondientes accesorias, interpuso contra dicha resolución, de fecha 17 de octubre de mil novecientos sesenta y uno, el recurso de casación, sobre cuyo mérito procede la Corte a decidir:

HECHOS

Sobre éstos acoge la Sala la relación consignada en el auto de calificación dictado por el *ad-quem*, y cuya reproducción hace también el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"El 24 de abril de 1959, Carlos Arias Campos, procedente de una finca vecina, arribó a Puerto Triunfo de paso para La Dorada, y se hospedó en casa

de su cuñado Esteban Meneses. A las 9 p. m. aproximadamente, se presentó a la ameritada residencia Jesús María Velandia, también cuñado de Carlos, y lo invitó a una cantina cercana. Estuvieron ingiriendo licores en varios establecimientos en compañía de Luis Alfonso Villegas, y por último abordaron el de propiedad de Antonio Puerta González. En más de una ocasión discutieron con relación a un negocio de una carga de maíz celebrado tiempo atrás entre Velandia y el padre de Carlos, pronunciándose aquél en términos ultrajantes y agresivos en contra del progenitor de éste. Arias Ocampo le replicó que tanto su padre como él, tenían valor suficiente para afrontar el encuentro que Jesús María deseaba tener con el primero. Ya, a eso de las once y media, ambos aceptaron a salir solos dizque a conversar pero con el ánimo indudablemente, de debatirse para zanjar sus diferencias donde nadie se percatara de lo que se proponían. Abandonaron la cantina, Arias regresó a la habitación de Meneses, tomó una peinilla, la ocultó dentro de sus pantalones y volvió a salir para reunirse con Velandia y Villegas; continuaron la marcha con su afín hacia las afueras del poblado. Luis Alfonso convencido de la finalidad trágica que llevaba a aquéllos a esos lugares y a tan altas horas de la noche, inútilmente trató de disuadirlos para que desistieran de su empeño de reñir, más no fue atendido y ambos contendores le pidieron que los dejara solos. Villegas, sin embargo, los siguió de cerca. De pronto se escuchó la expresión 'aquí sí' y fue entonces cuando éste vio que Carlos esgrimía su peinilla en tanto que Jesús María disparaba dos veces contra aquél. Seguidamente el espectador Villegas, lleno de pavor emprendió el camino del pueblo, agachado para ocultarse entre los pastizales, temeroso de que Velandia lo interceptara. Más al llegar al callejón éste lo alcanzó y revólver en mano lo obligó a regresar a fin de que le ayudara a arrojar el cadáver de Arias Ocampo a las aguas del Magdalena" .(Fls. 220 a 221, cuaderno 1º).

DEMANDA DE CASACION

El doctor Daniel Valois Arce, obrando como apoderado del recurrente, formuló la demanda de casación, ceñida en su forma a las prescripciones del procedimiento penal en este particular.

La acusación al fallo del Tribunal dice fundarla el señor apoderado en las causales *primera y segunda*, pero en verdad los cargos parece contraerlos a la violación por el sentenciador de la ley penal sustantiva, evento previsto en el ordinal 1º del artículo 567 del C. de P. P.

Dicha violación la refiere al artículo 36 del Código Penal, por cuanto el fallo elevó la pena mínima del homicidio en seis meses, apreciando la existencia de un parentesco de afinidad entre víctima y victimario. "Un parentesco del cual no hay ninguna prueba válida en el proceso (reza la demanda), no puede erigirse, por simple voluntad del fallador, en circunstancia de mayor peligrosidad, porque los vínculos del parentesco tienen en el Derecho probatorio Colombiano una tarifa legal de pruebas de obligada aplicación. Así que por más que el Art. 37 del C. P. en su numeral 4º señale como circunstancia de mayor peligrosidad el parentesco entre agresor y ofendido, el Art. 36 violado ordena que tal circunstancia *acompañe* al hecho delictuoso; es decir tenga existencia objetiva, vale decir esté demostrada, bien probada con la prueba legal correspondiente".

En segundo lugar formula este cargo:

"La sentencia es violatoria de la ley penal en su Art. 38. Esta norma señala las circunstancias de menor peligrosidad que deben influir en la graduación favorable de la pena, enumeración no taxativa. En su numeral 5º el Art. se refiere a la embriaguez voluntaria cuando el agente no haya podido preveer sus consecuencias delictuosas. Y más adelante, el numeral 11º: la indigencia y falta de ilustración cuando hayan influido en la ejecución del hecho.

"Lo que sobre embriaguez del agente consta en autos de boca del famoso *testis unus, testis nullus,* es que a Fls. 68 del expediente, preguntado sobre el particular, respondió 'tanto el sindicado como el occiso estaban muy borrachos y yo me había tomado varios tragos y estaba regular de copetón'.

"A su vez, el procesado en su indagatoria —Fl. 18— también afirma que estaba muy borracho el 24 de abril de 1959.

"Al no apreciar en su exacto valor de circunstancia de menor peligrosidad esta embriaguez comprobada en el momento de ejecutar el hecho, el Tribunal violó el Art. 38 invocado".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, contesta en estos términos los dos aludidos cargos:

"Si la circunstancia consistente en la violación de los deberes especiales que las relaciones de parentesco imponen al delincuente respecto del ofendido, se califica por la ley como demostrativa de mayor peligrosidad, es porque a dicha violación se le asigna un valor subjetivo psicológico que como tal pone de presente la personalidad peligrosa del agente.

"Siendo ello así, es lógico considerar que para dar por probado en el negocio penal de que se trata el parentesco existente entre el victimario y la víctima de autos, no era preciso que los falladores de instancia hubieran tenido a la vista los documentos que en materia judicial civil al respecto se requieren sino que bastaba que los jueces del acusado hubieran adquirido, como en efecto la adquirieron, la certeza de que Jesús María Velandia López es el esposo legítimo de una hermana de Carlos Arias Ocampo. Y a esta certidumbre llegaron por obra de lo declarado por el padre de la víctima (ver folio 31), por virtud también de lo dicho por testigos como Esteban Meneses Estrada (ver F. 3 v.), Luis Alfonso Villegas (Fl. 6 v.) y Rubén Arcángel Arias Ocampo (Fl. 13), quienes aseguran que el procesado era cuñado de aquél a quien dio muerte, y como consecuencia, asimismo, de haber reconocido el propio Velandia López, al rendir indagatoria, que es casado con Amanda Arias Ocampo (ver Fl. 17)".

"... Aún en el supuesto de que las circunstancias de que tratan los numerales 5º y 11 del artículo 38 del C. P., estén plenamente acreditadas en el proceso, ello significa que corría por cuenta del sentenciador la obligación de aplicar la pena mínima que para el homicidio voluntario fija el artículo 362 del mismo Código, porque bien se sabe que el juez puede imponer o no imponer la pena mínima, así sea que obren dos o más circunstancias de menor peligrosidad.

"Es decir que la graduación de la sanción responde a una facultad ejercida por el juzgador de acuerdo con su leal saber y entender y teniendo no solamente en cuenta las circunstancias de menor o mayor peligrosidad que hayan mediado en la ejecución del delito, sino también atendiendo a la gravedad del hecho, a los motivos determinantes y a la personalidad del delincuente.

"Y para el caso de la muerte injusta que sufrió Carlos Arias Ocampo, cabe subrayar que el sentenciador la calificó de 'horrendo crimen', y de altamente peligrosa la personalidad del acusado al obligar al testigo Villegas a arrojar el cadáver de la víctima a las aguas del río Magdalena. Y si tales consideraciones le mereció al *ad-quem* la conducta antijurídica y culpable de Jiménez Velandia, bien hizo en no aplicarle a éste la pena mínima señalada para el homicidio de propósito".

CONSIDERA LA CORTE

1º Aunque parece entenderse de los términos de la demanda que el fallo del Tribunal es inválido por el sólo error de derecho del sentenciador (violación directa de la ley), los planteamientos contenidos en el libelo, a pesar de no citarse en debida forma las causales de casación, involucran los motivos previstos en los ordinales 1º y 2º del artículo 567 del C. de P. P., como que el impugnador hace también referencia a cuestiones de orden probatorio, respecto a las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas en el fallo en contra del procesado.

2º Admitiendo que el demandante invoca las aludidas causales de casación, se tiene que sus argumentos para sustentar el recurso no son admisibles, como pasa a demostrarse:

a) La individualización de la pena está reglada en el Código Sustantivo por los artículos 36 a 40, que dan a las instancias un relativo arbitrio judicial para determinar la sanción, teniendo en cuenta el mínimo y el máximo previsto por la ley para cada tipo de infracción. En ese orden de ideas dispone el artículo 36 consultar "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente", factores éstos que conjugan aspectos objetivos y subjetivos de la conducta criminal.

b) Por tanto, en manera alguna el sentenciador está obligado a señalar a un acusado la pena mínima por la sola razón de concurrir en su favor únicamente circunstancias de menor peligrosidad, o la máxima, por presentarse, exclusivamente, las de mayor peligrosidad, dados los términos del artículo 39 del C. P. y lo que claramente estatuye el 36 ibídem acerca de la individualización de las sanciones.

c) De otro lado, no obró contra derecho, ni estimó indebidamente la prueba el Tribunal cuando dedujo al homicida la circunstancia prevista en el ordinal 4º del artículo 37, porque en el proceso hay medios irreprochables de prueba acerca del parentesco de afinidad (cuñado) entre Velandia López y la víctima del delito, parentesco a que aluden varios de los testigos y que es expresamente reconocido por el acusado, tanto ante el funcionario investigador como ante sus jueces de conciencia.

No se trata, como es obvio, de un elemento constitutivo del delito, que requiera determinada prueba, ni se trata, tampoco, de acreditar esa relación de afinidad para fines de carácter civil, sino de una evidencia procesal penal cuyo objeto, por el aspecto subjetivo de la peligrosidad, se contrae a la circunstancia de mayor temibilidad, consistente en haber obrado el agente sin consideración a los especiales deberes que son propios a los sentimientos familiares.

Por tal motivo, el ad-quem *tuvo en cuenta la circunstancia dicha, acertada y justamente, sin que la estimación para elevar la pena privativa de la libertad constituya violación directa o indirecta de la ley penal.*

d) Respecto al cargo de ser violatoria la sentencia del artículo 38 del C. P., por no haber tenido en cuenta las circunstancias de menor peligrosidad consagradas en los numerales 5º y 11, es decir, la embriaguez voluntaria del agente y su indigencia y falta de ilustración, podría decirse que es inane, por cuanto el demandante ni siquiera arguye, respecto de la primera, la condición de que "el agente no haya podido prever sus consecuencias delictuosas", y respecto a las circunstancias del ordinal 11, que "hayan influido en la ejecución del hecho". Ambas situaciones requerían la demostración del error del fallo, a través de la causal segunda, lo cual no hizo el acusador, al menos en forma técnica.

Podría agregarse que, aceptada la hipótesis de concurrir las susodichas circunstancias de menor peligrosidad en favor del procesado, el aumento del mínimo de la sanción no entraña el quebranto de los artículos 36, 38 y 39 del C. P.

3º Lo anteriormente expuesto permite concluir que no prospera el recurso y que por lo tanto debe darse aplicación al artículo 569 del C. de P. P.

DECISION

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la opinión del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial.*

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo,

Ploquinto León L., Secretario.

RECURSO DE HECHO

Demanda de rehabilitación de derechos y funciones públicas. Obligación del recurrente de fundar el recurso que interpone ante el superior.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, dos de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

El señor Gustavo Rojas Pinilla, mediante apoderado, solicitó al Tribunal Superior de Bogotá —Sala Penal— que le conceda la rehabilitación de "derechos y funciones públicos", a cuya pérdida fue condenado por sentencia del 1º de abril de 1959, proferida por el H. Senado de la República.

Con fecha 14 de febrero del año en curso el magistrado sustanciador profirió el siguiente auto:

"Teniéndose en cuenta que la Ley 63 de 1945 no ha previsto trámite alguno para el caso allí contemplado, no es posible resolver la solicitud de plano. De consiguiente y con fundamento en lo preceptuado por el artículo 1203 del Código Judicial y por el artículo 180 del C. de P. P., se dispone que las diligencias vayan al señor Agente del Ministerio Público a fin de que en el término de cinco (5) días conceptúe acerca de la solicitud. Una vez cumplido lo anterior, fíjese en lista el negocio por cuatro días (Art. 192 del C. de P. P.). Notifíquese y cúmplase".

En escrito del 19 de febrero último, el Fiscal 4º del Tribunal, doctor Jorge Uribe Truque, pidió que el negocio se abriera a pruebas y se fijaran los términos para pedirlas y practicarlas, "pues hay hechos qué probar", petición que fue despachada negativamente en providencia del 5 de marzo siguiente, en la cual se dispuso estarse a lo resuelto en el referido auto del 14 de febrero, "en cuanto al concepto que deberá emitir el señor representante de la sociedad sobre el fondo del asunto".

Contra el citado auto del cinco de marzo el señor Agente del Ministerio Público interpuso el recurso de reposición, "en el sentido de que se ordene la apertura a pruebas", y, en subsidio, el de apelación para ante la Corte, recursos que el Tribunal, después de exponer las razones que estimó pertinentes, denegó en proveído fechado el dos de abril último.

De esta última providencia pidió reposición el señor Fiscal, "en cuanto no concede el recurso de apelación para ante la H. Corte Suprema de Justicia". Y agregó: "En subsidio, para el caso de que se me deniegue la reposición, interpongo el Recurso de Hecho para lo cual solicito que se me expidan las siguientes copias: ..." (Aquí determinó las piezas solicitadas).

Mediante auto del 23 de abril el Tribunal negó la reposición impetrada y, en su lugar, ordenó expedir las copias requeridas. Estas, en efecto, fueron expedidas el 12 de mayo último, como consta en la nota secretarial que aparece al pie de las mismas. Y al día siguiente fueron presentadas a la Secretaría de la Sala de Casación Penal de la Corte por el doctor Francisco López Cruz, Fiscal 4º del Tribunal Superior de Bogotá, acompañadas de un oficio que textualmente expresa:

"Atentamente me permito entregar a esa alta entidad, las copias tomadas del expediente tramitado en el H. Tribunal Superior de Bogotá —Sala Penal— con motivo de la Demanda de Rehabilitación de Derechos y Funciones Públicos del señor Gustavo Rojas Pinilla.

"Se envían estas copias *a fin de que sea resuelto el recurso de hecho interpuesto por mi antecesor*, el Fiscal Cuarto del Tribunal Superior, doctor Jorge Uribe Truque". (Subraya la Sala).

SE CONSIDERA

"El recurso de hecho —dice el artículo 193 del C. de P. P.— se interpondrá y ventilará en la forma establecida en el Capítulo V del Título XIV del Código de Procedimiento Civil; ..." Y las disposiciones del C. de P. C. citadas en este texto legal expresan, en lo pertinente:

"Art. 513. Siempre que se deniegue el recurso de apelación, puede la parte agraviada *ocurrir de hecho al superior para que lo conceda*".

.....

"Art. 514. *El recurrente debe presentar al superior*, dentro de los tres días siguientes, más el de la distancia, con la copia, *un escrito en que funde el derecho que cree tener a que se le conceda la apelación denegada*, y el superior decide en vista de lo alegado y probado". (Ha subrayado la Sala).

Frente al texto de las disposiciones transcritas resulta de meridiana claridad que el recurso de hecho se interpone y sustenta ante el superior. *Se destaca ese aspecto, fundamental en el presente caso, porque ni el doctor Uribe Truque, Fiscal Cuarto anterior, ni el doctor Francisco López Cruz, quien sucedió a aquél en el referido cargo, presentaron a la Corte escrito alguno en que* fundaran *el recurso de que aquí se trata.*

En verdad, lo que el doctor Uribe Truque hizo fue interponer el recurso de reposición contra el auto del 2 de abril, atrás citado, y, en subsidio, para recurrir de hecho, reclamó la expedición de las copias determinadas en el respectivo memorial. Por su parte, el actual titular de la Fiscalía Cuarta se limitó a "entregar" a la Corte las copias solicitadas por su antecesor, sin ocuparse —se repite— de fundar el recurso. Todo lo cual significa, en síntesis, que esta Sala carece de materia sobre la cual decidir.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que no hay lugar a proveer en el asunto a que se refiere la parte motiva. Hágase saber lo aquí resuelto al Tribunal Superior de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y archívense estas diligencias.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE "ABANDONO DEL PUESTO"

Errada apreciación del elemento constitutivo de la infracción. Valor probatorio de testimonios. — Causales 2ª y 1ª de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el Fiscal 2º del Tribunal Superior Militar contra la sentencia del 24 de septiembre del año pasado, por medio de la cual aquella entidad condenó a los soldados *Alvaro Cardozo* y *Andrés Cantillo*, como responsables del delito de "Abandono del Puesto", a la pena de *"doce (12) meses de arresto"* y separación temporal de las Fuerzas Militares.

HECHOS Y ACTUACION

Los expresados Cardozo y Cantillo, soldados del Batallón Nº 1 de Policía Militar, fueron destinados para el patrullaje del sector de Puente Aranda, en esta ciudad, en el turno comprendido entre las doce del día y las seis de la tarde del 12 de mayo del año pasado, tiempo durante el cual, sin reparar en el servicio que prestaban, tomaron trago en las diversas cantinas de esos contornos, por lo que al llegar a la sede del Batallón, y serles notada la ingestión de bebida, se les consideró "en estado de embriaguez", circunstancia que, informada al Comando, constituyó el origen del proceso:

El referido Comando, mediante sentencia del 24 de junio, condenó a Cardozo y a Cantillo, en el carácter de infractores del artículo 153 del C. de J. P. Militar, donde se prevee la embriaguez como una de las formas del delito de abandono del puesto, a la pena de *"doce (12) meses de arresto"* y separación de las Fuerzas Militares por un tiempo igual al de aquella pena, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 24 de septiembre del año pasado.

LA DEMANDA

En la demanda, presentada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca las causales de casación previstas en los ordinales 2º y 1º del artículo 567 del C. de P. Penal.

Con apoyo en la causal 2ª sostiene que en el fallo acusado, por "errada apreciación", se dio a los asertos del Teniente Juan de Dios Díaz y del Cabo José Arturo Acevedo "un valor probatorio que no tienen" y de este modo se

tuvo como plenamente comprobada, sólo en consideración a ellos, la embriaguez de los procesados, que es "elemento constitutivo de la infracción", cuando, en realidad, esos asertos escasamente acreditan, respecto de los soldados la "simple ingestión de bebidas alcohólicas", pero no el hecho concreto de la beodez.

Con fundamento en la causal 1ª, el recurrente observa que "no estando probada la embriaguez" el delito no podía configurarse y que, por lo tanto, el artículo 153 del C. de J. P. Militar no tenía cabida contra los procesados.

LA PROCURADURIA

El Jefe de Negocios Penales de la Procuraduría de las Fuerzas Militares acoge las tesis del recurrente, las cuales examina con alguna detención para luego concluir en que, conforme a su parecer, las causales invocadas "están llamadas a prosperar", por lo que solicita que se invalide el fallo acusado y se dicte el que deba reemplazarlo.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

a) La embriaguez, como forma de "abandono del puesto", es elemento estructúral del delito y entonces debe aparecer plenamente comprobada.

b) El Teniente Díaz se dio cuenta del "estado de embriaguez" de los procesados "por el olor que despedían", y el Cabo Acevedo "por el tufo", lo que quiere decir que uno y otro en forma tan elemental que lo único que sorprende es que se hubieran atendido esas testificaciones como base de comprobación del delito imputado a los soldados.

c) Es, pues evidente que a los referidos testimonios se les dio "un valor probatorio que no tienen", lo que obedeció a protuberante error de apreciación, circunstancia que lleva a prosperar la causal 2ª de casación.

El éxito de la predicha causal, obliga, a su vez, el de la 1ª, puesto que no apareciendo demostrado el delito en su elemento estructural, que es la beodez, no podía aplicarse el artículo 153 del C. de J. P. Militar.

Procede, en consecuencia, invalidar el fallo acusado y dictar, con arreglo a lo dispuesto en el aparte a) del artículo 570 del C. de P. Penal, el que haya de reemplazarlo, el cual, como es obvio, no podrá ser sino absolutorio.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Delegado de las Fuerzas Militares y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo recurrido y en su lugar ABSUELVE a los procesados Alvaro Cardozo y Andrés Cantillo por razón del delito de Abandono del Puesto de que fueron acusados en este negocio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO (ASESINATO)

Nulidades sustanciales y legales. — Testimonio contra parientes. Supuesta nulidad constitucional por violación del derecho de defensa. — La diligencia de posesión prevenida por el Art. 238 del C. de P. P. alude a apoderados y defensores y no a voceros. — Auto de proceder. — Gratuita suposición del impugnador relacionada con el derecho de defensa. — Causales 1ª y 4ª de casación penal. — Técnica del recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, ocho de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

VISTOS

Pedro Antonio Castilla Gutiérrez, fue condenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en sentencia de trece (13) de septiembre de mil novecientos sesenta y dos, confirmatoria de la proferida por el Juzgado Cuarto Superior de Cúcuta el ocho (8) de junio del mismo año, como responsable del delito de homicidio (asesinato), a la pena principal de quince (15) años de presidio y correspondientes sanciones accesorias.

Contra la resolución de segunda instancia interpuso el procesado recurso extraordinario de casación, sobre el cual entra la Sala de decidir de fondo.

ANTECEDENTES

1º Los hechos que dieron origen al presente juicio tuvieron ocurrencia el 23 de octubre de mil novecientos sesenta en el paraje conocido con el nombre de "Miraflores", de la jurisdicción del Municipio de Convención y consistieron en la muerte violenta que voluntariamente ocasionó el acusado a su legítima esposa, señora Ana Ilse Sarabia de Castilla, propinándole una herida con arma corto-punzante (cuchillo) "sobre el hueco retroclavicular izq." El deceso se produjo por "anemia aguda provocada por la gran hemorragia consecutiva a la herida de la subclavia". (Fl. 10, Cuad. 1º).

El homicidio fue la culminación de las tirantes relaciones conyugales y de las constantes desavenencias de los esposos, determinadas por los celos del acusado.

2º Concluida la etapa investigativa el Juzgado del conocimiento dictó el 22 de mayo de 1961 el auto de proceder, en el cual dispuso el llamamiento a juicio, en estos términos:

"*Abrir causa criminal*, con intervención del jurado de conciencia contra *Pedro Antonio Castilla Gutiérrez*, de anotaciones personales conocidas de autos,

por el delito de homicidio perpetrado en la persona de su legítima esposa *Ana Ilse Sarabia o Ropero de Castilla*, de que trata el Código Penal en su Libro 2º, Capítulo 1º, Título XV, hecho ocurrido en las horas de la tarde del día veintitrés (23) de octubre de mil novecientos sesenta (1960) en el corregimiento de 'Miraflores' de la jurisdicción Municipal de Convención".

3º En la motivación del proveído calificador de la instancia se tuvieron en cuenta las circunstancias constitutivas de asesinato señaladas en los ordinales 1º y 6º del artículo 363 del C. P.

4º Celebrada la audiencia pública el 20 de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, el jurado que intervino en la causa negó la responsabilidad de Castilla Gutiérrez, como respuesta a la siguiente cuestión propuesta por el Juzgado del conocimiento:

"El procesado Pedro Antonio Castilla Gutiérrez es responsable *sí* o *no* —conforme al auto de proceder— de haber dado muerte a su esposa Ana Ilse Sarabia o Ropero de Castilla a consecuencia de la herida descrita en la diligencia de autopsia visible al folio 10, suceso ocurrido en las horas de la tarde del día 23 de octubre de 1960 en el corregimiento de 'Miraflores' de la jurisdicción municipal de Convención, y en la ejecución de este hecho procedió el acusado contra la persona de su esposa, con el propósito de matar y abusando de las condiciones de inferioridad personal de la víctima? (Fl. 131, Cuad. 1º).

5º El veredicto absolutorio fue declarado contraevidente en providencia de seis de diciembre del nombrado año, la que confirmó el Tribunal el ocho de marzo de mil novecientos sesenta y dos, determinándose así la celebración de un nuevo juicio, durante el cual la decisión del jurado resultó condenatoria, por mayoría (Fl. 49, Cd. 2º).

6º De acuerdo con el veredicto, el juzgado dictó la sentencia condenatoria, que fue confirmada por el *ad-quem* mediante el fallo que es ahora objeto del recurso de casación.

DEMANDA DE CASACION

La formuló el doctor Carlos E. Camacho E., apoderado constituido por el recurrente, y en ella, con el lleno de las exigencias formales, se acusa la sentencia del Tribunal a través de las causales cuarta y primera del Art. 567 del C. de P. P.

Causal cuarta

Con invocación de la causal cuarta (ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad), formula tres distintos cargos, a saber:

Primer cargo

Dice el impugnador que "La prueba testimonial allegada al informativo quebrantó el artículo 226 del C. de P. P. que prohibe recibir el testimonio de los parientes del procesado. Igualmente se quebrantó el artículo 227 de la misma obra, por cuanto que se obligó a declarar a la propia hermana del procesado".

Para demostrarlo —según su criterio— trae a cita, el aparte del fallo recurrido en que se hace referencia a la declaración de Olimpa Castilla de Ríos (hermana del procesado), como uno de los medios de convicción tenidos en cuenta por los miembros del jurado para su veredicto condenatorio.

Arguye el señor apoderado que para ese testimonio, visible a Fl. 17, del cuaderno 1º no se le hizo a la declarante la advertencia exigida en cumplimiento del Art. 25 de la Constitución Nacional. "Su omisión constituye una grave informalidad procesal que incide en lo dispuesto en el artículo 26 de la Constitución que dispone que a nadie se le debe juzgar sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Para tratar de hacer viable este planteamiento de primer cargo de nulidad, por imposibilidad técnica de atacar el fallo con base en la causal segunda, el impugnador razona de este modo:

"Un testimonio como el de la señora Olimpa Castilla de Ardila no es prueba de responsabilidad en la que se haya observado 'la plenitud de formas' procesales en su recepción, lo que implica que no es la prueba 'legalmente producida' de que habla el artículo 203 del C. de P. P. para que sea procedente un fallo condenatorio, ya que en esta norma procesal se dispone que 'no podrá dictarse sentencia condenatoria en materia criminal, sin que obren en el proceso, *legalmente producidas*', la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio...

"Bien es cierto que en los juicios en que el jurado interviene, la fuente de la sentencia es el veredicto del jurado cuando éste esté acorde con la realidad procesal, pero la ley sí permite que la H. Corte examine a través de la discusión planteada sobre el acervo probatorio dentro del marco de la causal cuarta de casación, prevista en el artículo 567 del C. de P. P.

"La honorable Corte ya se pronunció sobre la procedencia del análisis del contenido procesal en los juicios en que interviene el jurado dentro del marco de la causal cuarta de casación:

"'No comparte la Sala la posición rigorista del Ministerio Público cuando sugiere que es improcedente, dentro del estudio de los fundamentos de la causal cuarta de casación, el análisis o comentarios de la procedencia de las pruebas estimadas inconducentes por los instructores o juzgadores. Raras veces, podría debatirse con acierto y eficacia el fundamento o la sin razón de los cargos sobre los cuales se asienta la nulidad alegada, si la Corte careciera de esta necesaria facultad; y toda nulidad está ligada, directa o indirectamente, a cuestiones de hecho, que, en un sentido o en otro, son también probatorias. Lo que ocurre es que la referencia a las pruebas tiene una finalidad distinta e impone diversos criterios de apreciación de las mismas, según se trate de la causal 2ª o de la 4ª'. (Casación de Miguel Mendoza y Jacinto Torres, *Gaceta Judicial*, números 2203, 2204 y 2205).

"Siendo, como se dejó anteriormente demostrado, que el fundamento de la condena proferida por el honorable Tribunal Superior fue el veredicto del Tribunal Popular, quien a su vez formó su convicción sobre una prueba legalmente producida, tenemos que por este aspecto surgió una grave informalidad procedimental que incide en nulidad supralegal del juicio, expresamente consagrada en el artículo 25 de la Constitución Nacional".

Segundo cargo

También en éste, la acusación se hace con fundamento en el artículo 26 de la Carta, y consiste en la nulidad supralegal en que al vocero del acusado no se le tomó juramento "en la diligencia de audiencia pública".

Según el demandante al vocero debió posesionársele, recibírsele el juramento de rigor, "previo el reconocimiento de la calidad exigida por la ley para ejercer el cargo, por cuanto que deberá ser también abogado titulado e inscrito en el juzgado a-quo". De este modo, por no haberse dado cumplimiento al artículo 108 del C. de P. P., el demandante halla "en el presente caso una nulidad constitucional" en razón de que el artículo 26 de la Carta dispone "que en los procesos penales se deberá observar 'la plenitud de formas propias de cada juicio', siendo una de ellas la de que al vocero y defensor se le reconozca previamente la personería judicial para que puedan actuar conforme a la ley".

No sobra advertir que este motivo de nulidad, lo mismo que el anterior, fueron debatidos en la segunda instancia.

Tercer cargo

Con sorprendente ausencia de técnica en cuanto a los motivos de casación, se acusa la sentencia del Tribunal, con invocación de la causal cuarta porque "el señor juez del conocimiento en la providencia de vocación a juicio, factor que determina quebrantamiento del artículo 431 del C. de P. P.", desconoció la "verdad probatoria recaudada a los autos".

Luego de transcribir en el libelo el texto íntegro de la referida disposición, que simplemente enuncia lo que debe contener el auto de proceder, entrevera una serie de inconexos planteamientos, que nada, pero absolutamente nada, tienen que ver con el artículo 431, ni con la causal en que apoya el cargo que se examina.

Dice la demanda, en lo principal:

"Según se desprende de la norma anteriormente citada, el juez del conocimiento tiene la obligación de puntualizar en el llamamiento a juicio la calificación genérica del hecho delictuoso imputado al procesado, 'con las circunstancias conocidas que lo especifiquen'.

"En el caso de Pedro Antonio Castilla, él tenía el derecho a que se le reconociera la atenuante consagrada en el artículo 28 del C. Penal por ser una norma más favorable al procesado, ya que ella conlleva una apreciable disminución de la pena, jamás incompatible con las circunstancias de asesinato.

"Esta atenuante fue reconocida por el honorable Tribunal Superior cuando revisó el auto del juzgado que declaró la contraevidencia del veredicto del jurado. Dicha modalidad atenuante fue valorada extemporáneamente por el honorable Tribunal y la dejó para que ella fuera reconocida por los señores jueces de conciencia en el acto de la audiencia pública, cuando lo legal habría sido reconocérsela al procesado desde el mismo instante de la calificación del negocio a fin de que dicha modalidad atenuativa fuera incluida en el cuestionario sometido a la consideración del jurado".

"... Estando debidamente demostrado en los autos la figura atenuante de responsabilidad consagrada en el artículo 28 del C. Penal, por cuanto que el mismo Tribunal sentenciador se la reconoce. Ante esta realidad procesal, se puede afirmar que al procesado se le disminuyeron los medios de defensa, ya que el señor apoderado designado por el señor juez del conocimiento no cumplió con su deber, lo que implica quebrantamiento de las formas propias del juicio penal, entre las que se cuentan la producción de alegatos orales y escritos para una mejor efectividad de la defensa. Desde el momento en que fue llamado a rendir indagatoria por el señor juez, hasta el momento de dictársele el auto de proceder, el señor apoderado no hizo nada por lograr una mejor ubicación de la situación procesal de su cliente. No existe constancia dentro del expediente de que éste haya presentado 'alegatos orales o escritos'."

". . En el caso de autos, tenemos que a *Pedro Antonio Castilla* se le designó como apoderado al señor doctor *Celedón Vanegas* quien con fecha 14 de diciembre de 1960, tomó posesión del cargo de apoderado del sindicado *Castilla*, pero entre esta fecha y el 22 de mayo de 1961, no presentó ningún alegato tendiente a mejorar la situación procesal de su representado. Tampoco existe constancia alguna de que el auto de proceder hubiera sido recurrido por el defensor doctor Ramírez González. Si el honorable Tribunal Superior hubiera tenido la oportunidad de conocer del auto de vocación a juicio lo hubiera modificado en el sentido de abonarle al procesado el estado de ira e intenso dolor ocasionado por grave e injusta provocación, situación ésta sumamente más favorable al procesado que conlleva una apreciable disminución de la pena. Por lo anterior, estamos ante un caso en el cual 'la asistencia técnica' no tuvo cumplimiento por cuanto que el cargo de apoderado y defensor no fue ejercido por los distinguidos profesionales que tomaron a su cargo la defensa de los intereses del procesado. Si esa asistencia técnica hubiera tenido cumplimiento en mínima parte, aunque hubiera sido con la sola apelación del auto de enjuiciamiento, la situación procesal de Pedro Antonio Castilla se hubiera modificado sustancialmente a su favor.

"El veredicto del jurado pugna con la realidad procesal por cuanto que el acervo probatorio nos demuestra que Pedro Antonio Castilla mató a su mujer en razón de la grave e injusta provocación que aquélla lo había hecho víctima, abandonándolo por cinco veces para llevar una vida disipada. En este caso especialísimo surge la necesidad de terminar con la institución del jurado por cuanto que demuestra su incapacidad para valorar en su justa medida las modalidades del obrar humano".

Causal primera

Dice aducirla el demandante, no como un motivo principal para la invalidación del fallo, sino a manera de causal consecuente de la cuarta, por "el hecho de haber demostrado la injuridicidad del fallo recurrido", precisamente a través de ésta, porque el Tribunal "aplicó indebidamente la ley penal".

Como demostración de su inadmisible aserto, el acusador alega:

"En la sentencia recurrida se aplicó el artículo 363 del C. de las Penas, razón por la cual se le dosificó la pena en 15 años de presidio. Si la H. Corte invalida la sentencia con fundamento en la causal 4ª de Casación, resulta que por este aspecto, el ad-quem incurrió en indebida aplicación de la ley penal

sustantiva, por cuanto que, decretada la nulidad del proceso, queda sin piso el fallo acusado, resultando indebidamente aplicado el ya citado artículo 363 del C. Penal".

DICTAMEN DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, responde a la demanda propuesta para oponerse con muy fundadas y respetables consideraciones jurídicas a la invalidación del fallo.

Refiriéndose a los tres cargos ensayados por el acusador, con base en la causal cuarta, los refuta, en su orden, así:

Primer cargo

"Entre los errores que comete el actor hay uno de la mayor gravedad y que deriva del hecho de no tener en cuenta que por varias veces ha sido advertido por la H. Corte que no es aceptable en casación la pretensión defensiva de recurrir a argumentos propios de la causal segunda, invocando la causal cuarta, con más veras cuando se trate, como en este caso, de un juicio en que por haber intervenido el jurado, la responsabilidad del acusado es cosa soberanamente definida por éste y no da pie para recurrir a la causal segunda.

"Alegar nulidad sustancial o constitucional —ha dicho la H. Corte— con fundamento en razones que inciden en la causal segunda de casación por preterm1sión de normas supralegales, como el artículo 26 de la Carta, es un camino equivocado, porque conduce a pretender que no siendo la causal segunda pertinente en los juicios con intervención del jurado, basta basar la demanda en la causal cuarta, para lograr el mismo resultado. Y ésto, aunque pueda considerarse ingenioso, no pasa de ser desde el punto de vista legal, un arbitrio ineficaz, porque la nulidad de aquella categoría, no puede confundirse con la contraevidencia, que sería al fin de cuentas lo que llevaría a anular el veredicto, sin demostrar la nulidad del proceso, que es lo que compete a quien recurre en casación con base en la causal cuarta del artículo 567 del C. de P. P." (Casación de 10 de octubre de 1960. Proceso contra Julio Martínez Sabogal. Mag. P. Angel Martín Vásquez Abad.).

"Y esta tesis o doctrina ha sido recientemente confirmada, en la siguiente forma:

"En la esfera de la causal cuarta de casación no procede tratar de demostrar mediante examen de pruebas, que por error en la apreciación de ellas se incurrió en alguna nulidad, puesto que ello sería dar cabida, sin siquiera invocarla, a la causal segunda, que es la que permite, dentro de sus precisos límites, el indicado examen.

"En estos términos, bien fácil se comprende que el cargo reseñado se formuló sin la debida técnica y entonces, dentro del ámbito de la causal de impugnación a cuyo amparo se adujo, carece, en absoluto, de eficacia" .(Casación de 27 de abril de 1963. Proceso contra Jesús Antonio Quintero Acosta. Mag. P., doctor Simón Montero Torres).

"... Finalmente, obsérvese que la declaración de la señora Olimpa Castilla de Ardila Ríos, no es la única y exclusiva prueba, ni el único o exclusivo elemento, indicio, etc., que como tal hubiera servido para que la mayoría del jurado adquiriera la convicción de que el procesado es responsable penalmente, y no lo es porque además de tal declaración, obran en el proceso las pruebas que se señalan en el auto de vocación a juicio y en la sentencia recurrida, sin contar las que se analizan en las providencias de primera y segunda instancia que declararon contraevidente el primer veredicto".

Segundo cargo

"Se comprende fácilmente que el señor demandante no le prestó atención a esta clase de acusación, pues, si, como dice al principio, el vocero 'fue designado por el procesado en el acto de la audiencia pública', posible no era correrle a éste el traslado de rigor 'para el previo estudio del expediente', por tener que actuar a raíz de haber sido designado.

"Pero como las cosas sucedieron en la forma indicada por el H. Tribunal en la sentencia acusada, el cargo carece de importancia, pues tiene base en cuestiones simplemente adjetivas.

"El traslado del expediente al vocero, cuando haya tiempo para ello antes de la celebración del acto público de la audiencia, no es cuestión imprescindible, pues bien puede el interesado renunciar a dicho traslado, no hacer uso del mismo, no retirar el expediente o hacer su estudio en la Secretaría del Juzgado, o antes o después de dicho traslado, etc., lo cual demuestra que con la falta de tal traslado expresamente manifestado u ordenado, no se viola un derecho sustancial, una garantía constitucional.

"Además: si el vocero intervino en la audiencia y su cometido lo ejerció en forma amplia y satisfactoria a favor de su representado, alegando lo que estimó conveniente de acuerdo con las pruebas y demás constancias de los autos, quiere todo ello decir que demostró tener un perfecto conocimiento del negocio, que es lo que se tutela con el traslado correspondiente.

Tercer cargo

"Ya se observó que el señor demandante considera que los supuestos celos incontrolados de su patrocinado fueron causa directa de la tragedia. También pudo verse que la pretendida mala conducta de la víctima, sólo responde a afirmaciones sin respaldo probatorio.

"Ahora al dirigir el actor sus cargos, no contra la sentencia de segunda instancia, sino contra una providencia de primera instancia basada en la simple consideración probatoria hecha entonces, no hace otra cosa que incurrir de nuevo en el error de pretender sustentar la causal cuarta de casación con la exposición de razones que no son pertinentes ni propias, legal ni jurídicamente, porque sólo atañen a la causal segunda.

"Así, pues, que lo apuntado anteriormente, al tratar del cargo primero, ésto es, lo expuesto sobre la transmutación de causales de casación, es de actualidad aquí también, sin que sea necesario repetirlo.

"Por lo demás, la afirmación de que 'el veredicto del jurado pugna con la realidad procesal', que hace el señor demandante, es necia e impertinente porque se formula con base en la causal cuarta de casación, y si no fue aceptado por el juri un supuesto estado emocional en el procesado al momento de cometer el hecho, no podía ser reconocida —como es obvio— esa misma circunstancia psicológica por el juez de derecho, porque la sentencia debía basarse única y exclusivamente en los términos del veredicto proferido.

"... Debe tenerse en mientes que las críticas hechas por el señor demandante se refieren a una etapa del proceso que terminó cuando el primer jurado que intervino en el negocio negó que el acusado fuera responsable penalmente.

"Digno de observar también es que si se hubiese interpuesto apelación del auto de proceder y al tramitarse el recurso se hubiese reconocido la circunstancia aminoradora de la responsabilidad, consistente en la alteración del estado temperamental del procesado, tal ocurrencia habría hecho necesario que la pregunta respectiva se le formulara al jurado, quedando éste, como es, elementalmente obvio, en libertad de admitir o no dicho estado emocional".

La causal primera la rechaza el colaborador fiscal, dado que el demandante la aduce sólo como consecuencia de la cuarta.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª Ninguno de los cargos hechos por el demandante contra la sentencia a que se contrae el recurso de casación tiene mérito jurídico capaz de determinar su invalidación, porque los motivos aducidos como principales, con invocación de la causal cuarta, no entrañan nulidad del juicio.

2ª En efecto, de acuerdo con los planteamientos del acusador, se tiene:

a) La Constitución Nacional establece en el artículo 25 que "Nadie podrá ser obligado, en asunto criminal, correccional o de policía, a declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro del cuarto grado civil de consanguinidad o segundo de afinidad". En desarrollo de este precepto el artículo 227 del C. de P. P., consagró la misma garantía, de carácter facultativo y no prohibitivo, como era la contenida en el artículo 226 ibídem, declarado inexequible por la Corte Suprema en sentencia de 6 de diciembre de 1951, por rebasar el texto legal la norma de la Carta.

b) Aunque es cierto que a la señora Olimpa Castilla —hermana del acusado— se le recibió declaración bajo juramento, sobre los hechos, como puede verse a Fls. 17 y 18 del cuaderno primero, sin advertirla el funcionario de instrucción sobre la garantía cuestionada, esa omisión no entraña nulidad sustancial, ni afectó el derecho de defensa, por lo que no se puede hablar de que se quebrantó el artículo 26 de la Constitución.

Téngase en cuenta que al acusado se le siguió juicio por jurado y en éstos la sentencia descansa en el veredicto, resultado de la convicción íntima, lo que no permite al fallador determinar qué medios probatorios pueden servir, en un caso dado, para la decisión en conciencia, pues a los miembros del jurado se les ilustra con todas las piezas procesales y con las alegaciones de las partes en la vista pública de la causa.

Sería injurídico y arbitrario aseverar que la condenación del homicida en este proceso provino exclusiva o principalmente del testimonio de su hermana, ya que no era la única prueba en contra del acusado, quien, inclusive, no negó la comisión del reato.

c) Tampoco conforma nulidad constitucional o legal la supuesta informalidad a que alude la acusación, relacionada con la no posesión del vocero en la forma prevenida por el artículo 108 del Código de Procedimiento Penal, que sólo alude, como es de rigor, a apoderados y defensores, porque la designación de vocero, por parte del encausado, sólo se hace para los fines indicados en los artículos 471 y 477 del mismo Código, sin otra facultad que la de hablar a nombre del procesado en la audiencia pública y en sustitución de éste, pero sin adquirir en la relación procesal la calidad de parte.

No sobra agregar que, aun suponiendo que el vocero necesitara de la formalidad de la posesión ante el juez del conocimiento, la falta de tal diligencia no entrañaría violación o menoscabo del derecho de defensa en la presente causa porque el profesional a quien el recurrente designó para llevar su vocería cumplió a cabalidad su encargo, y, de otra parte, la defensa técnica, en su sentido jurídico propio, estuvo al cuidado de su representante legal para el juicio. Siendo ello así, es cuando menos ilógico argüir que el sentenciador condenó al homicida sin haberlo rodeado de las garantías constitucionales y legales que informan el derecho de defensa, *cuyo desconocimiento autoriza invocar la nulidad supralegal consagrada por la doctrina como interpretación del artículo 26 de la Carta.*

d) No menos inane resulta el cargo de nulidad señalado bajo el número 3, consistente en que no se expresaron en el auto de proceder, conforme al artículo 431 del C. de P. P., cuestiones atinentes a los motivos y circunstancias que, en concepto del demandante, debían haber sido reconocidos de modo expreso. El aludido cargo lo que contiene es un planteamiento, propio a la causal segunda de casación, enderezado, no a demostrar la nulidad del procedimiento, sino a debatir los presupuestos probatorios tenidos en cuenta para la vocación a juicio, planteamiento éste impertinente, ya que en el auto de proceder la instancia calificó el delito en forma correcta, y en la motivación se expresaron las modalidades y circunstancias del hecho, tal como debía ser debatido ante los jueces de conciencia.

e) Como dentro del mismo cargo el demandante hace alusión a otra supuesta nulidad, referida a la falta de defensa del acusado a partir del llamamiento a juicio, por cuanto el representante del procesado no apeló de ese proveído, suficiente es observar que la hipótesis de que el Tribunal habría podido variar su situación jurídica, no pasa de ser una gratuita suposición del impugnador, que los mismos resultados de la causa se encargan de desvirtuar. Además, como claramente resulta del examen del expediente, Castilla Gutiérrez *compareció ante el jurado por dos ocasiones, ya que el primer veredicto fue declarado contravidente, y en la segunda oportunidad, su defensa fue ejercida con toda amplitud.*

En la etapa investigativa, de acuerdo con las normas que regulan el proceso, es impropio afirmar que al sindicado se le pueden desconocer garantías relacionadas con el derecho de que se trata, que es pertinente al juicio, etapa en la cual hay lugar a debatir la responsabilidad penal.

Por último, en lo que toca al cargo que se examina, carece de atinencia decir que el veredicto pugna con la realidad procesal cuando, precisamente, ese veredicto es fiel trasunto del cargo contenido en el auto de proceder y en la cuestión propuesta a los jueces de hecho.

f) La causal primera, invocada sólo como consecuencia de la cuarta, no requiere estudio alguno por parte de la Sala, pero debe si observarse, principalmente en guarda de la técnica del recurso de casación, la ninguna concordancia o interdependencia entre los dos motivos legales de impugnación, pues cuando prospera el cargo de nulidad, hay lugar a proceder conforme al ordinal b) del artículo 570 del C. de P. P., y en cambio, cuando prospera la primera, compete a la Corte invalidar el fallo recurrido y dictar la sentencia que deba reemplazarlo, conforme al ordinal a) de la misma disposición.

3ª Las razones que se dejan expuestas y las que ya se consignaron del concepto del Ministerio Público, son suficientes para desechar el recurso de casación en este proceso, de conformidad con el artículo 569 del C. de P. P.

DECISION

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con la opinión fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO (ASESINATO). CUESTIONARIOS SOMETIDOS AL JURADO

Las circunstancias que hacen que el homicidio tome la denominación de asesinato, expresamente reconocidas en el auto de proceder, deben ser sometidas al jurado. Si se pretermiten, se menoscaban las garantías de las personas que intervienen en el proceso penal. — Causal 4ª de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintitrés de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta contra la sentencia del 6 de noviembre del año pasado, por medio de la cual aquella entidad condenó a *Manuel Pantaleón Blanco*, como responsable del delito de homicidio en su hermano Ricardo Pantaleón Blanco, a la pena de "veinte (20) años de presidio" y accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION

El expresado Manuel Pantaleón Blanco, aparece acusado de haber causado la muerte, mediante un disparo de revólver a su propio hermano Ricardo Pantaleón Blanco, la noche del 29 de septiembre de 1955, en el sitio de *"La Esperanza"*, fracción de Santa Bárbara, del Corregimiento de Villa Sucre, en el Municipio de Arboledas, hecho por el cual el Juzgado 2º Superior de Cúcuta, en auto del 3 de agosto de 1961, cuya ejecutoria se produjo en la misma instancia, lo llamó a juicio, especificando, dentro de la motivación de aquella medida, que el homicidio que configuraba, con arreglo a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 363 del Código Penal, tomaba la denominación de asesinato.

El juzgado, en la oportunidad legal, sometió al jurado la cuestión que a continuación se reproduce, seguida de la respuesta que se obtuvo:

Unica cuestión

El acusado *Manuel Pantaleón Blanco*, es responsable *sí* o *no*, conforme se analiza en el auto de proceder, de haberle dado muerte a Ricardo Pantaleón Blanco, a consecuencia de la herida que le causó, según la diligencia de autopsia hecho cometido en la noche del día veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, en el punto denominado *"La Esperanza"*, fracción

de Santa Bárbara, del Corregimiento de Villa Sucre, de la jurisdicción Municipal de Arboledas, y en la ejecución de este delito procedió el acusado con el propósito de matar?

RESPUESTA: *Sí es responsable.*

En sentencia del 16 de agosto del año pasado, el predicho juzgado, pretendiendo apoyarse en el veredicto reproducido, condenó al procesado Pantaleón Blanco a la pena de "veinte (20) años de presidio", y accesorias consiguientes, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 6 de noviembre.

LA DEMANDA

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca como única causal de casación la prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del C. de P. Penal, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada es lesiva de la ley procedimental "por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", tesis que fundamenta observando que a pesar de que el enjuiciamiento se acordó sobre la base de un homicidio en la denominación de asesinato, al jurado, contra lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, no se le interrogó al respecto, preterm isión que lo colocó en incapacidad para pronunciarse, como lo ordena el artículo 499 del C. de P. Penal, sobre esa "circunstancia modificadora del delito", argumentación que, recavando en que se quebrantó el artículo 26 de la Carta, concluye así:

"Desde el momento en que una circunstancia modificadora del delito sea reconocida en el auto de proceder, sea agravante o atenuante, está en la obligación el juez de hacerla figurar en el cuestionario porque de lo contrario la respuesta del jurado quedaría trunca, se ignoraría su verdadero sentido y se recortarían los derechos de las partes, como lo ha dicho la H. Corte Suprema. En consecuencia, cuando se omite en el cuestionario un elemento de tanta importancia como es una de las circunstancias del Art. 363 del C. P., que agrava el homicidio y le da denominación de asesinato, tal como ocurrió en el caso sub-judice, se viola una forma propia del juicio, desquiciándose de esta manera el juzgamiento, que es de orden público e interesa por ende a la sociedad".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

a) En la cuestión, sometida al jurado, debe estar comprendido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, el hecho materia de la causa, señalado conforme al auto de proceder, "determinando las circunstancias que lo constituyen, pero sin darle denominación jurídica".

b) Las circunstancias que hacen que el homicidio tome la denominación de asesinato, expresamente reconocidas en el auto de proceder, deben ser sometidas al jurado, que es el competente para pronunciarse respecto de ellas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 499 del C. de P. Penal.

c) Cuando en la pregunta sometida al jurado no se incluyen las circunstancias que, reconocidas en el auto de proceder, hacen que el homicidio tome

la denominación de asesinato, se prefermite, sin duda alguna, una trascendental formalidad del juzgamiento y se menoscaban las garantías de las personas que intervienen en el proceso penal, lo que lleva, evidentemente, a la violación del artículo 26 de la Constitución Nacional.

d) En esta suerte, la causal de casación invocada está destinada a prosperar, puesto que no se interrogó al jurado con respecto a la circunstancia de asesinato que se determinó en el auto de proceder.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida y DISPONE devolver el proceso, por conducto del Tribunal de origen, al Juzgado 2º Superior de Cúcuta para que se reponga el procedimiento a partir del auto que señaló fecha para el sorteo total de Jurados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Plaquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS

Bases para la fijación de competencias en materia de juzgamientos. — Interpretación del Art. 170 de la Carta. — El fuero penal castrense para los miembros de la Policía, de conformidad con el Decreto extraordinario Nº 1705 de 1960.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, julio veinticuatro de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a resolver la colisión de competencias planteada entre el Tribunal Superior Militar de Bogotá y el Juzgado 1º Superior de Buga, en relación con el proceso seguido al Sargento 2º de la Policía Nacional, *Carlos Antonio Manrique Centeno* y otros miembros de la misma Institución, por el delito múltiple de homicidio cometido en las personas de Eriberto Valencia Vásquez, Reinel Gutiérrez, Mario Galarraga y N. N. (a) "El Diablo", según hechos ocurridos en el mes de febrero de 1963, en la región de "Tenerife", del municipio de El Cerrito, del Departamento del Valle del Cauca.

Anota el Tribunal Superior Militar, que "una vez más, con todo respeto que le merecen las razones de la Corte Suprema de Justicia, por cuanto vienen de la más alta Corporación Judicial, debo expresar su inconformidad con ellas..." pues del texto del artículo 170 de la Carta "no puede deducirse caprichosamente una prohibición...", que consistiría en aseverar que "las cortes o tribunales militares jamás podrán conocer delitos cometidos por particulares, ni por miembros de las Fuerzas Armadas, distintas a las militares"

Agrega que "ya en otras oportunidades hemos anotado que, si se observa el título constitucional que organiza la rama jurisdiccional del Poder Público, se encuentra que por ninguna parte se preocupó el constituyente de asignar competencias a los diversos organismos. Lo cual significa, simplemente, que dejó en libertad a la ley. Esta libertad de la ley se refuerza todavía más si se tiene en mientes el texto del artículo 58 de la propia Carta, que dice: 'La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia'. Tanta fue la libertad dada al legislador que no solamente se pretermitió darle las bases para la fijación de competencias, sino que se le autorizó para crear Tribunales y Juzgados distintos de los previstos en la Carta".

Añade que "en uso de tal discreción, la ley dispuso que el Tribunal Superior Militar y los Jueces Militares conozcan de los delitos cometidos por miembros de la Fuerza de Policía".

Dice que "la Policía Nacional no fue 'desincorporada' de las Fuerzas Militares por el Decreto 1705 de 1960, porque nunca estuvo incorporada a éstas, ya que el Decreto 1814 de 1953, por ninguna parte, le atribuyó a la Policía el carácter militar; se limitó a suprimir el antiguo Comando de las Fuerzas Militares, reemplazándolo por el Comando General de las Fuerzas Armadas, y a colocar bajo la dirección de éste a todas las Fuerzas Armadas Nacionales, o sean el Ejército, la Fuerza Aérea, la Armada y la Policía Nacional..."

En este "entendimiento estuvo el artículo 284 del Código de Justicia Penal Militar, cuando expresó que, 'para los efectos de este Código, los términos militar, o militares se aplican a los miembros de las Fuerzas de Policía'. Si la Policía hubiera estado 'incorporada' a las Fuerzas Militares, el artículo habría sobrado, sería innecesario. A la inversa, al decirse que la expresión 'militar' se aplica a los miembros de la Policía para los efectos de este Código, se implica, a contrario sensu, que ello no se podía entender para otros efectos. Por manera que cuando el Decreto 1705 de 1960 sustrajo a la Policía Nacional del Comando de las Fuerzas Militares, no se cambió en forma alguna ni la esencia, ni la naturaleza, ni característica importante de las Fuerzas de Policía. Ellas siguieron como 'Fuerza Armada', según el querer del artículo 168 de la Constitución Nacional, pero con la particularidad de que ya no obedecen al Comando General, sino dependen directamente del Ministro de Guerra..."

Observa el Tribunal Superior Militar, por último, que el carácter civil que el Decreto 1705 de 1960 señala para la Policía Nacional, "ni quita, ni señala nada nuevo al asunto. Ya se demostró que el artículo 170 no impide que la jurisdicción castrense juzgue inclusive a los particulares, y que, por tanto, tampoco prohibe que juzgue a miembros en servicio activo de las Fuerzas Armadas..."

LA SALA CONSIDERA

La Constitución Nacional sólo deja a la ley la facultad de indicar la competencia en materia de juzgamiento cuando la misma Carta no se ocupa de ello. ¿Podría, acaso, disponer el legislador que al Presidente de la República se le juzgue, por los delitos que cometa, por los jueces municipales? ¿O que a los Ministros los juzguen los jueces de Policía?

Tampoco cabe aseverar que la ley, sin sometimiento a los mandatos de la Constitución Nacional que se ocupan del Organo Jurisdiccional del Estado, disponga que de los delitos que cometan los particulares conozca la Justicia Penal Militar, pues tal precepto dejaría sin funciones a los organismos del Poder Judicial que tienen a su cargo administrar justicia en la rama penal.

Asimismo, el artículo 170 de la Carta, de manera clara, excluye de la competencia de la Justicia Penal Militar el conocimiento de los delitos cometidos por personas distintas de los militares en servicio activo. Pretender que las Cortes Marciales o Tribunales Militares que en ese artículo se mencionan puedan juzgar a los civiles en cuanto a las infracciones que cometan, implicaría, se repite, derogar las normas de la Constitución que se refieren a las atribuciones del Organo Jurisdiccional, en materia punitiva.

Por último, es evidente que si las Fuerzas de la Policía Nacional hicieron en otra época parte de las Fuerzas Militares —como que con el Ejército, la

Armada y la Fuerza Aérea formaron un cuerpo unificado sometido al Comando General de las Fuerzas Militares— el fuero penal castrense, por tal motivo, les era pertinente entonces, pues tenían sus miembros la calidad de militares en servicio activo. Mas al dejar de constituir ese cuarto componente de las Fuerzas Militares, en virtud de lo señalado en el Decreto extraordinario Nº 1705 de 1960, es obvio que el juzgamiento de los miembros de la Policía Nacional no corresponde, ya, a la Justicia Penal Castrense, en cuanto a los delitos cometidos luego de su vigencia o respecto de aquéllos llevados a cabo antes, pero por los cuales no se había convocado Consejo Verbal de Guerra al entrar a regir dicho estatuto.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME LA COLISION DE COMPETENCIAS planteada entre el Tribunal Superior Militar y el Juzgado 1º Superior de Buga, en el sentido de DECLARAR que el conocimiento del negocio de que se ha hecho referencia corresponde al Juzgado aludido, a donde se remitirá el expediente.

Envíese copia de esta providencia al Tribunal Superior Militar.

Cópiese y notifíquese.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO

Causales 1ª y 2ª. — Supuestos errores del sentenciador en la apreciación de los hechos y en la aplicación de la ley penal sustantiva. — Tanto para el perdón judicial como para la exención de responsabilidad, los falladores deciden a su arbitrio.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS

El señor defensor de *Rómulo Ruiz Guzmán*, a quien el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por sentencia de 28 de julio de 1961, condenó a la pena principal de dos (2) años de presidio y a las correspondientes sanciones accesorias, como responsable del delito de homicidio, interpuso contra dicha sentencia recurso extraordinario de casación, de cuyo mérito procede la Corte a decidir:

ANTECEDENTES

1º *Resumen de los hechos.* Acoge la Sala la versión que en este particular trae el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal:

"Reside en la población de San Antonio (Tolima), de donde es natural y siempre ha sido vecino, el señor Rómulo Ruiz Guzmán, agricultor y comerciante, quien al momento de los hechos desempeñaba el cargo de Personero Municipal. Reside —se repite— junto con su familia compuesta de su esposa, la señora Emperatriz Arroyave de Ruiz, y sus dos hijas, Ester Ruiz de Montoya y Adela Ruiz, de las cuales, aquélla, para la época de los acontecimientos, materia de este proceso, pasaba una temporada en casa de sus padres, pues su domicilio, con su marido, está en Caucasia (Ant.), y la segunda hija de 15½ años de edad, por no haber podido ir al colegio en ese año de 1959, como sus hermanos varones, permanecía en el hogar ayudando a su madre en las labores domésticas, lo mismo que prestando ayuda en el despacho de una tienda de víveres que en la misma casa de habitación tenía la señora Arroyave de Ruiz.

"A dicha población de San Antonio llegó procedente de la ciudad de Neiva, y con el ánimo de fijar su residencia, la señora Bernarda o Berta Ayala, al parecer viuda de Rodríguez, acompañada de 4 de sus hijos naturales, dos muchachas y dos varones, éstos últimos Darío y Carlos; el primero de una edad aproximada a los 18 años y quien a raíz de su arribo inició amores con Adela, en tanto que su hermano se dedicó a cortejar a la hermana de ésta, casada, como ya se dijo.

"Atrevidamente los dos individuos en cuestión, penetraban al hogar del señor Ruiz Guzmán, aprovechando las ausencias de éste y de su esposa, debidas al cumplimiento de sus deberes del cargo que desempeñaba el señor Ruiz y a las ocupaciones de la señora de Ruiz en el pequeño negocio de que se ha hablado.

"Pero más atrevido que su hermano, era Carlos, quien al apelar a procedimientos abusivos, en cuya práctica fue sorprendido tanto por doña Emperatriz como por Ester y por la muchacha del servicio, Edelmira Oliveros (procedimientos descritos por Adela en sus declaraciones), pretendió en distintas ocasiones obligar a ésta última a que aceptara sus propuestas sexuales, lo que no logró por virtud de la resistencia de la muchacha y de las oportunas intervenciones de las otras mujeres mencionadas.

"El mismo Carlos, valiéndose de la violencia y de las amenazas, logró que la muy incauta Adela le diera dinero, el cual ésta tomó, primero, de sus pequeños ahorros y, agotados éstos, de la caja de la tienda, a hurtadillas de su madre.

"Semejante cosa fue puesta en conocimiento del padre de Adela, el procesado Rómulo Ruiz Guzmán. Y la nueva se le dio, primero por medio de una carta anónima; luego, por informaciones de los vecinos enterados por las habladurías del joven con sus amigotes, y, finalmente, por boca de la sirvienta de la casa. Entonces sucedió que Ruiz Guzmán le llamó personalmente la atención al atrevido galán de su hija, en términos fuertes que sólo recibieron respuestas agresivas e irrespetuosas.

"Pero también la madre de Adela reaccionó contra la referida situación, haciendo salir de su casa por la fuerza al muchacho, quien, a pesar de todo ello y aprovechando la debilidad de dicha niña, persistió en sus actuaciones y propósitos.

"Así las cosas, llegó el día de los hechos, ésto es, el primero de noviembre de 1959, día doblemente festivo por ser domingo y por conmemorarse el día de todos los Santos. En la mañana el padre y la hija protagonizaron una amarga escena y charla motivada por las relaciones amorosas que ésta última mantenía con el joven Carlos. De aquella charla, el padre adquirió la convicción de que su pequeña hija había sido deshonrada por su galanteador, pese a las negativas de aquélla. Y bajo esa impresión, se dedicó a ingerir bebidas embriagantes durante el resto del día hasta llegar las primeras horas de la noche. Entonces, pensando en sus obligaciones del día siguiente, intentó localizar al chofer del campero de propiedad de la Personería, a fin de que le situara el vehículo en las primeras horas de la mañana siguiente para poder salir a efectuar determinadas diligencias.

"Para ello se valió de los servicios de algunos de los Agentes de Policía del lugar; pero como se dio cuenta de que el campero estaba estacionado frente a una cantina de la misma calle de su casa de habitación, la cual tenía las puertas cerradas, procedió a tocar con insistencia el pito del vehículo, en orden a que se presentara su conductor, ocurriendo que en vez de presentarse éste, lo hizo el muchacho Carlos Ayala.

"Esta sorpresiva circunstancia, aunada o conjugada a las provenientes del estado de ánimo depresivo de Ruiz Guzmán, a la embriaguez padecida por

el mismo, al convencimiento que tenía de que su hija había sido deshonrada, y al cruce de palabras y de ofensas que tuvo con Carlos, aparte del amago hecho por éste último de sacar un arma que llevaba en la pretina de los pantalones y por dentro de ellos, influyeron decisivamente en el desarrollo del hecho de muerte a que se contrae el expediente".

2º *Desarrollo del proceso.* Por el lugar en que ocurrió el homicidio y por estar para entonces vigente el Decreto legislativo 0012 de 1959, el proceso fue tramitado de acuerdo con el referido estatuto, y correspondió el fallo de primer grado al Juzgado 7º de Instrucción Criminal, radicado en la ciudad de Ibagué.

La resolución de la instancia, fechada el 16 de diciembre de 1959 (folios 176 a 188 del cuaderno primero), absolvió al acusado *Ruiz Guzmán*, aceptando el sentenciador una situación de legítima defensa del honor, para enmarcar su conducta dentro del ordinal segundo del artículo 25 del C. P., tesis que sustentó el representante legal del sindicado.

El *ad-quem*, en el fallo recurrido, descartó esa legítima defensa y situó el hecho en el artículo 382 ibídem, con apoyo en las siguientes consideraciones, consignadas en la parte final del proveído:

"De las anteriores apreciaciones, que se fundamentan en el pensamiento de los ilustres jurisconsultos que redactaron la norma comentada, se deduce, sin lugar a dudas, que en los casos contemplados por el Art. 382 del Código Penal, no existe legítima defensa del honor y que, por ende, es inaplicable a tal título, la parte final de dicha disposición en que se dice que podrá eximirse de responsabilidad a quien proceda en las circunstancias allí mencionadas.

"Ahora bien, el multicitado inciso 2º del Art. 382 habla de la ira o intenso dolor, determinado por la ofensa del ilícito concúbito entre parientes y sus copartícipes. La reacción psicológica por ella producida tiene un valor que la modifica especialmente, el cual es diferente del que establece el Art. 28 de la misma obra. En aquél se tiene en cuenta la calidad de la afrenta sufrida, lo que no sucede en éste último, en donde no son específicas tales calidad e intensidad ofensivas, sino generales. En el Art. 382 se reconoce que el acto puede cometerse después del conocimiento material de la ofensa, admitiéndose que la reacción psicológica es atinente a la noticia, vale decir, la conmoción subjetiva que tal hecho ocasione, y no al mismo instante de haberse sucedido, como lo es necesario al tenor del Art. 28. La injuria de que trata el Art. 382, ha sido considerada por el legislador como de una intensidad mayor y, por lo mismo, más atenuada la responsabilidad. En cambio, 'la grave e injusta provocación' a que se refiere el Art. 28, conlleva una punición mucho más severa, pues no puede llegarse sino hasta la tercera parte de la pena mínima, al aplicar la rebaja.

"Lo cual quiere significar que en casos como el presente, en que el agente obró con el sincero convencimiento de que su hija, de vida honesta, había sido mancillada, y su propio honor había sufrido grave quebranto, si bien no puede declararse la irresponsabilidad, al menos es procedente la benignidad al imponer las sanciones. La injuria inferida a Rómulo Ruiz Guzmán, ciertamente era capaz de generar el intenso dolor especialísimo que se prevé en el Art. 382 del Código de las penas.

"Así las cosas, a Ruiz Guzmán le corresponde la siguiente sanción: Como pena básica, la señalada por el Art. 362 del C. P. en el mínimum, por no aparecer en su contra circunstancias de mayor peligrosidad y sí de menor, como lo es la embriaguez voluntaria no preordenada al delito. Disminuida a las tres cuartas partes, por virtud del Art. 382 ibidem. En total, son pues, veinticuatro meses de presidio, lo que debe purgar por el homicidio perpetrado en Carlos Ayala".

3º El recurso de casación lo interpuso la defensa en tiempo oportuno y fue sustentado en debida forma por el recurrente mediante la demanda de rigor.

DEMANDA DE CASACION

Está contenida en el escrito que obra de folios 12 a 21 del cuaderno de la Corte y reúne los requisitos propios del recurso.

Los motivos de impugnación invocados por el acusador son los previstos en los ordinales *primero*, *segundo* y *cuarto* del artículo 567 del C. de P. P.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por errónea interpretación y aplicación indebida de la misma, cargo que hace consistir en no haber aceptado el *ad-quem* la legítima defensa del honor, no obstante reconocer que el acusado "obró con el sincero convencimiento de que su hija, de vida honesta, había sido mancillada y su propio honor sufrido grave daño". El planteamiento al respecto lo hace el demandante en esta forma:

"Al aplicar el H. Tribunal el artículo 382, inciso 2º del C. P., aceptó el ilícito concúbito entre Adela y Vásquez, o al menos los actos deshonestos, aproximados o preparatorios de aquél, actos que conocidos posteriormente por Rómulo, provocaron la reacción psicológica, la conmoción subjetiva, el móvil determinante del delito.

"Sin embargo, al aplicar la norma establecida en el Art. 382 del C. P., inciso 2º, el Tribunal hizo caso omiso de los presupuestos relevados por éste en la sentencia recurrida, y fue así como a pesar de las especiales circunstancias de hecho demostrativas de ninguna peligrosidad de mi representado, de los móviles determinantes de la infracción, de la gravedad de la ofensa inferida a mi patrocinado y a su familia, como resolvió condenarlo, contra lo previsto en el inciso 3º del referido artículo.

"Si bien es cierto que el legislador al consagrar la norma del artículo 382 del C. P. lo hizo para remediar la tremenda injusticia establecida en el artículo 591 del C. P. de 1890 que consagraba la irresponsabilidad del homicida que sorprendiera a la esposa legítima o a su descendiente en ilícito acceso carnal, rechazando en esta forma la irresponsabilidad y estableciendo más bien un atenuante sui-generis, distinta a la prevista en el artículo 28 del C. P., hay que tener en cuenta que en el caso presente, no se trata del cónyuge que da muerte a la mujer adúltera, sino del padre que se ve arrastrado al homicidio, ante el engaño, la perfidia, el deshonor de que ha sido víctima su hija, es decir, en condiciones de legitimidad tan grande y oportuna, que nadie le puede negar.

"Es, pues, evidente el error en la apreciación de las circunstancias del delito y en la personalidad del procesado por parte del H. Tribunal. Esto ha dado lugar a la aplicación indebida del artículo 382, al señalar una sanción que no corresponde a la realidad del procesado. Los presupuestos que requiere el inciso 3º del artículo 382 del C. P. para impedir el perdón judicial o la eximente de responsabilidad, están plenamente consignados en el expediente".

El error deducido por el demandante, según el planteamiento del cargo, aunque lo hace consistir en el no reconocimiento de la causal de justificación, no se acopla jurídicamente con lo que impetra de la Corte para corregir en casación el fallo impugnado, pues, lo que concretamente solicita es "que se otorgue a mi representado el perdón judicial o se le exima de responsabilidad de acuerdo con el inciso 3º del Art. 382 del C. P."

Causal segunda

Se acusa la sentencia, según los términos de la demanda, porque hubo errada apreciación de los hechos y se les negó "el valor probatorio que éstos tienen dentro del proceso, como determinantes de la infracción y en consecuencia, eximentes de responsabilidad para el procesado".

En lo principal, el cargo está referido al hecho de no haber el Tribunal apreciado la confesión del procesado en su integridad, de modo indivisible, no obstante que su cualificación resulta plenamente corroborada con la prueba testimonial que obra en los autos.

Después de sintetizar todos los antecedentes que culminaron con la muerte de Vásquez Ayala y en particular las relaciones libidinosas que existieron entre el occiso y la hija del homicida, el recurrente expresa:

"Todos estos hechos fueron de dominio público en el Municipio de San Antonio, y por ello llegaron a conocimiento de Rómulo Ruiz, padre de Adela, creando en la conciencia de éste la convicción íntima de que su hija había sido deshonrada.

"Repito que éste fue el motivo determinante de la tragedia, que patentizada en la confesión del sindicado, de manera sencilla, desprevenida y diáfana y también con espontaneidad. Y llega a confesar que aún después de tener conocimiento que entre su hija Adela y Carlos Vásquez Ayala, se habían producido relaciones sexuales ilícitas, ningún sentimiento de venganza abrigó contra quien le había inferido tamaña ofensa, no obstante el dolor y la amargura que sufrió como padre, sino a que aspiraba a que el honor familiar quedara a salvo por otros medios".

"... De acuerdo con la realidad procesal, no hay duda que Rómulo Ruiz fue impulsado al homicidio de Vásquez, llevado por los actos deshonestos realizados por éste en la persona de su hija Adela. Porque todos los hechos y las circunstancias que rodearon la tragedia, tal como fueron presentados por el acusado en sus distintas exposiciones ante el Juez del conocimiento, han sido corroborados con otros elementos de prueba reconocidos dentro del proceso, con lo cual se ha demostrado la veracidad de la confesión. Ninguna de las afirmaciones hechas por Ruiz Guzmán en su confesión ha sido contradicha, por el contrario, las distintas comprobaciones procesales demuestran la exac-

titud de sus exposiciones. Y si ésto es así, hay que aceptar que la única prueba de su responsabilidad radica en su propia confesión, que en el presente caso es indivisible, pues no hay una sola prueba que la infirme o la desvirtúe, o que haga dudar de la sinceridad del acusado cuando justifica su acto, presentando ante la justicia los hechos que le sirvieron de estímulo, de fuerza motriz, de impulso moral, para reaccionar en la forma que se conoce.

"... En resumen: aceptando que la violación no se había consumado, pues de acuerdo con el dictamen médico-legal, Adela Ruiz conserva su virginidad, el peligro inminente de esa violación sí existía, ya que los hechos realizados por Vásquez así lo indican, por lo cual el acto realizado por Rómulo Ruiz Guzmán, en su condición de padre para defender el honor de su propia hija y la afrenta a su hogar, se justifica, pues su acto encaja en la norma establecida en el numeral 2º del artículo 25 del C. P.

"Sobre el caso concreto de las amenazas por parte de Vásquez, con el fin de obtener dinero de Adela, a trueque de no calumniarla ante la sociedad aseverando hechos que no se habían presentado, caso que conocía Rómulo Ruiz, ésto no más es suficiente para justificar su reacción. Y téngase en cuenta, que lo afirmado en este sentido por el sindicado, lo corrobora su hija, lo reafirma Carranza y lo declará además la testigo Beatriz Moreno de Rodríguez. De otro lado, el acta de levantamiento del cadáver registra el hallazgo de unos retratos en que aparece Adela en vestido de baño, lo mismo que una carta, todo lo cual confirma el dicho del procesado sobre las manifestaciones que hacía Vásquez en cafés y cantinas con detrimento y menoscabo de la reputación de Adela Ruiz".

"... En el caso de autos, Rómulo Ruiz fue determinado al delito por el conocimiento que tuvo de los repetidos actos lujuriosos de que había sido objeto su hija, por parte de su novio Vásquez Ayala, conducta ésta que como lo afirma el mismo Tribunal, revelaba las dañadas intenciones que éste abrigaba para con Adela, creando en la mente del atribulado padre una conciencia de la próxima y fatal deshonra. Fácil es, pues, concluir que si objetivamente la inminencia del peligro no existía, subjetivamente sí era una realidad psíquica en la conciencia de Rómulo, y ésto basta para justificar su conducta.

"El Tribunal al desechar estos hechos como elementos eximentes de la responsabilidad de mi representado, interpretándolos erróneamente, negándoles el valor probatorio para establecer la legítima defensa del honor, prevista en el numeral 2º del Art. 25 del C. P., incurrió en la causal de casación, prevista en el numeral 2º del Art. 567 del C. de P. P.

"Asimismo, cuando por interpretación errónea de esos mismos hechos no aplicó la norma establecida en el numeral 2º del artículo 23 del C. P."

La petición del demandante, con fundamento en la causal segunda es la de que se invalide "el fallo recurrido y en su reemplazo se profiera fallo absolutorio a favor de Rómulo Ruiz Guzmán", siendo de observar que no coincide exactamente con la solicitud formulada con base en la causal primera, lo que entraña una manifiesta incongruencia, pues no es lo mismo eximir de responsabilidad, dentro del arbitrio que da al juez el artículo 382 del C. P., que declarar que no hay lugar a responsabilidad penal por justificación positiva o negativa de la conducta del agente.

Causal cuarta

En último término y con base en la causal aludida, se acusa el fallo, en consideración a que la decisión de primer grado correspondió a un juez de instrucción criminal y no a la justicia ordinaria, lo que la hace "inexistente por haber sido dictada por un funcionario administrativo, sin competencia para administrar justicia por prohibirlo expresamente la Constitución Nacional".

Agrega el demandante:

"Como la sentencia del H. Tribunal Superior, lógicamente es posterior a ese momento procesal antijurídico, su fallo está igualmente viciado de nulidad y debe ser casada, o debe ser invalidada, para que se reponga la actuación, y el señor Rómulo Ruiz Guzmán, sea juzgado con el pleno cumplimiento de las formas procesales, por autoridad competente. A ésta se le arrebató su juzgamiento para atribuírselo a una que no podía constitucionalmente realizarlo".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al pronunciarse sobre la demanda de casación, conceptúa que deben prosperar las causales segunda y primera, no así la cuarta, para que la Corte, "proceda a *absolver* o a eximir de toda responsabilidad al procesado Rómulo Ruiz Guzmán, tal como lo pide el señor abogado demandante en forma principal, o a otorgarle el perdón judicial".

Acomodando su respuesta al orden lógico, el señor representante del Ministerio Público empieza por referirse a la causal de nulidad del juicio, cuya invocación estima improcedente, de acuerdo con la doctrina sentada por esta Corporación en torno a los efectos del fallo de inexequibilidad de algunas de las disposiciones del Decreto 0012 de 1959, y en particular del artículo 1º, con el fin de demostrar que no hay lugar a la excepción de inconstitucionalidad, de que trata el artículo 215 de la Carta.

Para sustentar la tesis en este particular, transcribe lo pertinente de las sentencias de cinco de mayo y diez y seis de marzo de mil novecientos sesenta y dos, proferidas por la Sala de Casación Penal, ilustrativas del punto planteado por el demandante en el presente caso.

Tocante a las causales *segunda* y *primera*, el señor Procurador Delegado acoge los planteamientos del impugnador, aceptando que el *ad-quem* erró en la evaluación de la prueba, no atribuyéndole a la confesión su verdadero alcance, como tampoco a los testimonios que la sacan verdadera, motivo éste que es, precisamente, el previsto en el ordinal 2º del artículo 567 del C. de P. P.

Para sustentar su tesis sobre la viabilidad de las causales segunda y primera, el colaborador fiscal argumenta de este modo:

"Es cierto, es indiscutible el anterior aserto, porque la confesión que obra en autos merece crédito en virtud de la personalidad de quien la emite: un honesto ciudadano y cuidadoso padre de familia que era a la vez funcionario de conciencia y cumplimiento, un elemento prestante de la sociedad y de su medio, apreciado por todos sus conciudadanos, un elemento sin peligrosidad

social alguna, que de repente ve amenazado su hogar, vilipendiada y ultrajada su hija, atentado su honor y patrimonio moral, insultado él mismo al hacer los más justos y normales reclamos, produciéndose así en su ánimo un colapso emocional profundo, todo a virtud y mérito de un individuo extraño a su ambiente, llegado a éste recientemente sin dar muestras de ser un elemento útil y servicial, sino más bien un parásito social que por ser de tal condición, nada le importaba aquella sociedad (la del procesado), a la cual no había pertenecido ni probablemente pertenecería y que por lo mismo pensaba en abandonar muy pronto para viajar a la capital de la República. Todas estas circunstancias, obviamente hacen ver que la conducta de Ruiz Guzmán fue lógica secuela de todo lo que en su detrimento anímico había venido sucediendo y de lo que podría también seguir ocurriendo con respecto a las vejaciones sufridas por su familia y por él mismo. Si a ésto se agrega la conciencia razonable que tuvo o el juicio que hizo de que corría peligro su propia vida porque su contrincante estaba armado, es de reconocer que en su favor milita una causal justificante del proceder o conducta que se le imputa.

"Estas consideraciones de la Procuraduría, aunadas al relato hecho por la misma de los acontecimientos de sangre y de sus antecedentes, provocan el convencimiento fundado y demostrado de que la causal segunda de casación invocada en el presente caso, tiene un pleno fundamento, porque la sentencia de segunda instancia (a diferencia de la de primera, más humana más equitativa y justa) no supo *valorar en su verdadero contenido y efecto la prueba de la confesión indivisible del procesado*, prueba respaldada por las constancias del proceso. Ese menosprecio de dicha confesión condujo precisamente a proferir la condena que en casación es protestada.

"La defensa que hizo el acusado a sus derechos fue lógica y justa, como así lo alega el señor demandante en la primera de las proposiciones planteadas con relación a la causal segunda de casación".

"..... .....

"Finalmente, debe afirmarse aquí que si hay base, en entender de la Procuraduría, para que prospere la causal segunda de casación, con más veras existe en autos fundamento para que sea otorgado ese perdón judicial.

'Se considera, por tanto, que la causal primera de casación es procedente en la forma como ha sido invocada, pues no obstante que el perdón judicial y la exención de responsabilidad al tenor del artículo 382 del Código Penal constituyen beneficios debidos a la generosidad del legislador, la concesión del uno y el reconocimiento de la otra, no pueden quedar supeditados al capricho del juzgador, sino que éste está en el deber de perdonar o de eximir de toda responsabilidad al procesado, cuandoquiera que se reúnan en el proceso, como en el presente caso, los presupuestos respectivos que demanda el artículo en cita".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º Para desechar la causal cuarta de casación, aducida por el demandante en último término, pero cuyo estudio es preferente, de acuerdo con la técnica del recurso suficiente resulta remitirse la Sala a la doctrina consignada en los fallos a que alude el concepto del Ministerio Público, pues el planteamiento del impugnador acerca de la excepción de inconstitucionalidad no es jurídicamente admisible por las razones expuestas por la Corte en las aludidas sentencias.

2º En cuanto a los motivos de impugnación que aparecen apoyados en las causales segunda y primera, que tienen que ver con el error del sentenciador en la apreciación de los hechos y, consecuentemente con la indebida aplicación de la ley penal sustantiva, el recurso, por este aspecto, tampoco es viable. De una parte, el acusador sienta la tesis de que el homicidio ocurrió en las circunstancias previstas en el artículo 382 (inciso segundo) y, entonces, el cargo de haber violado la ley el sentenciador, lo hace consistir en el no otorgamiento al acusado del perdón judicial, o no eximirlo de responsabilidad, conforme lo preceptúa el inciso tercero de la misma disposición, lo cual repugna jurídicamente con la tesis sustentada a través de la causal segunda, tendiente a demostrar que el homicida cometió el hecho en circunstancias justificativas, de las enunciadas en los artículos 23 y 25 del C. P.

En el fondo, estudiadas las argumentaciones del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, la tesis del Ministerio Público, para llegar a la conclusión de que prospera el recurso, parece ser igual a la primeramente enunciada en la demanda, es decir, que el *ad-quem* debió eximir de responsabilidad al agente u otorgarle el perdón judicial, por estar satisfechas las exigencias del artículo 382 ya citado.

3º Sin parar mientes en la incompatibilidad jurídica de los planteamientos de la impugnación y teniendo por buenas y congruentes las peticiones contenidas en la demanda, fácilmente se ve que no cabe atribuir error al fallo del *ad-quem* al descartar en la conducta del procesado los motivos de justificación, es decir, la legítima defensa del honor o el error esencial de hecho, asimilable a una legítima defensa subjetiva, porque ni uno ni otro evento tienen asidero real en las pruebas allegadas al informativo. De esa manera no es factible, para los fines de la causal segunda, dar por cierto que el fallador menospreció elementos de convicción atinentes a la justificación del homicidio, pues, de la propia confesión del acusado no se infiere la legítima defensa, propia o putativa, sino una exonerable reacción por el motivo evidente de las relaciones amorosas de su hija con el occiso.

4º El Tribunal no desconoce para el caso juzgado, la situación especial prevista en el artículo 382 del C. P. y, al contrario, expresamente la consigna en la sentencia recurrida. Sólo que no estimó pertinente eximir de responsabilidad al agente u otorgarle el subrogado del perdón judicial. Por este aspecto la causal segunda de casación no tiene atinencia por cuanto la exención de responsabilidad o el perdón judicial son atribuciones conferidas por la ley a los juzgadores de instancia, quienes para ejercerlas obran dentro del prudente y sabio arbitrio contenido en el Código Penal, de acuerdo con los principios que lo inspiraron y el criterio que lo rige en materia de peligrosidad.

Cuando el inciso tercero del tantas veces nombrado Art. 382, preceptúa que al responsable "podrá otorgarse el perdón judicial y aún eximírsele de responsabilidad", de acuerdo con las circunstancias del hecho que "demuestren una menor peligrosidad", hay que entender que tanto para el perdón judicial, subrogado cenido a los presupuestos del artículo 91 del C. P., como para la exención de responsabilidad, los falladores deciden a su arbitrio, según el criterio que se formen sobre la personalidad del delincuente, poder del motivo determinante y, en general, de todos los factores que conduzcan a una convicción sobre la no peligrosidad del agente.

Si, conforme al criterio de los falladores, no hay lugar a la exculpación del procesado, o no hay lugar al perdón judicial, difícilmente, con ocasión del recurso extraordinario de casación, podría la Corte apuntar con certeza que hubo errada o indebida apreciación de los hechos, e invalidar un fallo con base en la causal segunda, pues en manera alguna a la resolución del ad-quem podría estimarla violatoria de la ley, dado que priva en el asunto el arbitrio del fuzgador.

5º Esas mismas consideraciones permiten estimar que el recurso tampoco puede tener éxito a través de la causal primera.

6º Al no prosperar el recurso, por las razones expuestas, la decisión de la Sala será la indicada en el artículo 560 del C. de P. P.

RESOLUCION

En consecuencia, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal- oída la opinión fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIOS. DELITOS CONEXOS

Competencia por la naturaleza del hecho. — Supuesta nulidad de tipo constitucional. — Aplicación de la ley procedimental a otros delitos no comprendidos en la misma sumaria y en el mismo juicio. — La nulidad constitucional y el inalienable derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, julio veintiocho de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS

Contra la sentencia de 15 de noviembre de 1963, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán —Sala Penal— interpuso recurso extraordinario de casación el señor Fiscal de dicho Tribunal, del cual procede la Corte a decidir, surtidos como están los trámites pertinentes.

El fallo recurrido confirma el de primera instancia, de 2 de marzo del mismo año, original del Juzgado Segundo Superior del referido Distrito.

ANTECEDENTES

1º Los hechos a que se contrae este proceso, dentro del cual se investigaron varios delitos conexos, aparecen historiados en el auto de calificación (folios 231 a 239 del Cuad. Nº 2), en estos términos:

"... ejercía las funciones de Inspector Judicial de Quilcacé el agente de policía Noé Mera Anaya, quien dictó un decreto que hizo leer por medio de bando en la plaza de ese lugar, considerando varios puntos de interés colectivo, entre ellos la persecución y destrucción de la hormiga arriera. Erfilio Caicedo, quien se hallaba escuchando el bando, hizo mofa de él, lo cual corearon otros amigos. Esto disgustó profundamente al Inspector y pretendiendo castigarlos fuertemente, dio de ello cuenta al señor alcalde de El Tambo, quien sancionó a todos los infractores con arresto y trabajo. Los hermanos Erfilio e Israel Caicedo sabedores de esa sanción que les abarcaba también a ellos, se presentaron donde Ramiro Ramírez, hijo de Fermín Ramírez, administrador de la hacienda de Limonal, de propiedad del señor Juan María Caicedo, donde los Caicedo trabajan. Ramírez intervino ante el alcalde de El Tambo y logró de éste que se les convirtiese la sanción a Israel y Erfilio en multa, dándoles el alcalde una constancia para que la presentasen ante el Inspector de Quilcacé.

"El miércoles 28 de mayo de 1952 regresaron los hermanos Caicedo a su finca de Quilcacé, y antes de llegar se encontraron con el Inspector Mera,

quien iba acompañado del agente de policía Silvio López. El Inspector los reprendió de palabra por los desacatos e hizo referencia a las sanciones impuestas por el alcalde, pero los Caicedo le presentaron el pasaporte o constancia dada por tal funcionario de que ya habían pagado la sanción. El Inspector guardó la constancia y ordenó a los Caicedo seguir hacia la residencia de éstos para practicarles una requisa. En tal requisa encontraron los agentes un poco de pólvora, y Mera quiso obligar a los Caicedo á que tenían que entregarle una escopeta, pero éstos sostuvieron que no tenían tal arma. El Inspector, ya enojado, procedió a quitarle la peinilla que llevaba Erfilio al cinto y con ella le dio de planazos a éste, ayudado por el agente Silvio López, quien también dio de culatazos al mismo Erfilio; éste, en su defensa, se entró al cuarto, pero los agentes lo siguieron y continuaron atacándolo. Israel quien presenciaba el injusto ataque a su hermano les llamó la atención a los agentes, pero el Inspector desenfundó su revólver y lo disparó contra Israel, pero no hizo impacto en su cuerpo; posiblemente el revólver de Mera no tenía más provisiones, de ahí que continuó dándole éste a Israel con la peinilla. Simultáneamente Silvio atacaba a Erfilio con el fusil. Cuando pretendió dispararlo se trabó la lucha por el fusil, hasta que Caicedo logró desarmar al agente López. Israel también logró dominar al Inspector y le ocasionó varias lesiones a machete en la cabeza. Silvio ya desarmado huyó precipitadamente hasta el Retén de Quilcacé con el objeto de armarse con el fusil de Mera.

"Momentos después, regresó López armado de fusil, pero antes de llegar a la casa de los Caicedo, observó un grupo de personas que rodeaban al Inspector herido. A poca distancia de ellos tendió el fusil y disparó, haciendo impacto en Gerardina Diago, por la espalda. Luego entró el mismo López y otros acomodaron a Mera en una mula y lo condujeron a Quilcacé, mas en el camino murió, siendo velado en esa población por numerosas personas.

"Los Caicedo con el temor de ser capturados y hasta ultimados, resolvieron huir y amanecieron en El Tambo, en casa de Ramiro Ramírez. Cuando el alcalde de El Tambo tuvo conocimiento de la muerte del Inspector de Quilcacé, dio parte al Comando de la Policía de esta ciudad, y de aquí se despachó un pelotón de nueve o diez agentes de policía convenientemente armados y municionados. Al llegar a El Tambo, éstos tuvieron noticias que dos sujetos de Quilcacé se encontraban allí y procedieron a capturarlos, en especial cuando se dieron cuenta que tales individuos portaban el fusil del Agente López y el revólver del Inspector Mera. Los sacaron de tal casa a empellones, obligándolos a seguir hasta Quilcacé.

"El día jueves 29 de marzo del mismo año (1952), en el punto de la Caponera o Los Llanos se encontraron los agentes de la comisión con el grupo de ciudadanos que conducían el cadáver del Inspector Mera hacia El Tambo; uno de los que comandaba la comisión preguntó en alta voz, después de hacer detener los conductores del cadáver y hacer bajar a éste, quién o quiénes eran los autores del homicidio de Mera y el secretario del Inspector muerto, de nombre Isaías Castillo, señaló a Israel y luego a Erfilio, sindicándolos como únicos responsables de ese hecho; ésto bastó para que los agentes de la comisión correlativamente atacaran a los Caicedo, primeramente a Israel, dándoles culata; y luego lo obligaron que huyera, como para aplicarle la pena de la mal llamada "ley de fuga", Caicedo trató de ocultarse en un zanjón enmontado, pero, todos los agentes de la comisión le hicieron, como bien lo anota la H. Corte Militar, "una verdadera cacería humana; pues, de ambos

lados del monte le hicieron más de treinta disparos de fusil y de revólver y luego procedieron contra Erfilio. Uno de los agentes le dio un tremendo culatazo en la nuca, que al decir de los testigos "casi lo desnuca", y luego también le ordenaron que huyera pero como éste no lo hiciese, otro de los agentes de la comisión le hizo un disparo de fusil que le trituró el brazo. Este viéndose mal herido, quiso llamar a uno de sus amigos, pero la policía lo impidió, pidió agua y también se la negaron.

"Luego Israel Fernández, quien comandaba la comisión, dispuso que el cadáver de Mera fuese conducido por los agentes Luis Carlos Lucumí, Reinaldo Bravo y el motorista Arsenio López, y por los mismos particulares que lo conducían, continuando los agentes de la comisión hacia Quilcacé. A pocos momentos de seguir con el cadáver de Mera, los mismos agentes hicieron una descarga de fusilería contra Erfilio Caicedo, dejando los cadáveres abandonados en el campo. Así continuaron la marcha.

"Al llegar a Quilcacé se dirigieron inmediatamente a la casa de los Caicedo, donde procedieron a saquearla, robándose efectos y aves de corral".

2º El juzgado del conocimiento, al calificar de fondo la sumaria, dispuso, entre otras cosas, el llamamiento a juicio, con intervención del jurado, de *Silvio López* y algunos sindicados más por el delito de homicidio en la persona de Gerardina Diago, providencia que confirmó el superior en este punto (folios 270 a 273 del Cuad. Nº 2).

3º Al jurado, en la vista pública de la causa, le fue propuesta la siguiente cuestión, relacionada con el cargo resultante al acusado López:

"El acusado *Silvio López*, es responsable, conforme al auto de proceder, de haberle ocasionado a *Gerardina Diago*, con el propósito de matar, una herida de arma de fuego (fusil), cuyo proyectil penetró por el lomo derecho y salió por el seno del mismo lado floriándolo; habiendo fallecido la víctima momentos después de haber sido lesionada por anemia aguda a causa de la hemorragia intratorácica y shock traumático que se le presentó; hecho que cometió el procesado el veintiocho de mayo de mil novecientos cincuenta y dos, en la región de Quilcacé, municipio de El Tambo (C), y dentro de la jurisdicción del Distrito Judicial de Popayán?

4º El veredicto fue afirmativo de la responsabilidad del acusado, "pero en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación" (folios 328, Cuad. Nº 2).

5º Conforme a la decisión del jurado la instancia hubo de proferir su fallo, en el que condenó a Silvio López y absolvió a los demás procesados residenciados en juicio. El Tribunal confirmó la resolución del inferior en la sentencia que ahora es materia del recurso de casación.

DEMANDA DE CASACION

El señor Fiscal del Tribunal formuló oportunamente la demanda para sustentar, conforme a derecho, el recurso interpuesto. Aduce, como motivo único, de impugnación, la causal 4ª, o sea, haberse pronunciado el fallo del *ad-quem* en un juicio viciado de nulidad, advirtiendo en su escrito que aunque

la deficiencia de que adolece el proceso "no está contemplada en el Art. 198 del C. de P. Penal, sí cabe entre las nulidades de tipo constitucional a que da margen el Art. 26 de la Carta".

El planteamiento del recurrente es como sigue:

"Ya vimos que los hechos que dieron margen a este expediente tuvieron su desarrollo en dos días distintos del mes de mayo de 1952 (28 y 29), en la población de Quilcacé, municipio de El Tambo en este Departamento. Pero por estimarlos íntimamente relacionados se han investigado y fallado en un mismo proceso.

"Porque el 28 de mayo pereció Noé Mera Anaya, representante de la autoridad a manos de los Caicedo, y el mismo día Silvio López dio muerte a Gerardina Diago, al disparar su fusil contra la casa de los nombrados Caicedo. Al día siguiente los hermanos Caicedo, Erfilio e Israel, fueron muertos por la comisión de la policía que desde Popayán salió para capturarlos.

"Como evidentemente entre los dos hechos media una relación de causalidad innegable, el Juez 2º Superior y el H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial los fallaron en una misma providencia como puede verse a folios 231, 269, 359, 398, 420 y 456.

"Lo cual significa que se trata de delitos conexos y que por lo mismo su fallo debía acomodarse a lo previsto en el Art. 54 del C. de P. Penal.

"Se estimó que se trataba de una conexión objetiva que se presenta cuando dos o más personas son sindicadas de varios delitos agotados por ellas en el mismo tiempo y lugar, o en tiempo y lugares distintos, siempre que se encuentre factores que los vinculen, o cuando las pruebas de uno no pueden influir en la calificación jurídica de los demás.

"Tal decisión fue acertada por cuanto en los delitos conexos se busca un mejor aprovechamiento de la prueba, precisar mejor la personalidad y responsabilidad del reo o reos y adaptar a ellas las sanciones.

"Por ello, precisamente, el Art. 33 del C. de P. Penal establece que al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto. (Sic).

"De donde se infiere que el número de reatos cometidos por una o varias personas, separada o conjuntamente, tiene influencia en la dosificación de la pena. Y ello es consecuencia obligada del criterio de defensa social que inspira nuestro Código Penal en donde se tiene en cuenta la peligrosidad del delincuente para aumentarle o disminuirle la sanción.

"Si ello es así, tenemos que en el caso a estudio se ha omitido investigar un aspecto importante de la conducta punible de Silvio López, a pesar de que fue oportuna y legalmente denunciada.

"En efecto, tanto en el auto de vocación a juicio de primera y segunda instancia (folios 231 y 269), como en las sentencias condenatorias del Juzgado

2º Superior y del H. Tribunal (folios 420 y 156), se imputó y sancionó al agente López por el solo delito de homicidio agotado en la persona de Gerardino Diago, sino también a Balbino Hurtado y Abigail de Caicedo, como puede verse a folios 31 del cuaderno Nº 1.

"En realidad, el 30 de mayo de 1952, se presentaron ante la Fiscalía del Juzgado 1º Superior de Popayán los señores Primitivo Solarte y Rafael Sandoval, debidamente identificados y vecinos de El Tambo, municipio en donde se cometieron los crímenes a que se refiere este proceso, y denunciaron no sólo la muerte de los hermanos Caicedo, sino también la de Hurtado y Abigail de Caicedo.

"Son sus palabras textuales:

"'... Los acompañantes del Inspector emprendieron la fuga y el Agente de la Policía se escondió detrás de unos matorrales. En esos momentos, transitaban en dirección a la casa de los acontecimientos, *Balbino Hurtado y Abigail de Caicedo*, quienes, al pasar cerca del escondite en donde se encontraba el policía, fueron muertos violentamente por éste, de dos tiros de fusil...'.

"Los denunciantes juramentaron su aserto (Fl. 32) ante el funcionario que les recibió el denuncio y el mismo Fiscal del Juzgado 1º Superior (Fls. 32 v.) ordenó entre otras cosas, practicar la diligencia de necropsia a los cadáveres de Balbino Hurtado, Abigail de Caicedo, Erfilio e Israel Caicedo y Noé Mera Anaya.

"Adelantada la investigación por un funcionario especial designado por la Gobernación del Departamento, se cumplió en gran parte el auto cabeza de proceso y el sumario pasó a la justicia ordinaria para su calificación en la forma que relatamos al principio.

"Pero ni el instructor que avocó inicialmente el conocimiento del negocio, ni el Juez Superior, ni el H. Tribunal Superior de Popayán atendieron el denuncio de Primitivo Solarte y Rafael Sandoval en cuanto incluyen a Balbino Hurtado y a Abigail de Caicedo, entre las víctimas de Silvio López, o 'Silvio el mono' como ellos lo identificaban en su memorial denuncio.

"Al proceder en esta forma se ha dejado un grave vacío en la investigación por cuanto nadie puede garantizar si Hurtado y la Caicedo perecieron a manos de Silvio López o si se trata de un cargo sin fundamento. Y como la afirmación de responsabilidad la hacen dos ciudadanos colombianos bajo la gravedad del juramento, hay que presumir que procedieron por encontrarse en posesión de informaciones veraces y concretas.

"De establecerse que Sandoval y Solarte denunciaron un hecho verdadero, la situación jurídica del agente Silvio López se modifica por lo menos en lo que respecta a la aplicación de la pena que debe imponérsele y que será superior a la que contempla la sentencia, materia de esta casación".

"..... .....

"Y en el caso que nos ocupa no puede discutirse que se ha violado el mandato constitucional invocado, por cuanto Silvio López recibió una sanción

sin la observancia de las normas propias del juicio, ya que se omitió investigar cargos graves y concretos en su contra como era obligación de los funcionarios del Estado que recibieron la denuncia correspondiente.

"Ello influyo de manera notoria en la aplicación de la pena por cuanto, de comprobarse, denuncia un mayor grado de peligrosidad en el acusado".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como no se dispone de concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, por no haber hecho uso éste de la facultad que le confiere el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954, la Sala entra de lleno en el examen de la acusación.

1ª El planteamiento central de la demanda del Ministerio Público, se contrae al solo juzgamiento del acusado Silvio López, no a la de los demás encausados, favorecidos con fallo absolutorio, de acuerdo con el veredicto del jurado. Entiende el recurrente que en este proceso dejaron de investigarse los homicidios recaídos en Balbino Hurtado y Abigail de Caicedo, no obstante existir conexidad entre estos hechos y los aquí sentenciados, motivo, en su opinión, determinante de la nulidad que invoca como causal de casación.

2ª Admitido el supuesto de que los homicidios a que alude el demandante debieron ser comprendidos en la misma sumaria y en el mismo juicio, en gracia de la conexidad y conforme al artículo 54 del C. de P. P., esta situación anómala no podría desatarse a través del recurso interpuesto, porque no sólo es improcedente, sino que contraría abiertamente la finalidad que la constante doctrina de la Corte ha asignado a la nulidad constitucional, con base en el artículo 26 de la Carta.

3ª De ser cierto que el acusado López cometió o en alguna forma participó en los otros delitos de que da cuenta el recurrente, la solución indicada conforme a la ley procedimental, es iniciar la correspondiente investigación criminal, pero no, como se pretende, invalidar un juicio que se rituó con todas las exigencias legales y dentro del cual se debatieron los cargos que fueron materia del auto de proceder.

4ª La nulidad constitucional la ha reconocido la Sala de Casación Penal en orden a mantener el imperio de las garantías de la persona humana frente al juicio criminal, particularmente el inalienable derecho de defensa, y todo desconocimiento de las formas propias del juicio, en cuanto incida en perjuicio del sujeto pasivo de la acción penal.

5ª En el caso a estudio no se está frente a esa hipótesis, pues lo que trata de obtenerse por el demandante es que vuelva a iniciarse el proceso para que dentro de él se defina de nuevo la situación jurídica del acusado, comprendiendo las imputaciones por otros cargos distintos a los ya juzgados. En ese sentido no obra la nulidad constitucional, ni puede prosperar, por ende, el recurso de casación.

6ª Procede, entonces, dar aplicación al artículo 569 del C. de P. P.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho referencia y ORDENA devolver el proceso al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase, publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO

Plena prueba de la infracción en el proceso penal. — Indicios. Presunción legal de responsabilidad consagrada en el Art. 221 del C. de P. P. — Causal 2ª. — Configuración del delito de robo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, treinta de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres).

VISTOS.

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el procesado *Luis Alfonso Martínez Bolívar*, contra la sentencia del 17 de octubre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín lo condenó, como responsable del delito de robo en cuantía de $ 230.580.71, a la pena de *"diez años y ocho meses de presidio"*, aplicándole, a su vez, las accesorias del caso.

HECHOS Y ACTUACION

La madrugada del 1º de junio del año pasado se presentaron, en un automóvil robado, cinco sujetos a la "Bomba" que funciona en Medellín bajo la denominación de "Car-Colombia", solicitaron al celador, de nombre Camilo Enrique Salazar Ramírez, que los proveyese de gasolina y en seguida, satisfecha esa exigencia, que les abriera, "la tapa del motor' cometido que éste se dispuso a ejecutar, momento en el que aquéllos sacaron revólveres, armas con las que, amenazándolo, lo obligaron a subir al vehículo, donde lo maniataron y amordazaron, a efecto de apoderarse de un camión de Roberto Gómez Pineda, con carga de 129 bultos de café, dejado allí, el día anterior, listo para viajar, y llevarse un radio, camión que, luego de haber ocultado 100 de aquellos bultos en un local de la carrera "Gómez-Angel", arrendado pocos días antes a Martínez Bolívar, y de haberlo despojado de su herramienta y de un elevador hidráulico, abandonaron, con el resto del café, en el sector de "Machado", sobre la carretera del Norte. El automóvil con el celador, lo dejaron en el sector de "Media Luna", sobre la carretera de Oriente.

De estos hechos conoció el Juzgado 3º Superior de Medellín, el que, entendiéndolos como constitutivos del delito de robo, mediante sentencia del 9 de septiembre del año pasado, condenó al procesado Martínez Bolívar, en el carácter de *"coautor"* de ellos, a la pena de *"diez años y ocho meses de presidio"*, lo mismo que a las accesorias del caso, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 17 de octubre, conforme, en síntesis, con los siguientes elementos de convicción.

a) Haberse encontrado en poder de Martínez Bolívar la mayor parte del café robado, y contar con una condena anterior por el delito de abuso de confianza, situación que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 221 del C. de P. Penal, configura "presunción legal" de responsabilidad con respecto al delito a que se contrae el proceso.

b) Haberse obstinado en negar, contra la evidencia del proceso, su condición de arrendatario del local donde se ocultaron los 100 bultos de café, circunstancia que, en el carácter de indiciaria, "lo compromete grandemente".

c) Ser la persona que, en la calidad indicada y en disposición de llaves, podía autorizar el ocultamiento del café dentro del local a su cuidado, lo que también lo compromete en forma indiciaria.

d) Carecer de "medios de fortuna" que expliquen la presencia del café "en su poder", hecho que constituye "otro indicio" de su responsabilidad.

e) Sus "malos antecedentes", comprobados a través de las constancias que aparecen en el informe del DAS, visible al folio 26 del cuaderno principal.

LA DEMANDA

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca, por conducto de su apoderado, la causal de casación prevista en el ordinal 2º del artículo 567 del C. de P. Penal, a cuyo amparo sostiene que en la sentencia acusada, por "errada interpretación o apreciación", de los hechos, se les atribuyó "un valor que no poseen", lo que influyó "en la determinación de la sanción", tesis que sustenta, en síntesis así:

1º El hallazgo del café en el local arrendado a Martínez Bolívar, como hecho en que descansa "la presunción del artículo 221 del C. de P. Penal" estuvo mal apreciado, ya que a pesar de que "es o puede ser un indicio", en torno a que "posiblemente" aquél "tuvo alguna vinculación" con el delito, ella, sin duda, "presenta diversas modalidades", las cuales hacen imposible "situarlo solamente en una, y por cierto la que más lo perjudica, olvidando la sabia norma del artículo 284 del C. de P. Penal".

2º La posesión de las llaves, aunque Martínez las hubiera facilitado, "con conocimiento de causa", para abrir el local y entrar el café, en manera alguna "constituye una participación" que permita colocarlo, sin incurrir en errónea "interpretación del hecho", dentro de la esfera de la "coautoría".

3º El hecho relativo a la carencia de medios de fortuna que permitiera a Martínez adquirir el café se apreció, a su vez, en forma errónea, puesto que "las transacciones comerciales no sólo se verifican al contado, sino también a crédito y tienen un valor entendido y 'sui-generis' cuando se trata de artículos de ilícita procedencia, en los que se aventura la seguridad del pago, en aras de obtener más fácilmente y sin peligro el provecho económico".

4º El camión y las herramientas, lo mismo que 29 bultos de café, "no se encontraron en poder" de Martínez y entonces resulta erróneo deducirle responsabilidad en consideración a la cuantía a que ascendió el delito, comprendido todo el café, el camión y las herramientas.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

I. El Código de Procedimiento Penal, luego de prevenir en su artículo 203 que no se podrá condenar sin que obren la prueba plena de la infracción y la de que "el procesado es responsable", y de señalar, en el 217, que un solo indicio "no hará jamás plena prueba, a no ser que sea necesario o presunción legal no desvirtuada", *la cual existe, según el 219, "cuando la ley manda que un hecho se tenga como plena prueba de otro", en el 221 prescribe que constituye* "presunción legal *de que una persona es responsable del delito de robo o hurto, el hecho de* encontrarse en su poder *la cosa robada o hurtada", ... "siempre que esa persona haya sido* anteriormente condenada *en sentencia irrevocable por* un delito contra la propiedad".

II. El café, materia del robo, a que se contraen los autos se encontró, en cantidad de 100 bultos, en poder de Martínez Bolívar, sujeto anteriormente condenado, *mediante* sentencia irrevocable, *precisamente en razón de* un delito contra la propiedad, *todo lo cual significa que está comprendido dentro de la presunción legal de responsabilidad consagrada en el predicho artículo 221 del C. de P. Penal.*

III. Esa presunción, de suyo suficiente como base probatoria de la sentencia acusada, la refuerzan los indicios que también se tuvieron en cuenta en el fallo y que se reseñaron atrás dos de ellos, los de los literales b) y e), dejados sin ningún comentario, no obstante su gravedad, especialmente la del primero, y los otros dos, los de los literales c) y d), sometidos a apreciaciones estrictamente personales, por completo al margen de cualquier criterio objetivo.

IV. El delito de robo es instantáneo y se consuma, de esa suerte, en el momento en que el agente, por medio de la violencia, se apodera de la cosa, circunstancia que hace indiferente, en orden a su configuración, que esa cosa se recupere o la abandone aquél con posterioridad. A este respecto el señor Procurador, acorde con estas ideas, dice:

"El delito de robo, por tener carácter de instantáneo, se consume con el violento apoderamiento hecho de la cosa o cosas, objeto de la infracción. Por lo mismo, es indiferente que esas cosas sean posteriormente recuperadas o abandonadas por el autor o autores del ilícito, tal como ocurrió en el presente caso. Siendo lo anterior verdad inconcusa, resulta entonces que lo dicho por el *ad-quem* acerca de la cuantía total del robo, como base para la singularización de la pena, no sólo es legal, sino también acorde con la doctrina y la jurisprudencia".

V. En suma, pues, no se incurrió en "errada interpretación o apreciación de los hechos", dentro de la sentencia acusada y entonces, como es obvio, la causal a cuyo amparo se impugna, no puede prosperar.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra el fallo especificado en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

REVISION

Los recursos de revisión y casación como medios de impugnación de la sentencia, de conformidad con la ley penal. — A la Corte le está vedado ampliar las causales de revisión taxativamente enumeradas en el Art. 571 del C. de P. P. — Necesidad de mantener la autoridad de la cosa juzgada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, agosto tres de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de revisión interpuesto en relación con el proceso penal, seguido contra *Argemiro Palencia Mendoza*, como infractor del precepto contenido en el ordinal 2º del artículo 7º del Decreto Nº 0014 de 1955.

Conocieron de este negocio, en primera instancia el Juzgado 240 de Instrucción Criminal de Bogotá, y, en segunda el Juzgado Superior de Policía de esta misma ciudad.

Al recurrente le fue impuesta relegación a colonia agrícola por un término de cuatro a diez años.

HECHOS Y ELEMENTOS DE JUICIO TOMADOS EN CUENTA EN LAS INSTANCIAS

Al respecto, cabe transcribir del fallo del Juzgado Superior de Policía, lo siguiente:

"El día veinticuatro de septiembre del año en curso, compareció al Despacho del Juzgado Permanente del Norte el señor Gustavo Emilio Mora, con el fin de denunciar al sujeto Argemiro Palencia Mendoza, por los siguientes hechos: Dice el denunciante que a eso de las once y media del día ya citado dejó parqueada una camioneta en la carrera 13-A, con la esquina de la calle 24, ... por espacio de unos cinco minutos en tanto iba a la Cooperativa del INA a llamar a sus padres; que cuando regresó al lugar donde había dejado el automotor, se dio cuenta que en este momento arrancaba la camioneta y que él corrió tras ella, con el fin de alcanzarla; que el vehículo bajó por la calle 25, para luego tomar la Avenida 'Caracas'; que al desembocar la camioneta a la Avenida 'Caracas' y debido al mucho tráfico por esta vía, el denunciante logró darle alcance y abriendo la puerta del lado izquierdo, delantera, el conductor,

que resultó ser Argemiro Palencia Mendoza, se le abalanzó y le dijo que el carro era de él, a tiempo que le mostró un manojo de llaves; que el denunciante le reprochó diciéndole que él tenía las llaves originales. Agrega el denunciante que en este momento hicieron su presencia dos detectives, quienes intervinieron en el caso revólver en mano... y los condujeron al DAS".

En cuanto a las pruebas, dice el juzgado:

"Si bien es cierto que como testigo ático del resto aparece únicamente el denunciante, no es menos cierto que los agentes secretos Nos. 1935 y 1920 atestiguan haber presenciado cuando el señor Gustavo Emilio Mora C. perseguía una camioneta, a la vez que daba voces de que se la habían robado; que quien conducía el vehículo trató de escapar, cosa que no logró por circunstancias ajenas a su voluntad, y por la oportuna intervención de los agentes. Afirman los detectives que el sindicado, ante ellos, confesó su ilícito, manifestando que estaba sin plata y sin trabajo y que pensaba llevar el automotor para la costa. Estos dos declarantes confirman en parte el dicho del denunciante..."

DEMANDA DE REVISION Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor personero del procesado, doctor Luis M. Pulido Granados, afirma que su mandante no contó, en las instancias, con una adecuada defensa; que se violó el artículo 172 del C. de P. P., pues la sentencia no fue notificada al señor Agente del Ministerio Público; como también se infringió el precepto contenido en el artículo 209 de la misma obra, pues a Palencia Mendoza se le negó una "vista del expediente".

Insiste en que "para juzgar a Argemiro Palencia Mendoza no se observaron las formas propias del juicio..." lo cual, anota, "considero bastantes para respaldar mi petición sobre la revisión de este proceso por parte (sic) de los HH. Magistrados de la Sala Penal de nuestra Suprema Corte de Justicia, como efectivamente la demando en defensa de la libertad de mi representado, en forma tan justa como oportuna. En derecho fundamento mi pedimento en lo dispuesto y ordenado por el artículo 26 de la Constitución Nacional; en los artículos 172, 198, 209, 571 y 572 y demás disposiciones concordantes del C. de P. P., y en el Decreto 0014 de 1955, Arts. 64 y 78".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, pide que se niegue la revisión del proceso adelantado contra Palencia Mendoza, con apoyo en que los vicios del procedimiento no dan lugar al recurso interpuesto.

Menciona el señor Agente del Ministerio Público, las distintas doctrinas de la Corte, sobre este particular, especialmente la contenida en el fallo de veintiuno de abril de mil novecientos sesenta y cuatro (proceso contra Enrique Sánchez López, por el delito de contrabando).

Como réplica al concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, el doctor Pulido Granados expresa lo que pasa a transcribirse:

"Es abundante la jurisprudencia que en respaldo de su pronunciamiento, para que por la H. Corte Suprema de Justicia se niegue la revisión solicitada, nos ha traído el señor Procurador Delegado en lo Penal; jurisprudencias, que aunque al parecer hubieran sido aplicadas para casos con alguna semejanza, al que ahora debatimos, no podrían ser ahora normas de obligatoria aplicabilidad

a este caso, que al fin y al cabo tiene características de su propia singularidad. Así, de mi parte podría contraponer, con toda modestia, mis propias razones para decir que si la revisión lo que tiende es a subsanar cuestiones de hecho y no de derecho, tal jurisprudencia sería aplicable a nuestro caso, por cuanto que es a omisiones, a hechos omitidos por los juzgadores de instancia a los que se refiere mi demanda; no permitir el acceso del procesado al expediente, cuando éste por tal medio buscaba procurarse medios de su defensa, es un hecho, y, tal hecho desquicia los derechos de la defensa, viola el mandato del artículo 209 del C. de P. P., e indica que la no observancia de "la plenitud de las formas propias de cada juicio" vulnera y desconoce lo establecido por el artículo 26 de la Constitución Nacional, y, es el anterior el hecho irregular subsanable mediante la revisión del proceso... Ciertamente que el recurso de revisión no es, ni puede entenderse, como una tercera instancia donde el juzgador —la Corte— pueda corregir el error del juez o Tribunal". No es con tal sentido como el suscrito lo ha entendido o buscado que se tramite, pero sí cree firmemente, en trance de procurar oportuna y recta administración de justicia, que la situación a elucidar por la H. Corte, en este caso concreto, considerados los hechos violatorios de la Constitución y la ley denunciados, requiere o exige, para corregir y subsanar los errores de los juzgadores de instancia..."

LA SALA CONSIDERA

El recurso de revisión tiende a desvirtuar la presunción de verdad de la cosa juzgada, a fin de salvar errores de hecho por los cuales haya sido condenada una persona inocente. Consiste, esencialmente, en un debate probatorio, apoyado en situaciones taxativamente previstas en la ley, debate en el cual se niegan las bases del juicio penal.

Mediante el recurso de casación, en cambio, se impugna la sentencia por violación directa o indirecta de la ley penal.

Es obvio, por tanto, que la revisión no puede fundarse en yerros de orden jurídico, o errores in-judicando, *y mucho menos en irregularidades del procedimiento que impliquen la nulidad del juicio, pues esta causa de impugnación está prevista como motivo de casación, de acuerdo con lo que señala el ordinal 4º del artículo 567 del C. de P. P.*

En sentencia de 2 de septiembre de 1957 (G. J., T. LXXXVI, dice la Corte:

"Siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso..." (el de revisión) ... "no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley.

"Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notorio que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión..."

Ampliar las causales de revisión, taxativamente indicadas en el precepto citado, es cuestión vedada a la Corte, pues ello compete exclusivamente al legislador.

Y no otra cosa resultaría si la Sala, de acuerdo con lo sostenido por el demandante, ordenara la revisión del proceso penal seguido a Palencia Mendoza, con fundamento en que se incurrió en nulidad por no haber sido observada la plenitud de las formas propias del juicio.

Debe tenerse presente que por el carácter extraordinario del recurso de revisión, los motivos en que se apoya son excepcionales.

En providencia de 13 de marzo de 1956 (G. J., T. LXXXII, Nos. 2165-2166) expresa la Sala que "con respecto al recurso de revisión debe observarse: a) Que las meras deficiencias que se anotan en los procesos no dan por sí lugar a que sean revisados, y, b) Que es inconducente referirse a los argumentos expuestos durante el juicio. Lo primero, porque a ello se opone la naturaleza del recurso, que implica la demostración de que existe alguno de los cinco motivos señalados en el artículo 571 —y no al simple señalamiento de irregularidades o defectos no comprendidos allí—; y lo segundo, porque al admitir como fundamento válido el que fue tema de examen en el período averiguatorio que precedió al fallo, equivaldría a una prolongación de las instancias".

Igualmente, en fallo de 10 de abril de 1954, dice la Sala que "el recurso extraordinario de revisión no tiene por objeto revisar sentencias, sino sencillamente ordenar la revisión de procesos que han concluido con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, cuando a ello conduzca la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, taxativamente previstas en la ley positiva" (G. J., T. LXXVII, Nº 2140).

Ha sido, pues, doctrina constante de la Sala la de que las causales de revisión están delimitadas por la ley, en virtud del carácter extraordinario de este recurso.

La necesidad de mantener la autoridad de la cosa juzgada, con las únicas excepciones previstas en el artículo 571 del C. de P. P., a fin de preservar el orden jurídico que la administración de justicia resguarda a través de sus fallos, explica que sentencias proferidas en procesos viciados de nulidad, en los cuales el yerro no podía corregirse mediante el recurso de casación, explica, se repite, que tales fallos deban cumplirse. Se trata, en este caso, es cierto, del quebrantamiento de las garantías constitucionales que deben regir el juzgamiento, mas no de que una persona inocente esté purgando una pena, de consiguiente, injusta. Por ello en esta última hipótesis y solamente en este supuesto, debe ceder la autoridad de la cosa juzgada para dar paso, mediante la revisión del proceso, a la reparación de esa injusticia. De ahí que las causales previstas en el varias veces mencionado artículo 571 del C. de P. P. se refieran a esta última situación, de manera exclusiva.

Lo dicho es suficiente para concluir que el motivo señalado por el demandante no permite ordenar la revisión del proceso de que se ha hecho referencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, NIEGA LA REVISION del proceso seguido contra el señor *Argemiro Palencia Mendoza*, por el estado de especial peligrosidad, previsto en el numeral 2º del artículo 7º del Decreto Nº 0014 de 1955.

Dése cumplimiento al tercer inciso del Art. 574 del C. de P. P.

Cópiese y notifíquese.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo

Ptoquinto León L., Secretario.

LA CORTE MANTIENE SU PROVIDENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1964 SOBRE RECUSACION DE UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR Y EN RELACION A LA LIBERTAD PROVISIONAL SOLICITADA POR PENA CUMPLIDA

Finalidad de las causales de recusación e impedimento. — No están impedidos, ni son recusables en el incidente, los funcionarios a quienes corresponde su conocimiento. — Ámbito jurisdiccional de la Corte en incidentes de recusación. — Libertad del procesado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, cuatro de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS

En su calidad de apoderado del señor Jerala Kronfly, el doctor Julio Romero Soto solicita "reposición del auto de fecha 12 de junio de 1964, en relación al Punto 2º de la parte resolutiva de la mencionada providencia, a fin de que se revoque dicho punto y se provea sobre la solicitud de libertad provisional" de su representado.

En el referido punto segundo, resolvió esta Sala de la Corte que "No hay lugar a proveer sobre la solicitud de libertad provisional del procesado Jerala Kronfly, formulada por su defensor, doctor Julio Romero Soto", resolución que se fundó en las siguientes razones:

"a) El proceso de la referencia ha subido a la Corte, exclusivamente, para dirimir un incidente de recusación, asunto que, por mandato expreso de la ley, se decide de *plano*, lo que indica que la Sala carece de jurisdicción para un pronunciamiento en el particular.

"b) La libertad provisional por pena cumplida, autorizada por el artículo 411, sólo compete a la Corte decretarla cuando conoce del recurso extraordinario de casación o cuando actúa como tribunal de instancia en forma ordinaria, y en el primer evento esa facultad la ejerce ateniéndose a una sanción concretamente individualizada en el fallo recurrido.

"c) En el negocio a estudio, una resolución como la demandada sería ilegítima, pues tratándose de un sumario (estado en que se encuentra el proceso), la estimación hipotética de la pena imponible es asunto privativo de las instancias. Toda intromisión de la Corte en este sentido entrañaría una cali-

ficación de los hechos materia del cargo, que le restaría autonomía al Tribunal en su cometido de revisar el auto de enjuiciamiento".

Los siguientes pasos del memorial de reposición recogen y compendian los argumentos ofrecidos por el distinguido recurrente para discrepar del criterio de la Sala sobre el tema que aquí se controvierte:

"Entendida la jurisdicción como la facultad que tiene el Estado por medio de sus órganos para administrar justicia de acuerdo con la Constitución y las leyes, y autorizando el Art. 395 del C. de P. P., el que la excarcelación puede pedirse en cualquier estado del proceso, con tal de que esa solicitud se eleve después de la primera indagatoria, no se ve la razón por la cual el momento procesal de dirimir un incidente de recusación por cualquiera entidad o funcionario, sea un estado o pueda considerarse una situación fuera del proceso, pues aquí 'estado' y 'situación' deben entenderse como palabras sinónimas, tanto más si el Diccionario de la Real Academia Española define así la palabra *Estado*'. Situación en que está una persona o cosa y en especial cada uno de los sucesivos modos de ser de una persona o cosa sujeta a cambios que influyen en su condición".

"..... .....

"El derecho a hacerse uso del Art. 411 del C. de P. P., surge del hecho de naturaleza cronológico, de haberse sufrido por el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad y que este fenómeno de orden puramente cronológico tenga ocurrencia antes de calificarse el sumario o de fallarse la causa, independientemente por su naturaleza misma o sea el correr inexorable del tiempo, de a que funcionario o entidad le esté correspondiendo en ese momento conocer del proceso, ya que sobre tal distinción y para efectos de jurisdicción y competencia sobre quien debe apreciar tal hecho y resolver la solicitud al respecto, el citado Art. 411 del C. de P. P., no especifica a qué entidad o funcionario con exclusión de los demás compete resolver sobre el particular, lo cual lleva a concluir que al cumplirse el fenómeno cronológico a que la disposición se refiere surge ipso-facto el derecho a solicitar la excarcelación, consideración que toma mayor fundamento si se compagina ella con lo dispuesto por el Art. 395 del C. de P. P. anteriormente comentado".

"..... .....

"El que se diga en el Art. 411 del C. de P. P., que si antes de calificarse el sumario o de fallarse la causa hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad, será puesto en libertad mediante caución, quiere ello decir que puede no haberse hecho la estimación de la pena imponible en las instancias, bien porque no se ha calificado el sumario, o bien porque no se haya aún fallado la causa, decisión propia de la primera o de la segunda instancia, como así lo quiere la H. Corte, pero ello no obsta para que a favor del procesado surja el derecho de solicitar su libertad, derecho que surje, se repite del transcurrir mismo del tiempo, se haya o no determinado la pena imponible, bien porque se calificó el sumario, o bien porque se falló la causa, fenómeno que puede tener ocurrencia en cualquier estado del proceso, en cualquier situación de éste, sin que bien por el Art. 395 o en el Art. 411 del C. de P. P., se excluya situación o estado

alguno del proceso, lo que lleva a concluir que aquel funcionario o entidad que estuviere conociendo, así fuere incidentalmente del proceso, en el momento en que se opera el fenómeno, digámoslo así, cronológico contemplado en el Art. 411 del C. de P. P., tiene jurisdicción para decidir sobre el reconocimiento de la existencia de tal hecho y ordenar en consecuencia la libertad provisional del procesado".

Se agrega que ni siquiera en "casos especialísimos", como son los previstos en el Art. 70 del C. de P. P., puede el juez o funcionario negarse, "por presunta falta de competencia", a resolver sobre la libertad del sindicado.

SE CONSIDERA

Las causales de recusación e impedimento, persiguen la finalidad esencial de asegurar, en cada caso concreto, la imparcialidad del juez o magistrado. Por ello, cualquiera otra cuestión es ajena al debate en un incidente de esa naturaleza, asunto que, por mandato expreso de la ley, se resuelve por el superior de plano, *vale decir, sin trámite alguno.*

El fallo que dirime el incidente para nada toca con la relación jurídica que se debate en el proceso, ya que sólo se trata de establecer si el funcionario del conocimiento está impedido o no para actuar. Por tal razón expresa el artículo 443 del C. de P. C., aplicable aquí en virtud del artículo 7º del C. de P. P., que "No están impedidos, ni son recusables en el incidente, los funcionarios a quienes corresponda su conocimiento".

El ámbito jurisdiccional de la Corte —como se dijo en la providencia recurrida - se limita en el presente caso, de manera exclusiva, a dirimir un incidente de recusación, facultad que ya ejerció, sin que le sea dado resolver sobre extremos distintos.

El artículo 395 del C. de P. P., no es atributivo de competencia, como parece entenderlo el recurrente. Cuando dicha disposición expresa que la excarcelación puede pedirse en cualquier estado del proceso, simplemente se está refiriendo a un criterio de oportunidad, pero ello, como es obvio e intuitivo, presupone la competencia en quien haya de resolver la solicitud respectiva.

Finalmente cabe observar que el artículo 70 del C. de P. P. se refiere a hipótesis en absoluto diferentes al caso aquí estudiado, y que, por tanto, el argumento colateral que en dicho precepto se funda en manera alguna desvirtúa las razones expuestas.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema - Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA el recurso de reposición a que expresamente se refiere la parte motiva de esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ESTAFA

Impugnación de la sentencia con base en las causales 2ª, 1ª y 4ª del Art. 567 del C. de P. P. — Supuesto desconocimiento del valor probatorio, a favor del acusado, allegado al proceso. — Registro de títulos. — Su alcance. — La promesa de venta y la venta misma, son actos que generan relaciones jurídicas diversas. — Demanda de protección a la autoridad en casos de estafa. La acción penal es preferente a la civil. — Estafa simple y concurso material de infracciones. — Aplicación de sanciones al delincuente de conformidad con el precepto del Art. 36 del C. P. Facultades que al respecto concede la ley al juzgador. Procesos rituados de acuerdo con el Decreto 0014 de 1955.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto cinco de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS

Por sentencia de 7 de octubre de 1963, el Tribunal Superior de Bogotá condenó a Carlos Julio Mayorga Quinche, a cinco (5) años de prisión y sanciones accesorias correspondientes, como responsable del delito de estafa. El Juzgado 7º Superior del mismo Distrito había condenado a Mayorga, el 14 de noviembre de 1962, a cuatro años de prisión.

HECHOS

Carlos Eduardo Mayorga Nieto, por escritura Nº 979 de 20 de mayo de 1936 de la Notaría 1ª de Bogotá, compró a María Mayorga, un inmueble situado en el barrio de San Cristóbal, en esta misma ciudad, en la suma de novecientos pesos ($ 900.00).

Por escritura Nº 1093 de 2 de junio de 1936 de la misma Notaría, Mayorga Nieto vendió, con pacto de retroventa, a Inocencio Rodríguez, el mismo lote que había comprado a María Mayorga. El plazo de la retroventa fue ampliado luego, por escritura Nº 1745 de 11 de junio de 1938 de la Notaría 1ª de esta ciudad.

Posteriormente, Inocencio Rodríguez, por escritura Nº 6418 de 15 de diciembre de 1944 de la Notaría 4ª de Bogotá, vendió el terreno en cuestión a Francisco Barrera Espinel; y éste, a su vez, por escritura Nº 297 de 9 de febrero de 1948 de la Notaría Primera de Bogotá, lo traspasó a Gregorio Puentes Barrera, en seis mil pesos ($ 6.000.00).

Tiempo después, Carlos Eduardo Mayorga Nieto o Díaz Nieto, por escritura Nº 1022 de 18 de julio de 1960, de la Notaría del Circuito de Fusagasugá, confirió a su hijo Carlos Julio Mayorga Quinche, un poder general, en el cual lo autoriza, entre otras cosas, para que "venda, arriende, administre, permute, enajene, grave o en cualquier forma disponga del lote de terreno de extensión de cinco mil quinientas treinta y una varas cuadradas, ubicado en Bogotá, Distrito Especial, de propiedad del poderdante" y cuyos linderos aparecen descritos en la escritura Nº 979 de 20 de mayo de 1936 de la Notaría 1ª de Bogotá. Esta escritura no fue registrada.

Así, Mayorga Nieto o Díaz Nieto daba poder para enajenar el inmueble que años atrás había vendido a Inocencio Rodríguez, y que éste había transmitido a Barrera Espinel.

Con este poder en sus manos, Mayorga Quinche dividió el inmueble que, en otra época, había pertenecido a su padre, y prometió en venta a distintas personas algunos lotes. Es de anotar que, en los contratos de promesa de venta celebrados por Mayorga Quinche, se expresa que el título de adquisición del cuestionado inmueble es la escritura Nº 1022 de 18 de julio de 1960 en la Notaría del Circuito de Fusagasugá, "que transfiere la posesión legal de cuarenta y tres (43) años a los prometientes compradores en el lote ya alinderado que éstos declaran recibido a su entera satisfacción", o bien, se indica que la escritura se hará "rigiéndose por el poder escriturario Nº 1022 de 18 de julio de 1960 de la Notaría del Circuito de Fusagasugá".

En la forma anterior, Carlos Julio Mayorga Quinche, sabiendo exactamente que su padre y poderdante, Carlos Eduardo Mayorga Nieto o Díaz Nieto, no era dueño del inmueble de que se trata, procedió a prometer en venta pequeños lotes tomados del globo de terreno que pertenecía ya a Fuentes Barrera, haciéndose en esta forma a un provecho ilícito, pues los prometientes compradores le entregaron varias sumas de dinero.

Gregorio Fuentes Barrera adelantó acción posesoria para recuperar la tenencia del inmueble que venía siendo ocupado con pequeñas construcciones, pero no tuvo éxito en ello. Denunció luego la actividad de Carlos Mayorga Quinche, como lesiva de sus intereses.

Adelantada la investigación correspondiente por el señor Juez 18 de Instrucción Criminal, a ella se presentaron a denunciar también la estafa de que se les había hecho víctimas varios de los prometientes compradores.

Por auto de 10 de enero de 1962, el señor Juez 18 de Instrucción Criminal ordenó la detención preventiva de Carlos Eduardo Mayorga Nieto o Díaz Mayorga o Mayorga Díaz y de Carlos Julio Mayorga Quinche y ordenó abrir el proceso a prueba por el término de treinta (30) días, de acuerdo con el procedimiento del Decreto Nº 0014 de 1955.

El Juzgado Séptimo Superior de Bogotá, a quien correspondió este negocio en repartimiento, dictó sentencia condenatoria contra Carlos Julio Mayorga Quinche, por el delito de estafa, lo absolvió por los cargos de "abuso de confianza y otras defraudaciones", y absolvió también a Mayorga Díaz o Nieto por los cargos que le resultaron de la investigación.

Al desatar el recurso de apelación interpuesto contra el fallo anterior, el Tribunal Superior de Bogotá confirmó la condenación y las absoluciones que se acaban de mencionar, con la reforma dicha al principio de esta providencia.

DEMANDA DE CASACION

En escrito que se ajusta a las prescripciones legales, presentó el apoderado de Mayorga Quinche, demanda de casación contra la sentencia de 7 de octubre de 1963, obra del Tribunal Superior de Bogotá, con base en las causales 2ª, 1ª y 4ª de las señaladas en el artículo 567 del C. de P. P.

RESPUESTA DE LA PROCURADURIA

Estima el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal que no han sido demostradas las causales de casación invocadas por el recurrente y solicita, en consecuencia, que "se deseche el recurso interpuesto contra la sentencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 569 del C. de P. P." Ya se indicarán algunas de las argumentaciones del distinguido funcionario.

CARGOS CONTRA LA SENTENCIA Y RESPUESTAS DE LA CORTE

Primera causal invocada

Dice el artículo 567 del C. de P. P.:

"Hay lugar a casación:

"... 2º Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen, o no se los haya tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o cuando resulte manifiesta contradicción entre ellos; siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción".

Con base en esta causal de casación, el apoderado del recurrente hace ocho (8) cargos contra la sentencia acusada, como se verá en seguida:

Primer cargo

Así se expone:

"En la sentencia recurrida se le negó el valor probatorio que sí tiene la escritura Nº 1022 de 18 de julio de 1960, Notaría de Fusagasugá, por medio de la cual el señor Carlos Eduardo Mayorga confiere amplia autorización al señor Carlos Julio Mayorga Quinche para que venda, arriende, administre la finca que motivó la acción penal que tuvo como desenlace la sentencia recurrida".

Termina el cargo con el siguiente resumen:

"Impugno la sentencia del honorable Tribunal Superior de Bogotá, que condenó a Carlos Julio Mayorga Quinche, porque desconoció una clarísima situación procesal a favor del acusado, debidamente demostrada en los autos,

y se le atribuyó un valor probatorio que no tiene la disculpa suministrada a la justicia por el señor Carlos Eduardo Mayorga Nieto. Se le negó el valor probatorio que tiene la escritura Nº 1022 de 18 de julio de 1960 otorgada por el señor Carlos Eduardo Mayorga Nieto a favor de su hijo, el señor Carlos Julio Mayorga Quinche, con el lleno de las formalidades legales".

Respuesta

Es cierto que, por escritura Nº 1022 de 18 de julio de 1960 de la Notaría de Fusagasugá, Carlos Eduardo Mayorga Nieto confirió poder general a su hijo Carlos Julio Mayorga Quinche, entre otras cosas, para que "venda, arriende, administre, permute, enajene, grave o en cualquier otra forma disponga" del inmueble que había adquirido por escritura Nº 979 de 20 de mayo de 1936 de la Notaría Primera de Bogotá, y que él, poco después había vendido a Inocencio Rodríguez.

Pero "la mencionada escritura 1022 de la Notaría de Fusagasugá —como afirma el demandante— no reúne los requisitos de instrumento público, por falta de la formalidad del registro, pero ello no es óbice para que se tenga como instrumento privado, por estar debidamente firmado por las partes..."

Los títulos sujetos al registro —desde luego, la escritura Nº 1022 citada— *sólo surten efecto respecto de terceros, a partir de la fecha de su inscripción o registro, y por consiguiente, mientras no se cumpla en ellos esta formalidad, no hacen fe "en juicio, ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público...", de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 2673 y 2674 del Código Civil, aplicables al caso, no por la analogía referida en el artículo 7º del C. de P. P., sino porque las cuestiones de carácter civil se rigen por el Código del ramo.*

Podía, en consecuencia, servir ese poder, a Carlos Julio Mayorga Quinche, "para desarrollar las actividades que en él están otorgadas de manera válida? Ciertamente no".

Tal título sólo hacía fe entre las partes que lo suscribieron, y no facultaba, por tanto, al apoderado para realizar, en relación al inmueble descrito, las operaciones que en el mismo se indicaban.

Mayorga Quinche se encontraba ante un documento privado. Si el poder general debe otorgarse por escritura pública y si ésta requiere del registro, el que se dé por otros medios carece de validez jurídica. De ahí que el señor Notario del Circuito de Fusagasugá hubiera advertido a los otorgantes de la escritura Nº 1022 de la obligación de llevarla ante la Oficina de Registro competente. Al no cumplirse esta previsión por el interesado que lo era, indudablemente, Mayorga Quinche, el poder quedaba sin valor. Aquel instrumento servía sí al procesado para asegurar a sus clientes que estaba en capacidad de celebrar contratos sobre el inmueble de que se trata, ésto es, para envolverlos en operaciones que, en realidad, no podía ejecutar, por carecer de la potestad legal necesaria.

Por este aspecto, es correcta la apreciación del Tribunal, y el cargo carece de eficacia.

Ello es más claro todavía si se considera que el poderdante, Mayorga Díaz o Mayorga Nieto, al ser interrogado sobre la verdad del aludido documento, se pronunció contra él, al afirmar rotundamente:

"Como ya dije, doctor, a mí se me engañó al cogerme esa firma, porque a mí se me leyó un poder para cancelar una deuda que yo le debía a Inocencio Rodríguez, pero no poder para vender el lote". "Yo lo que juro es que la escritura que aparece allí como poder que no le dí, yo no la ví, está firmada, pero fue porque a mí me hicieron firmar ahí un poder, pero el resto del contenido no lo leí porque el poder era para que Carlos Julio pagara la deuda a Inocencio Rodríguez..."

Sabía Carlos Julio Mayorga Quinche que su padre no era, cuando otorgó la escritura Nº 1022, dueño del inmueble que había comprado a María Mayorga y que había vendido luego a Inocencio Rodríguez?

El poderdante lo asegura, sin vacilación:

"... Eso lo sabía Carlos Julio desde cuando se hizo el negocio con Inocencio Rodríguez porque ya Carlos Julio era muchacho grande en 1936 y toda la vida me habían o me oyeron decir a mí en casa que ese lote ya lo habíamos perdido, y eso lo supieron desde esa época que lo vendí, mis hijos todos y mi señora..."

Si se atiende a esta declaración, cuya sinceridad fue apreciada por el Tribunal sentenciador, y si se considera luego el uso que Mayorga Quinche hizo de un documento, cuya ineficacia conocía, puede pensarse que este individuo, al obtener el poder de su anciano padre, lo hizo, desde luego, con ánimo de prevenida injusticia.

De ahí que la Corporación hubiera aceptado la tacha que se hacía al documento otorgado ante un Notario, pero en el cual no se cumplieron los requisitos esenciales para su validez ante terceros.

Pero supóngase, como se quiere en la demanda de casación, que tanto el padre como el hijo, al suscribir el poder, obraron movidos por el deseo de aprovecharse de lo que no era suyo. Esto no libertaría, en forma alguna, de la imputación delictiva a Carlos Julio Mayorga Quinche. Ni podría la Corte entrar a estudiar la situación de Carlos Eduardo Mayorga Díaz o Nieto, pues este proceso no ha venido para tal fin.

El cargo, como se ve, carece de demostración.

Segundo cargo

Es así:

"El honorable Tribunal sentenciador en el fallo recurrido desconoció el valor que tienen las explicaciones dadas por el acusado Mayorga Quinche en la pieza procesal de su indagatoria.

"Demostración. El acusado Carlos Julio Mayorga Quinche rindió indagatoria ante el señor Juez 18 de Instrucción Criminal con motivo de los cargos

que le habían sido formulados por el señor Gregorio Puentes Barrera (Fl. 198 y ss.). En dicha diligencia dio amplias explicaciones sobre su conducta, especialmente la licitud del poder otorgado ante el señor Notario de Fusagasugá, por medio de la escritura pública Nº 1022 de 18 de julio de 1960. Negó que hubiera engañado a su padre y alegó que a su favor tenía el derecho consagrado por la Ley 120 de 1928, es decir, los presupuestos determinados por dicha ley para que una persona que ha poseído por más de veinte años un inmueble en forma pacífica pueda solicitar a su favor la declaración judicial de pertenencia. En efecto, en el diligenciamiento que cursó ante el señor Inspector del Barrio Veinte de Julio se allegaron las declaraciones de Víctor Manuel Martínez y Dioselina Sánchez de Martínez, que demuestran que Carlos Julio Mayorga Quinche tiene sobre el lote materia del litigio una posesión ininterrumpida de más de veinte años, habiendo ejecutado todos los actos inherentes al dueño de dicho lote, la que ha ejecutado en forma pacífica; ha construído dos ranchos sobre el lote ya mencionado.

"... El honorable Tribunal sentenciador le negó el valor probatorio que tienen los testimonios de Víctor Manuel Martínez y de la señora Dioselina Sánchez de Martínez, con los cuales el acusado demostró el derecho que tiene sobre el inmueble que motivó el proceso, derecho que el C. C. consagra y también la Ley 120 de 1928.

"El H. Tribunal sentenciador no tomó en cuenta este hecho, a pesar de estar debidamente acreditado dentro del proceso, con las declaraciones a que anteriormente se hizo referencia, siendo un error manifiesto en que incurrió el H. Tribunal sentenciador por cuanto que para nada los menciona en la sentencia acusada, a pesar de que tales testificaciones constituyen una circunstancia eximente de responsabilidad de mi defendido".

Respuesta

En diligencias que se adelantaron ante el señor Inspector del Barrio 20 de Julio, a solicitud de Gregorio Puentes Barrera, dueño del inmueble que pretendió vender Mayorga Quinche, presentó éste las declaraciones de Víctor Manuel Martínez y Dioselina Sánchez de Martínez, para demostrar su posesión en aquel bien.

Manifiesta Víctor Manuel Martínez que Mayorga Quinche, ha ejercido posesión sobre el inmueble de que se trata, por un período de más de veinte años, pues ha ejecutado "dentro del globo de terreno a que me he referido, actos de dominio, consistentes en mejoras, también la construcción de dos ranchos".

Y Dioselina afirma que Mayorga Quinche ha poseído desde el año de 1932. En cuanto a mejoras, habla de dos casetas construídas "hace dos años", ésto es, con posterioridad al otorgamiento del poder.

Como se ve, las declaraciones no son precisas en cuanto a los actos de señor o dueño ejecutados por el procesado, en el inmueble descrito. Y las casetas fueron construídas últimamente, al otorgarse el poder. Fuera de que la posesión que le asigna Dioselina a Mayorga cubre un lapso superior al de adquisición de la finca por parte de Carlos Eduardo Mayorga Díaz.

No debe perderse de vista que si el Tribunal conoció estas declaraciones, también tuvo a la mano las de José Antonio Téllez, Eva Casallas, Luis Alejan-

dro Ruiz, Rodolfo Herrera y José Resurrección Quintero, las que dan cuenta de una situación bien distinta sobre la posesión del lote de que se trata.

La decisión de esta cuestión —prescripción adquisitiva del dominio por parte de Mayorga Quinche— no correspondía al funcionario penal que estudió este proceso, pues las cuestiones civiles se rigen, como se indicó antes, por las prescripciones del Código del ramo.

Algo más podría decirse: el apoderado, en repetidas ocasiones, ha sostenido que el inmueble, cuyas partes prometía en venta, era de propiedad de su padre. Si, pues, reconocía dominio a otro, su situación frente a la prescripción era precaria.

El cargo, en consecuencia, no prospera.

Tercer cargo

Lo presenta el demandante en esta forma:

"El denunciante Gregorio Puentes Barrera no fue la persona perjudicada por la posible infracción penal imputada al procesado Carlos Julio Mayorga Quinche, puesto que el título escriturario exhibido, lo acredita como propietario del inmueble y no ha sufrido ninguna alteración en el Registro, luego la admisibilidad de la demanda de constitución de parte civil, viola los artículos 24, 112 y siguientes del C. de P. P.

"Acuso la sentencia del H. Tribunal Superior que condenó a Carlos Julio Mayorga Quinche, en razón de que al denunciante se le permitió el ejercicio de un derecho que solamente le está permitido ejercitarlo a las personas perjudicadas por la infracción penal, o por sus herederos. El denunciante Puentes Barrera, no le entregó ningún dinero a Mayorga Quinche y el derecho que posee sobre el lote permanece inalterable. No habiendo sufrido perjuicio alguno con ocasión de la posible infracción imputada a Mayorga Quinche, carecía de derecho para constituirse en parte civil dentro del proceso penal y la actuación llevada a cabo por la parte civil quebranta las normas procesales en materia penal".

Respuesta

El demandante acepta que el verdadero dueño del inmueble, frente a los títulos escriturarios exhibidos y al certificado de registro sobre su vigencia, es el señor Gregorio Puentes Barrera. Mal podría destruirse esta situación jurídica por las promesas de venta celebradas por Mayorga Quinche, con notorio abuso de la ignorancia de gentes humildes, que creyeron en la eficacia del título que se les presentaba, por las apariencias de documento público que tenía.

Pero esos actos atentaban, desde luego, contra la propiedad del denunciante, Puentes Barrera, y le causaban perjuicio de carácter material o económico. A proteger el patrimonio de los individuos se encamina precisamente el Título XVI del Libro 2º del Código Penal.

"De otro lado —son palabras del señor Procurador— la cuestión del reconocimiento indebido de parte civil en el expediente, no es oportuno plantearla en la demanda de casación, siendo como no es la Corte en el presente caso

Tribunal de instancia y no debiéndose entender entonces, el recurso ante ella como una tercera oportunidad para debatir cuestiones totalmente ajenas al recurso".

Se desecha el cargo.

Cuarto cargo

Es como sigue:

"El H. Tribunal sentenciador apreció erróneamente los hechos y le asignó valor penal al hecho ejecutado por Carlos Julio Mayorga Quinche, consistente en haber firmado unas promesas de venta sobre unos lotes de terreno. Este hecho llevó necesariamente al H. Tribunal a aplicar indebidamente el Art. 203 del C. de P. P. y a desconocer el artículo 204 del mismo estatuto.

"... Acuso la sentencia del H. Tribunal Superior de Bogotá con fundamento en este otro cargo formulado contra el fallo recurrido, por considerar que el ad-quem incurrió en violación de los artículos 1610, 1611, 1871 del C. C. y el ordinal 2º de la Ley 57 de 1887, por las siguientes razones: 1ª Se quebrantó el Art. 1611 del C. C. en razón de que el H. Tribunal Superior de Bogotá, porque (sic) desconoció el valor probatorio contenido en las promesas suscritas por mi patrocinado, valor que tenía proyecciones procesales sobre la inocencia de Carlos Julio Mayorga Quinche. Tal valor fue desconocido en forma ostensible y manifiesta por parte del H. Tribunal, pues a tales promesas les fue desconocido el valor que les asigna el artículo 89 de la Ley 153 de 1887. 2ª Se desconoció el valor probatorio que en verdad tiene el hecho de que a los autos no fue allegada la prueba de que los perjudicados por la posible infracción penal demandaron el cumplimiento de las promesas ante la justicia civil y que allí obtuvieron un pronunciamiento favorable a sus pretensiones, porque dentro del espíritu de la más ortodoxa legalidad, ha debido recurrirse a la justicia civil a fin de obtener de ella la prueba de la infracción de la promesa suscrita por mi mandante. Se desconoció el valor que tiene la promesa de venta de cosa ajena, tal como lo dispone el Art. 1871 del C. C., lo que estando perfectamente demostrado en los autos, no se le tuvo en cuenta, con evidente desmejoramiento de las condiciones jurídicas del imputado. Por el desconocimiento que de ellos hizo el H. Tribunal sentenciador, se incurrió en indebida aplicación del Art. 203 del C. de P. P., que traza una valla jurídica a los falladores para no dictar sentencia condenatoria, sino cuando existe plena prueba de responsabilidad penal con el lleno de las formalidades legales".

Respuesta

El Tribunal Superior de Bogotá, al hablar del cuerpo del delito, en la sentencia acusada, dice:

"2º Luego de recibido tal poder, el procesado Mayorga Quinche inició la venta de los lotes en que dividió el lote, para entonces de propiedad de Gregorio Puentes Barrera. Se allegaron así al proceso diversas copias auténticas de la mayor parte de estos contratos, que figuran entre otros, a folios 173, 176, 229, 231, 235, 236, 278, 291 y 328".

A pesar de la oscuridad de la frase, no podría sostenerse que se confundió en ella la promesa de venta, con la venta misma, actos que, desde luego, generan relaciones jurídicas diversas.

La promesa de venta implica la obligación en el promitente vendedor de otorgar la escritura correspondiente, en el término señalado, y en el promitente comprador, la de pagar el precio dentro de los plazos y condiciones que se hayan otorgado. La venta, en cambio, de un inmueble, supone el otorgamiento del título y la entrega de la cosa por el vendedor, y el pago del precio por el comprador.

En las promesas de venta, cuyo texto se tiene a la vista, Mayorga Quinche habla en su propio nombre, y en forma por demás hablidosa, da distinto valor a la escritura Nº 1022 de 18 de julio de 1960, otorgada ante el Notario de Fusagasugá. Es así como anota, en ocasiones, que adquirió el inmueble que promete en venta, "por compra hecha a Carlos Eduardo Díaz Mayorga, según escritura Nº 1022 de fecha... de julio de 1960", y en otras, que "dicho lote hace parte de otro de mayor extensión, que el promitente vendedor tiene por la escritura pública Nº 1022 de fecha 18 de julio de 1960", o que "esta promesa se regirá por la escritura pública Nº 1022 de 18 de julio de 1960". Todo lo cual da una clara idea de la malicia con que procedía para engañar a los incautos que cayeron en su red.

Y cuando Julio Vicente Peña, uno de los promitentes compradores, por ejemplo, pregunta a Mayorga "que por qué había ido ese señor Puentes con esas escrituras a decir que eso era de él, él me dijo que no me creyera, que esas escrituras eran falsificadas, que él tenía una escritura de mil novecientos diez y ocho..."

No se ha desconocido, por tanto, a las promesas de venta celebradas por Mayorga Quinche su valor verdadero. Sólo que la investigación demostró que el promitente vendedor, con marcada malicia, estaba quitando a gentes pobres sus escasos recursos, so pretexto de asegurarles la venta de algo que sabía él no podía vender.

La acción penal vino a impedir el fraude cumplido al amparo de un título cuya ineficacia era bien conocida por el procesado.

Desamparada quedaría la sociedad, de otra parte, si en casos de estafa, como el relacionado aquí, los perjudicados u ofendidos no pudieran recurrir a la autoridad en demanda de protección. Fuera de que la acción penal es preferente a la civil, y ésta, si se adelanta, está sometida a lo dispuesto en el artículo 11 del C. de P. P. Obrar en otra forma sería poner las normas al servicio de los delincuentes.

Se rechaza este cargo.

Quinto cargo

Está concebido en estos términos:

"Este cargo contra la sentencia recurrida lo hago consistir en el hecho evidente de que el H. Tribunal sentenciador, por errónea apreciación de los

hechos acreditados dentro del proceso, les atribuyó un valor probatorio que no tienen, los elementos constitutivos del delito de estafa, previstos en el artículo 408 del C. Penal, y desconoció el valor que sí tienen todos los hechos que recibieron amplia y completa demostración en los autos, como constitutivos de la infracción contemplada en el artículo 409 del mismo Código".

Respuesta

Mayorga Quinche, por el momento, celebró promesas de venta de varios lotes, tomados del inmueble de propiedad de Fuentes Barrera. No se perfeccionó venta alguna, pues no se llegó a otorgar ninguna escritura.

Hubo, por consiguiente, varios pre-contratos para la celebración posterior de contratos de compraventa. Y si ello es así, el caso investigado no encaja dentro de las previsiones del artículo 409 del C. P., sino en el artículo 408 de la misma obra, pues la enajenación no se realizó.

Carece de valor este cargo.

Sexto cargo

El demandante lo presenta así:

"El H. Tribunal sentenciador con el fin de deducir a toda costa una responsabilidad penal, tomó en cuenta el testimonio único de Carlos Eduardo Mayorga Nieto, de que había sido engañado por su hijo, afirmando ante la justicia que éste le había llevado dos poderes escritos en el acto de la firma ante el señor Notario de Fusagasugá. El testimonio único en materia penal no puede servir de base para dictar sentencia condenatoria de un procesado.

"... Impugno la sentencia del H. Tribunal Superior, con base en este otro cargo formulado contra la sentencia recurrida, en razón de que en el fallo acusado se le atribuyó un valor que no tiene, al testimonio de disculpa del señor Carlos Eduardo Mayorga Nieto, que en lógica judicial es sospechoso, y que según Framarino, 'el testimonio único, más que como prueba es un enunciado de delincuencia' y que frente a las explicaciones vertidas por el señor Carlos Julio Mayorga en su indagatoria, pierden credibilidad siendo dos presunciones opuestas 'que se neutralizan'. Además, el acusado Mayorga Quinche está favorecido con la presunción de inocencia que realza la fe en su palabra".

Respuesta

Ya se indicó, al responder el primero de los cargos hechos contra la sentencia, cuáles fueron las razones que tuvo el Tribunal Superior de Bogotá, para darle valor probatorio a la declaración del padre del acusado y poderdante del mismo, señor Carlos Eduardo Mayorga Díaz o Nieto, y cómo, aún admitiendo que, al obrar, éste lo hubiera hecho con plena conciencia de la ilicitud de su acto, en nada modificaría la situación de Mayorga Quinche.

De otro lado, no se ha atenido el Tribunal a la sola declaración de Mayorga Díaz o Nieto, para llegar a la conclusión de que el apoderado, por medios aptos, engañó o indujo en error a las personas que con él celebraron promesas

de ventas de inmuebles: se hizo uso de la escritura Nº 1032 de 18 de julio de 1960 de la Notaría de Fusagasugá, a sabiendas de que ella no había sido registrada y que, por lo mismo, el poder que allí se otorgaba carecía de todo valor; se empleó el mismo documento para asegurar la adquisición del inmueble; se habló a los presuntos compradores de adquisición del dominio de tal bien, por prescripción, etc. Todo ello llevó a concluir que Mayorga Quinche actuaba con el ánimo de obtener para sí un provecho ilícito, merced a la inducción a engaño de gentes ignorantes.

Tampoco prospera el cargo.

Séptimo cargo

Es el siguiente:

"El H. Tribunal de Bogotá erróneamente consideró que en el caso de Carlos Julio Mayorga Quinche, se estaba ante un delito continuado de estafa, cuando en realidad y en el peor de los casos, aceptando en gracia de discusión que el acusado sea responsable, su responsabilidad penal se acomodaría a un delito de estafa simple, prevista en el artículo 409 del C. Penal. Tampoco hay concurso material de infracciones".

Respuesta

En dos pudiera dividirse este cargo, así: primero, que no se trata de una estafa común, de las contempladas en el artículo 408 del C. P., sino del tipo descrito por el legislador en el artículo 409 ibidem; y segundo, que no se ha presentado el fenómeno del concurso material de infracciones.

En cuanto a lo primero, es bueno recordar que no hubo enajenaciones exactamente, sino promesas de venta de inmuebles a varias personas, ésto es, el promitente vendedor echó sobre sí simples obligaciones personales. Por tanto, no se trata de enajenación de un inmueble, como propio, a sabiendas de que es ajeno.

En cuanto a lo segundo, la Corte acepta este razonamiento del Tribunal Superior de Bogotá:

"En cuanto al primer punto, es preciso tener en cuenta que, por lo que se refiere a los delitos conexos investigados, no se trata de un delito continuado, sino de una clara concurrencia material de infracciones.

Sobre este punto, la Corte ha sentado doctrinas tan persistentes como perentorias; en una de las cuales ha dicho:

"'...la doctrina del delito continuado no tiene cabida cuando la norma penal viola o protege intereses individuales de diversas personas como sujetos pasivos del delito, porque en estos casos la unidad de designio o resolución criminal y la intención del sujeto activo del delito se agotan en su plenitud en cada persona, con independencia de cualquiera otra acción que pueda anteceder o seguir en la comisión del delito. Es decir, se interrumpe la continuidad

en referencia a la acción criminal que se ejecute con otra persona, dando cabida a un verdadero concurso material de delitos, previsto en la disposición del Art. 33 del C. P.... no puede existir continuidad de resolución en la ejecución de hechos que lesionan diversas personas, porque esta intención finaliza o termina con la ejecución del acto externo cumplido en la persona lesionada..." (G. J., T. LIX, Pág. 1942).

"No tratándose por tanto de un delito continuado, sino de un concurso material de infracciones, la pena no puede ser en ningún caso la impuesta por el señor juez de primera instancia. Teniendo en cuenta pues, la existencia de este factor y del ya mencionado del artículo 401, y, asimismo aquellos citados en relación con la cuantía en la sentencia citada; concluye el Tribunal, que la sanción imponible al procesado Mayorga Quinche debe ser la de cinco (5) años de prisión".

Octavo cargo

Dijo el demandante que "la sentencia acusada debe también casarse por haber desconocido el H. Tribunal estas dos circunstancias de menor peligrosidad del acusado".

Ellas son:

"Primera. Su buena conducta anterior. Esta circunstancia ha recibido plena demostración dentro del expediente con la total ausencia de antecedentes penales.

"Segunda. La influencia de apremiantes y excepcionales circunstancias personales y de familia en la ejecución del hecho. De autos aparece que el acusado se limitó únicamente a hacer uso de un poder conferido con el lleno de las formalidades legales por su señor padre para vender el lote, materia de la controversia".

Respuesta

La pena o sanción —enseña el artículo 36 del C. P.— se aplicará al delincuente, "según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente".

Se ha dado, como se ve, al juez, para la aplicación de la sanción, un arbitrio de carácter relativo. Corresponde a él, en cada caso, moverse dentro del mínimo y máximo de pena, que fijen las respectivas disposiciones legales, a las diferentes entidades delictivas. Sin que sea obligatorio al juzgador aplicar el máximo cuando concurren únicamente circunstancias de mayor peligrosidad, ni el mínimo cuando sólo aparecen las de menor peligrosidad (Art. 39 del C. P.). Ello es facultativo, ya que no sólo las circunstancias señaladas en los artículos 37 y 38 definen la personalidad del agente.

El Tribunal, en consecuencia, tenía amplio campo de apreciación en este punto. Y además, debía atender a lo dispuesto en los artículos 401 y 410 del C. P., para individualizar la pena. Las gentes lesionadas, en efecto, eran tan pobres, que hubo quién manifestara que sólo le importaba que le hicieran "de-

volver los centavitos que le di al señor Mayorga ya que soy muy pobre y estos centavitos son fruto de mi trabajo como obrero en los talleres centrales". Y una mujer que atiende al aseo de alguna oficina pública, cuenta de sus privaciones para atender a la obligación que se impuso al firmar la promesa de compra de un lote.

A más de lo anterior, en más de diez mil pesos ($ 10.000.00) fija el procesado la cantidad que recibió de sus víctimas.

Pero es que, finalmente, de las dos circunstancias de menor peligrosidad invocadas por el demandante a favor de su protegido, quizá podría admitirse la buena conducta anterior, aunque ésta existe sólo cuando el proceder del acusado es tal que se hace acreedor a la benevolencia de la sociedad y del juez, o en otras palabras, debe haber hechos que la hagan suponer.

Sobre la segunda, no es posible aceptar que Mayorga Quinche se vio, en ningún momento, ante "la influencia de apremiantes y excepcionales circunstancias personales y familiares en la ejecución del hecho", tales como las señaladas por el legislador en los artículos 430 y 431 del Código punitivo.

No está demostrado este cargo. Se desecha, en consecuencia.

Examinada la causal segunda de casación, se puede concluir que ella no tiene asidero en las argumentaciones propuestas por el demandante, por lo cual debe ella dejarse de lado.

Segunda causal propuesta

Es la primera de las señaladas en el artículo 567 del C. de P. P., o sea, "cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Propuesta esta causal, como una consecuencia de la segunda, las razones en que se apoyan son éstas:

1ª Que no se trata aquí de una estafa común (Art. 408 del C. P.), sino de una estafa específica, de acuerdo con el artículo 409 de la obra citada.

2ª Que el Tribunal desconoció o no apreció dos circunstancias de menor peligrosidad que obran en el caso.

3ª Que el aumento de la sanción sobre el mínimo es injustificado.

4ª Que la acción civil se ejerció por quien no sufrió perjuicio.

Todo lo anterior ha sido examinado a través de la causal segunda. Al no estar demostrada ésta, queda sin ninguna base la primera.

Por tanto, se desecha la causal primera de casación propuesta.

Tercera causal alegada

Es la cuarta de las indicadas en el artículo 567 del C. de P. P., por considerar el demandante que la sentencia es violatoria de la ley procesal "por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Su demostración es ésta:

"De acuerdo con la calificación dada por el H. Tribunal a las modalidades del delito, estamos ante uno de estafa o concurso de delitos de tal naturaleza. Pero analizando detenidamente la realidad procesal, y aceptando en gracia de discusión que la disculpa dada por el señor Carlos Eduardo Mayorga Nieto, de que fue engañado por su hijo ante el señor Notario de Fusagasugá, cuando en un acto de mala fe le llevó para la firma dos documentos, el uno para arreglar una deuda, y el otro el poder que determinó la acción, estaríamos ante un delito de falsedad documental, prevista en el ordinal 3º del artículo 231 del C. Penal, en armonía con el 233 de la misma obra, que consiste en atribuir a "las personas que han intervenido en un acto, declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho'. También puede ocurrir que en el poder otorgado ante el señor Notario de Fusagasugá, en verdad no le haya sido leído al otorgante señor Mayorga Nieto, razón por la cual estaríamos ante el delito de falsedad documental por hacer 'aparecer que intervino en un acto una persona que no ha concurrido a él' (ordinal 2º del artículo 231 del C. Penal), o que lo haya alterado o cambiado en el momento de ser firmado por el señor Mayorga Nieto.

"Es posible también que exista el delito de falsedad cometido por Carlos Julio Mayorga Quinche, si a sabiendas de que su padre no le había otorgado ningún poder con plena conciencia del acto notarial, con el propósito de perjudicar a los promitentes compradores del lote de terreno, hizo uso de tal documento falso (Art. 234 del C. Penal)".

Respuesta

1º En los procesos que se adelantan de acuerdo con el Decreto Nº 0014 de 1955, no existe el auto de proceder. La calificación definitiva se hace en la sentencia.

2º Se cometió un delito de falsedad? Si ello es así, debe adelantarse la investigación correspondiente. Pero, por el momento, a la Corte sólo le corresponde decidir sobre el recurso interpuesto, y no le sería lícito retrotraer la actuación para investigar una posible infracción penal, sobre la cual no versó el debate.

Por lo anterior, se rechaza la causal cuarta de casación que se ha invocado.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO INVALIDA la sentencia que ha sido objeto del presente recurso de casación, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

UXORICIDIO CON CARACTERISTICAS DE ASESINATO

Nulidades. — Derecho de defensa. — Las nulidades en la etapa del sumario, son excepcionales y las establecidas con relación del derecho de defensa se refieren al juicio. — La diligencia de autopsia es una prueba pericial sui-generis. Interpretación de los Arts. 266, 267 y 480 del C. de P. P. y de los preceptos de los Arts. 363, 382 y 383 del Código Penal. Causales 4ª y 1ª de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto doce de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el procesado *José de Jesús Vargas* contra la sentencia del 14 de junio de 1960, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga lo condenó, como responsable del delito de homicidio en su cónyuge Carmen Ocampo de Vargas, a la pena de *"diecinueve años de presidio"* y accesorias consiguientes.

HECHOS Y ACTUACION

La noche del 4 de agosto de 1956 fue muerta, en la carrera 10 con calle 10 de la población de El Cerrito, mediante 18 machetazos, Carmen Ocampo de Vargas, hecho en virtud del cual el Juzgado 2º Superior de Buga, entendiéndolo como homicidio en la denominación de asesinato, llamó a juicio, conforme a auto del 1º de julio de 1957, a José de Jesús Vargas, cónyuge de aquélla, determinación que el Tribunal del lugar confirmó en su providencia del 26 de septiembre del mismo año.

Con base en este enjuiciamiento, donde se plantearon las modalidades de asesinato previstas en los ordinales 1º, 2º, 5º y 7º del artículo 363 del C. Penal, se interrogó al jurado y como su respuesta se produjo en un todo se conformidad, el expresado juzgado, en sentencia del 24 de febrero de 1960, condenó al procesado Vargas a la pena de *"diecinueve años de presidio"* y accesorias del caso, fallo que el Tribunal confirmó en el suyo del 14 de junio de ese mismo año.

LA DEMANDA

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca, por conducto de su apoderado, la causal de casación consagrada en el ordinal 4º del artículo 567 del C. de P. Penal, a cuyo amparo sostiene

que la sentencia impugnada es violatoria de la ley procedimental "por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad", tesis que luego fundamenta conforme a dos cargos así:

a) En la alcaldía de El Cerrito hay inscritos "más de cien abogados titulados" y, sin embargo, ninguno de ellos asistió en la indagatoria al procesado, dejando su representación, en la práctica de esa diligencia, al cuidado del señor Rafael Muriel, persona que también actuó como su apoderado en los careos de los folios 25 y 26 del expediente, cargo que continuó ejerciendo "a lo largo del proceso", no obstante la "prohibición expresa" de la "Ley 69 de 1945", todo lo cual proclama que Vargas "estuvo huérfano de defensa durante la etapa del sumario" y que, por lo tanto, se violaron en perjuicio suyo los "derechos y garantías ciudadanas protegidas por nuestra Carta Fundamental".

b) El dictamen de los médicos legistas del folio 28 del informativo (Autopsia practicada en el cadáver de la Ocampo por la *Oficina Departamental de Medicina Legal)* no fue puesto, con violación del artículo 267 del C. de P. Penal, "en conocimiento de las partes", preterm isión que sólo se explica en "razón de que el procesado estuvo huérfano de defensa en la etapa del sumario", derecho "que garantiza convenientemente" el artículo 26 de la Constitución Nacional.

Respuesta

I. Las nulidades, en la etapa del sumario, son excepcionales y se refieren, como lo ha dicho la Corte, "a la incompetencia de jurisdicción y a la ilegitimidad de la personería del querellante cuando no puede procederse de oficio". (Sents., 4 agosto 1946, LXIV, 538; 15 noviembre 1949, LXVI, 763).

II. El C. de P. Penal, en orden a la etapa del sumario, "no establece nulidades con relación al derecho de defensa, y las que tiene acordadas la jurisprudencia, por vía de interpretación del artículo 26 de la Constitución Nacional, resnecto de ese derecho, se refieren al juicio". (Sents., 21 mayo 1953; 7 junio 1953).

III. No se advierte, de otro lado, cómo pudo menoscabarse el derecho de defensa, respecto del procesado Vargas, sólo porque en la recepción de su indagatoria y en la práctica de dos sucintos careos hubiera estado asistido por un empírico.

IV. La diligencia de autopsia, conforme a doctrina de esta corporación, corresponde a "una prueba pericial sui-generis a la que, estrictamente, no son aplicables los mandatos legales de los Arts. 266 y 267 del C. de P. Penal", fuera de que la inobservancia del primero de los dos expresados textos, como también se ha señalado en reiterada jurisprudencia, tampoco "está erigida en causal de nulidad". (Sents. 25 octubre 1944, LVIII, 260; 23 noviembre 1948, LXV, 183).

Con apoyo en la causal 1ª del mismo artículo 567, se formulan al fallo estos cargos:

a) Es violatorio, por falta de aplicación, del artículo 362 del C. Penal, norma que era la adecuada, en fuerza de que se acreditó, por medio de varios testimonios, "que el procesado obró bajo el ímpetu de un dolor muy justo ocasionado por la infidelidad de su mujer".

b) Ese "ímpetu de dolor", al fijar los hechos en la esfera del citado artículo 382, excluía el 363, disposición que, por lo tanto, resultó violada por indebida aplicación.

c) El fallo es violatorio, además, del artículo 38 del C. Penal, lo que resultó de no haberse reconocido a favor del procesado las circunstancias de menor peligrosidad, derivadas de su "buena conducta anterior" y de "haber obrado bajo el ímpetu de una pasión excusable", previstas, respectivamente, en los ordinales 1º y 3º del artículo 38 ibídem, violación que llevó a aplicarle la pena "desproporcionada" de 19 años de presidio, cuando la imponible sería apenas de 16 años.

Respuesta

I. En el auto de proceder se excluyó el homicidio imputado a Vargas, del ámbito del artículo 382 del C. Penal, precisamente en consideración a que el procesado se encontraba separado de su cónyuge y a lo que dispone, en ese particular, el artículo 383 de la misma obra y entonces, como es lógico, la cuestión sometida al jurado no tenía que contemplar esa situación expresamente desechada, la cual tampoco fue consignada por éste en su veredicto.

II. En ese auto de proceder se acogieron, como modalidades de asesinato, las previstas en los ordinales 1º, 2º, 5º y 7º del artículo 363 del C. Penal, interrogándose al jurado de conformidad, el que, como aparece, las afirmó todas con su veredicto, expresado en la frase: *"Sí es responsable"*.

III. Conforme a estos antecedentes y teniendo en cuenta particularmente el veredicto del jurado, era obvio que en el fallo acusado no se podía entrar a aplicar el artículo 383 del C. Penal, sino el 363, punto sobre el que no cabe duda alguna, puesto que el artículo 480 del C. de P. Penal, dispone que en los juicios con intervención del jurado, "la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos, sobre los cuales ha versado el debate".

IV. El máximo de la pena aplicable al delito de homicidio en la denominación de asesinato, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 363 del C. Penal, es de 24 años de presidio, lo que quiere decir que como no se impuso ese máximo al procesado Vargas, no obstante la ferocidad de su crimen, fue porque se tuvieron en cuenta circunstancias a su favor, de menor peligrosidad, tales como las relativas a su buena conducta anterior y al hecho de haber obrado impulsado por los celos, los que, aunque inexplicables y salvajes, obraron en la determinación de su conducta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación de que fue objeto la sentencia especificada en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO. PROCESO RITUADO DE ACUERDO CON LAS NORMAS ESPECIALES DEL DECRETO 0014 DE 1955

Causal 4ª invocada como vicio constitucional. — Supuesto error de hecho en la valoración de las pruebas. La indebida apreciación de los hechos, por el sentenciador, debe demostrarse plenamente en la demanda. — Examen parcial del recaudo probatorio. Causales previstas en los ordinales 1º, 2º y 4º del Art. 567 del C. de P. P.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, agosto diez y siete de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS

Los procesados *Octavio Rubiano Muñoz* y *José Antonio Martínez Rodríguez*, condenados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia de 18 de noviembre de 1963, igual que otros acusados, como responsables del delito de robo, a la pena principal de diez (10) años de presidio y sanciones accesorias pertinentes, interpusieron recurso extraordinario de casación contra dicho fallo, de cuyo mérito procede la Corte a decidir de fondo en cuanto a Rubiano Muñoz ya que el otro recurrente no presentó la correspondiente demanda.

ANTECEDENTES

1. Este proceso, rituado de acuerdo con las normas especiales del Decreto 0014 de 1955, tuvo origen en los hechos que sintéticamente expone así el fallo del *ad-quem:*

"Según constancias procesales, en la madrugada del ocho de octubre de mil novecientos sesenta y dos, tres antisociales se presentaron al edificio distinguido con el número 7-37 de la carrera 34 de esta ciudad, donde funcionan los laboratorios *"Román-Limitada"*, y luego de falsear la chapa de entrada, penetraron a la edificación de donde se sustrajeron gran cantidad de máquinas para oficina y otros objetos, cuyo valor ascendió a $ 44.250.00.

"Los antisociales sorprendieron a los celadores del edificio a quienes sometieron mediante la fuerza, empleando para ello arma blanca y de fuego; seguidamente procedieron a maniatarlos y ponerlos en imposibilidad de dar la voz de alarma.

"Cumplida la misión delictuosa, en una camioneta de los mencionados laboratorios, los antisociales transportaron a lugar seguro los objetos materia de la infracción.

"Abierta la investigación, como autores de los acontecimientos acabados de referir, fueron señalados José Jaime Betancourt, Octavio Rubiano Muñoz y José Antonio Martínez Rodríguez, quienes fueron indagatoriados y en la fecha se hallan legalmente detenidos".

2. Una vez cumplidas las actuaciones propias a la oficina instructora, el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al que correspondió el conocimiento de los autos, dictó la sentencia de primer grado el ocho de marzo del año próximo pasado (Fls. 139 a 153 del cuaderno 1º), en la cual, previo un estudio de los elementos de juicio, fueron condenados Octavio Rubiano Muñoz, José Jaime Betancourt Mesa y José Antonio Martínez Rodríguez y absueltos otros implicados. La decisión del Juzgado obtuvo la confirmación del superior en el fallo sometido ahora a casación.

DEMANDA DE CASACION

A nombre del recurrente Rubiano Muñoz presentó la demanda propia al recurso el doctor Jaime Francisco Cotes Collantes, en el escrito que obra de folios 17 a 22 del cuaderno Nº 6.

El impugnador dice invocar como causales de casación las previstas en los ordinales 2º, 1º y 4º del artículo 567 del C. de P. P., y en orden a sustentarlas y demostrar los cargos, hace los planteamientos que a continuación se resumen:

Causal 2ª

Tras afirmar el acusador que la sentencia viola los artículos 255, 203, 224, 295, 308, 363, 348, 370 a 373 y 373 a 378 del C. de P. P., concreta el cargo de errada interpretación o apreciación de los hechos en el sentido de que el Tribunal sólo tuvo en cuenta para condenar a Rubiano la confesión del procesado Betancourt Mesa y a la diligencia de reconocimiento en rueda de presos, visible a folios 54 del cuaderno 1º.

Desarrollando este punto, el demandante critica el valor de la confesión, primero por provenir de uno de los coautores del delito y, segundo, porque el Tribunal apenas aceptó ese testimonio contra Rubiano, negándole credibilidad en cuanto a la cualificación introducida por Betancourt Mesa de haber obrado coaccionado.

Dice la demanda:

"El hecho de que *José Jaime Betancourt*, hubiera confesado ser autor del ilícito en el caso sub-lite e incriminar a mi mandante Rubiano, jamás podía servir de base para condenar, porque se viola el Art. 203 del C. de P. P., esa no es la prueba plena de la responsabilidad exigida, amén que ya no sería confesión, sino disculpa confesante que tomaría la forma de *testigo sospechoso*, como bien lo anotamos anteriormente.

"Ahora bien, si por hipótesis fuera un *testigo*, ya por este aspecto la tesis de testigo único no se aplica en ninguna parte del mundo, es decir, que sirva de base para *probar* o *no probar* un *hecho* que *engendre la no responsabilidad penal*, con sobrada razón, tratándose de una confesión de disculpa, entonces la *sentencia recurrida en casación* debe casarse y absolver a Octavio Rubiano M., por violar la ley.

"En resumen se tiene: Lo aseverado por Betancourt, en la pieza, materia de la crítica, no se puede aceptar, porque la misma sentencia recurrida nos está indicando su propia contradicción al no creérsele por la justicia de que obró bajo la coacción ajena y por eso dice el Tribunal a folio 54 de la parte de los considerandos de la *sentencia recurrida*, cuando se trata de ese aspecto:

"'*Naturalmente que José Jaime Betancourt Mesa*, sostuvo *haber sido obligado* a participar en dicha ilicitud, *pero esa forma calificada de su instructiva, quedó desvirtuada en autos, según las acertadas consideraciones que contiene la providencia que se revisa...*'

"Se pregunta: ¿Cuáles son esas acertadas consideraciones? De que no se le cree a Betancourt, por haber aceptado tomar con los otros, sindicados (sin estar probado ese hecho), porque el robo fue cometido en sitio conocido, ya que era ex-trabajador, y porque en principio calló esos hechos y sólo vino a contar cuando supo que fue reconocido por su compañero de trabajo *pasado, Francisco Garzón Nieto*, y en cuanto a los anónimos no los tengo en cuenta, por ser un hecho que carece de lógica para analizarlo. Entonces, honorable Corte, si la confesión de Betancourt, no es la exigida por el Art. 255 del C. de P. P., es decir, no se le cree en sus justificaciones, mal puede desdoblarse la misma para creérsele cuando inculpa a *Rubiano*, eso sería ilógico y contrario al sentido común, pues en derecho se es o no es, pero no a medias y quién miente en parte, miente en todo, luego esta prueba, a la cual se le dio un valor probatorio inexistente en autos, conduce a la violación de la ley en la sentencia recurrida".

Causal 1ª

Que la sentencia es violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma, se arguye por el demandante, como consecuencia de la causal 2ª de casación, invocada como principal. Según la demanda, se viola la ley en la sentencia recurrida al no haber aplicado el artículo 204 del C. de P. P., "pues no existe la *plena prueba de la responsabilidad en contra de aquél* en los autos referidos, pues violados los artículos 255 y 363 del C. de P. P., mal puede hablarse de *ley, justicia y sentencia condenatoria*".

Causal 4ª

En opinión del impugnador la sentencia recayó en un juicio viciado de nulidad "porque en el caso sub-judice, se violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, Arts. 1º y 5º del C. de P. P. y Art. 40 de la Ley 153 de 1887, pues en los autos se trata de un caso de *lesiones personales y robo...*", situación jurídica que obligaba un trámite del proceso por la vía ordinaria y no por las normas del Decreto 0014, restrictivas y odiosas.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al dar respuesta a la demanda, solicita de la Corte sea desechado el recurso por no tener fundamento alguno valedero la acusación reseñada.

Siguiendo el orden lógico de las causales invocadas, el distinguido colaborador empieza por referirse al motivo de nulidad, para concluir que carece de atinencia, ya que en este proceso sólo se investigó y juzgó el delito de robo. Las lesiones personales de que en la actuación se da cuenta no prestaron mérito alguno para su averiguación en la sumaria, porque si es verdad —dice la Procuraduría—, "que uno de los celadores de la fábrica recibió una ligera cortada en los dedos al despojársele del cuchillo con que pretendía defenderse del ataque de los asaltantes; pero, esta cortada fue de tan ínfimas proporciones, que ni siquiera motivó el examen correspondiente por los médicos legistas, ni la orden del Juzgado Instructor para que la hicieran".

En cuanto a la causal segunda, el Ministerio Público, observa que la prueba resultante de la declaración indagatoria de José Jaime Betancourt Mesa contra Rubiano Muñoz, la valoraron las instancias cuidadosa y acertadamente en las sentencias, como hechos indiciarios concomitantes de indiscutible significación en el proceso. El no haber prestado mérito a la cualificación forjada por Betancourt Mesa, en lo que a su defensa interesaba, no entraña una actitud contradictoria en los fallos, sino un simple juicio crítico, racionalmente apoyado en las restantes pruebas allegadas a los autos.

De todo el examen hecho por la Procuraduría Delegada, concluye "que la confesión de Betancourt y el reconocimiento que luego hiciera de Rubiano, ciertamente sirvieron de fundamento para la condena de éste último, pero estas prebas fueron sopesadas en su justo valor y el hecho que contenían fue apreciado de manera no errada". Estima, por tanto, que la condenación se dictó con el lleno de los requisitos impuestos por el artículo 203 del C. de P. P.

Respecto de la causal primera, el Ministerio Público se abstiene de dar respuesta, por haber sido invocada como consecuencia de la segunda.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª Aunque la demanda de casación puede estimarse formalmente ajustada a las prescripciones de la ley, el recurso no habrá de prosperar, dado que los motivos de impugnación no han sido demostrados en su libelo por el señor apoderado, quien se limita a hacer unos planteamientos sin fundamentos jurídicos valederos.

2ª Así, la causal cuarta, invocada como vicio constitucional de la actuación, la reduce al hecho de haber sido sometido el proceso al procedimiento del Decreto 0014 de 1955, no obstante que en conexidad con el delito de robo avanzaba el de lesiones personales, aserto éste inválido, porque la verdad es que el único cargo deducido a los acusados fue el de robo, lo que de por sí excluía la aplicación del Decreto en el trámite del negocio. Cosa distinta sería de haber investigado y fallado los dos delitos a que alude el demandante, porque entonces sí tendría asidero la nulidad alegada.

3º Tampoco demostró el impugnador que el Tribunal en el fallo recurrido hubiera incurrido en el error de hecho al valorar las pruebas, bien sobre el delito, objetivamente considerado, o sobre la responsabilidad del recurrente, pues sus críticas respecto al mérito prestado a la injurada de Betancourt Mesa, no es más que un criterio subjetivo, parcialmente formado, porque no tiene en cuenta como sí el fallador, todos aquellos otros elementos de convicción aptos para dividir racionalmente la confesión.

4º La Corte ha sido clara, enfática y consecuente en su doctrina sobre la causal segunda de casación, y ha enseñado que la indebida apreciación de los hechos, en forma positiva o negativa, por el sentenciador, debe demostrarse plenamente en la demanda, hasta el punto de hacer evidente que la decisión es el resultado de un error notorio.

5º Si el demandante limita su empeño a un examen parcial del recaudo probatorio y trata, simplemente, de oponer su personal criterio al del fallador, con ello no cumple su cometido de demostrar el error de hecho, pues en la evaluación de los elementos de juicio los jueces tienen, por ministerio de la ley, el necesario arbitrio y una prudente libertad para determinar, dentro de un sistema científico de la prueba, las condiciones de plenitud de ésta.

6º En el caso *sub-judice*, el impugnador no tuvo en cuenta todos los medios probatorios apreciados por el Tribunal y limitó su análisis a la confesión de Betancourt Mesa, sólo para manifestarse inconforme con el mérito que a ella prestó el fallador. Su opinión al respecto en nada desvirtúa el valor de la prueba.

7º No prospera, por tanto, la causal segunda de casación.

La causal primera, consecuente de la anterior, tampoco puede prosperar, como es obvio.

8º En cuanto al recurrente José Antonio Martínez Rodríguez procede dar aplicación al artículo 565 del C. de P. P., por no haber formulado la correspondiente demanda de casación.

DECISION

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal—, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito en cuanto a Octavio Rubiano Muñoz, y lo declara DESIERTO en relación con José Antonio Martínez Rodríguez a quien, condena en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

REVISION

Invocación de los motivos señalados en los ordinales 5º y 3º del Art. 571 del C. de P. P. — Confrontación de pruebas. No se está ante un hecho nuevo que altere o modifique sustancialmente los presupuestos de la responsabilidad penal deducida. — La revisión es un recurso de particulares características y de exigencias ineludibles porque a través suyo se ataca la cosa juzgada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, diez y siete de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS

El doctor Gil Miller Puyo Jaramillo, obrando como apoderado especial del reo *Francisco José Osorio*, interpuso para ante la Corte —Sala Penal— el recurso extraordinario de revisión respecto del juicio seguido contra su poderdante, por el delito de estafa, que terminó con los fallos condenatorios de primero y segundo grado proferidos por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Medellín y Quinto del mismo Circuito, el dieciséis de marzo y dos de abril de mil novecientos sesenta y tres, respectivamente.

Del mérito del aludido recurso procede la Sala a decidir:

ANTECEDENTES

1º El proceso de la referencia tuvo su origen en la denuncia elevada ante la Inspección de Permanencia de la ciudad de Medellín, el once de enero de mil novecientos sesenta y tres, por el doctor Guillermo Uribe Uribe, quien manifestó al funcionario que un radio de su propiedad, que había dejado en casa del señor Fernando Posada, ocho meses atrás, lo había reclamado Francisco José Osorio, diciendo actuar con autorización de Eric Posada, hijo del dueño de la casa. La entrega del radio la hizo Emilia Restrepo Vélez, empleada del servicio doméstico, por conocer a Osorio como amigo de la familia.

El cargo de estafa se le dedujo al reo por haber fingido la autorización para retirar el artefacto y haber dispuesto de éste en la forma de que dan cuenta los fallos.

El proceso sufrió el trámite señalado en el Decreto 0014 de 1955, y una vez agotado se profirió la sentencia que impuso a Osorio las penas principales de veinticuatro meses de prisión y multa de veinte pesos, aparte de las correspondientes accesorias, de acuerdo con el Art. 408 del C. P. y Decreto 2184 de 1951.

DEMANDA DE REVISION

El señor apoderado presentó ante la Corte, como demanda de revisión, el escrito que obra de folios 7 a 10, acompañado de la prueba sumaria consistente en los testimonios de Antonio Henao Calle, Alfonso Alzate Osorio y Alfonso Acosta Vargas, para cumplir así los requisitos impuestos por el Art. 572 del C. de P. P.

Los motivos para impetrar el recurso son los previstos en los numerales 3º y 5º del artículo 571 del Código de la referencia.

Como fundamentos de hecho el recurrente expone los siguientes:

"1º Para la condenación del joven *Francisco José Osorio O.*, se tuvo en cuenta que él había sacado el radio de la casa, sin autorización de su amigo el joven *Eric Posada*, ya que éste dijo en sus declaraciones, que hacía mucho tiempo no veía a *Osorio*, y que nunca lo autorizó para que retirara el radio de la casa. Y esta prueba única, en este sentido, fue base y fundamento para deducir las maniobras engañosas que realizara *Osorio* en orden a cometer el delito de 'estafa'.

"Sin embargo, hay un hecho nuevo, que no fue conocido al tiempo del debate judicial, consistente en que dos personas, presenciaron y oyeron cuando *Francisco José Osorio* conversaba con *Eric Posada* en la calle, uno de los primeros días del mes de enero del presente año, y recibía de éste la autorización o permiso para reclamar el aparato de radio en la casa de habitación del señor *Posada*.

"Afirman lo anterior los señores *Alfonso Alzate* y *Alfonso Acosta Vargas*, y ello significa primero, que *Eric Posada*, sí se había visto, poco antes de sucedido el hecho, con *Francisco José Osorio* y, segundo, que *Eric Posada*, sí dio la autorización a *Francisco José Osorio*, para que reclamara el aparato de radio.

"2º Después de dictada la sentencia condenatoria, se ha tenido conocimiento de otro hecho nuevo y no llevado a los autos:

"El dueño del Almacén Carnaval de Medellín, a quien según se dice, *Francisco José Osorio O.* le vendió el radio-receptor, testifica que el reo sí llevó a su establecimiento el radio, objeto material del presunto delito, pero que nunca le fue vendido, ni se hizo sobre él ninguna negociación. Simplemente, *Osorio* lo dejó allí con el fin de repararlo".

Además de lo transcrito, el recurrente al alegar de conclusión, agrega las siguientes consideraciones atinentes a los hechos fundamentales:

"... Las manifestaciones anteriores, las hicieron los testigos delante de *Eric Posada*, a quien previamente y en diligencia que fue verificada ante el mismo juzgado, habían reconocido como a la misma persona a quien se habían referido en sus primitivos testimonios.

"Frente al proceso, los testimonios de *Alfonso Alzate* y *Alfonso Acosta Vargas*, son hechos nuevos, desconocidos durante el debate judicial y que demues-

tran que *Francisco José*, si fue autorizado para retirar el radio de la casa, lo que conduce a demostrar la inocencia del reo, o por lo menos, como lo dice el numeral 3º del artículo 571 del C. de P. P., a constituir siquiera indicio grave de tal inocencia.

"En efecto. Si *Francisco José* recibió la autorización de *Eric* para reclamar a la sirvienta el radio en su casa, el delito de "Estafa" no se cometió, pues el artificio o engaño no tuvo existencia. Se trató simplemente de un préstamo, de una autorización, lógica y creíble, en virtud de la amistad y los nexos que unían a los jóvenes. Si se piensa en que *Francisco José* era 'como de la casa' de *Fernando Posada*, era apenas natural que así hubiera acontecido. *Osorio* al obrar así, no estaba faltando a ninguna norma, ni estaba cometiendo ningún reato. Reclamó el radio con plena autorización de su amigo y en ello nada había de malo. Y si ésto es así, como parece serlo, en virtud de los nuevos hechos cuyas pruebas se han allegado, su inocencia es palpable y la condenación que padece no se justifica por no estar demostrada su responsabilidad.

"La tipificación del delito de 'Estafa' se desquicia por la carencia del artificio o engaño. Cuando *Francisco José* comunicó a la criada que iba en busca del radio por expresa autorización de su amigo *Eric*, no estaba induciéndola en error, estaba diciendo la verdad. No la determinó a entregarle el aparato por medio de un ardid, ni empleó maquinaciones fraudulentas para conseguir que el radio le fuera entregado.

"Si este hecho se hubiera conocido durante la tramitación del proceso penal, la solución del caso no habría sido la de una sentencia condenatoria, porque faltando la 'Inducción en error', no habría podido acreditarse el delito de 'Estafa'.

"De suerte que este hecho nuevo, debidamente acreditado, entraña la inocencia de *Francisco José* y, en el peor de los casos, indicio grave y gravísimo de esa misma inocencia, motivos, cualquiera de ellos, que hacen viable la prosperidad del recurso, con el fin de restablecer la justicia, que por desconocimiento completo de los hechos y fundada en errores que aparecían dentro de la tarea investigativa como ciertos, desató su poder sancionador, cuando hubiera podido emplear su jurisdicción para declarar la inocencia del sindicado, mediante una sentencia absolutoria.

"Siendo como es el recurso extraordinario de *revisión*, un medio de restaurar el imperio de la justicia reivindicando al inocente, si la sentencia, reflejo fiel del proceso, fue dictada con base en una aparente realidad, que luego, en virtud de pruebas que no se allegaron al debate judicial, se muestra como falsa, en el caso a estudio puede y debe corregirse el error cometido.

"Y como secuela de los hechos nuevos que no pudieron tenerse en cuenta durante el proceso, porque no se conocían, surge también otro fundamento del recurso consagrado en la causal 3ª del artículo 571 del C. de P. P., que textualmente expresa:

"'Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo'.

"Es evidente que la base de la condenación penal por el delito de 'Estafa estriba en la declaración del joven *Eric Posada*, quien niega haber dado autorización a *Francisco José* para retirar de su casa de habitación el radio.

"En estas condiciones, los testimonios de *Alfonso Alzate* y *Alfonso Acosta Vargas*, quebrantan la veracidad de lo dicho por el hijo de *Fernando Posada*, hasta el punto de destruirla totalmente y convertirla en falaz. Afirman ellos dos cosas importantes y vitales: 1ª) Que vieron juntos a los jóvenes *Osorio* y *Posada* en una de las calles de Medellín, en los primeros días del mes de enero de 1983, hecho negado sistemáticamente por *Posada*, y 2ª) Que alcanzaron a oír el asentimiento que daba *Eric* a *Francisco José*, para que reclamara el radio en la casa, hecho también negado por *Posada*.

"Si los testigos están diciendo la verdad, falta a ella *Eric Posada*, y en tal caso, su declaración, que determinó la sentencia condenatoria, es falsa y autoriza por tanto la *revisión* de la sentencia".

"... De la misma manera, hay otro hecho nuevo, no sabido ni tenido en cuenta durante el proceso, que echa a tierra la realización del ilícito. Es la declaración que bajo juramento rindiera ante el Juzgado Segundo Superior de Medellín, posteriormente ratificada ante el mismo, el señor *Antonio Henao Calle*, dueño del Almacén Carnaval de Medellín, quien afirma que *Francisco José Osorio* dejó el aparato de radio en su establecimiento, pero que no celebró sobre él ninguna transacción comercial. *Francisco José* no se lo vendió, ni él se lo compró, luego el provecho ilícito que se derivara de la entrega del radio, tampoco se obtuvo, con lo cual el tercer elemento del delito de 'estafa' desaparece.

"Podría decirse, al respecto, que el joven *Francisco José* confesó en la Inspección de Permanencia que había vendido el radio en la suma de trescientos pesos en el Almacén Carnaval. Esta confesión, arrancada por los detectives en los propios calabozos de la Inspección, tiene el sabor de otras tantas, obtenidas por miedo o coacción, especialmente de personas jóvenes e inexpertas intimidables, que nunca se han visto en líos con la justicia, a las que acosan como a fieras los sabuesos, por medio de amenazas o promesas de que si confiesan la falta que no han cometido, nada les pasará.

"Pero la confesión del procesado, al tenor del artículo 255 del C. de P. P. tiene el valor de prueba plena, siempre y cuando que, entre otras condiciones, no se presente prueba en contrario. Para el caso, el testimonio del señor *Antonio Henao Calle*, como hecho nuevo, ratificado bajo juramento, tiene el valor de una contraprueba que destruye la sedicente confesión del sindicado. El testigo es explícito en sus afirmaciones, y no se ha probado que tenga interés en faltar a la verdad respecto a un hecho que para él era indiferente, como el de haber recibido el radio para una u otra finalidad.

"El hecho nuevo, conocido después de la tramitación del proceso, comprobado fehacientemente, de no haber existido el provecho ilícito por parte de *Francisco José Osorio*, establece la inocencia del mismo en el delito de 'Estafa' por el cual fue condenado, y, por tanto, autoriza la *revisión* de la sentencia".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien solicita en su vista de fondo se niegue la revisión impetrada, sostiene que los nuevos elemen-

tos de juicio traídos en esta oportunidad para fundamentar los motivos de revisión previstos en los ordinales 3º y 5º del artículo 571 del C. de P. P., no logran el objetivo perseguido porque contra lo que exponen los testigos Alzate, Acosta, Vargas y Henao Calle, sigue obrando, con todo su peso, la prueba demostrativa de que el acusado vendió el radio al Almacén Carnaval, por la suma de trescientos pesos.

Expone, al respecto, la Procuraduría:

"Mas sin embargo de que obran en autos dichas probanzas, es preciso observar que entre lo declarado por los testigos Alzate y Acosta Vargas y las explicaciones ofrecidas por el acusado con respecto a la conducta suya juzgada, media una grave contradicción, pues al paso que los primeros hablan de que pudieron escuchar que Eric Posada consentía en prestarle el radio a Osorio para ir a un paseo, el acusado, por el contrario, sostiene, al rendir indagatoria y al ser careado con el testigo de cargo (Fls. 4º y 23 vto. del cuaderno principal), que vendió el radio 'con autorización de Eric a un señor del Almacén Carnaval, en la cantidad de trescientos pesos'. Inatendibles son, pues, las declaraciones de los citados testigos.

"Siendo ésto así y ocurriendo, por otra parte, y como ya se ha visto, que el propio acusado nunca ha negado que negoció o vendió el radio, forzosamente tiene la Procuraduría que considerar que tampoco merece crédito el testimonio del dueño del Almacén Carnaval, por la simple razón de que éste, en su afán de favorecer la causa de Francisco José Osorio, al declarar falta a la verdad, cuando asegura que con el acusado no hizo otro negocio 'distinto a dejarme el radio para una reparación'.

"Pero si lo anterior fuera poco para concluir, como concluye este Despacho, que las pruebas traídas a colación con motivo de este recurso no demuestran que sea inocente o irresponsable el acusado y tampoco constituyen grave indicio de inocencia o de irresponsabilidad, entonces bien vale hacer ver que al folio 13 del cuaderno principal aparece un recibo suscrito por la hermana del dueño del Almacén Carnaval, y presentado o entregado personalmente por el señor Abel Osorio, a fin de que hiciera parte de los autos.

"Conocido el texto de dicho recibo, se despeja toda duda, si es que antes la hubo, y, por tanto, se comprueba, contra el querer o las afirmaciones del testigo Henao Calle, que efectivamente el radio de autos fue objeto de una negociación por parte de Francisco Osorio sin ser su dueño y sin haber obtenido autorización del verdadero propietario del aparato o sin consentimiento del señor Eric Posada".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª) El recurso extraordinario de revisión a que se contrae la demanda, con invocación de los motivos señalados en los ordinales 5º y 3º del artículo 571 del C. de P. P., no puede prosperar, no obstante las pruebas que se han aducido, porque la situación jurídica del proceso impide afirmar que con ellas se haya establecido la inocencia o la irresponsabilidad del reo, o que ellas conformen "siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad"; y menos surge la hipótesis de que el fallo cuya revisión se pretende lo hubiera determinado una prueba falsa.

2º) Contra lo que aseveran Alfonso Alzate y Alfonso Acosta Vargas en el sentido de que Francisco José Osorio "sí fue autorizado para retirar el radio de la casa" del señor Posada, aparece en el expediente original una prueba no demeritada de que el condenado reclamó el artefacto y lo enajenó en la forma de que dan cuenta los autos y que fehacientemente acredita el recibo de folios 13 del cuaderno principal, que viene a dejar sin valor alguno lo testimoniado en cuanto a que el radio le había sido prestado para llevarlo a un paseo.

3º) La declaración rendida por Antonio Henao Calle, en la cual afirma que el radio fue dejado en su Almacén por Osorio, sólo para una reparación, sería atendible si no estuviera contradicha por el mismo recibo de que se habló y por la declaración de inquirir de Osorio, en la que francamente reconoce haber vendido el aparato con autorización, según él, de Eric Posada.

4º) *Confrontado el recaudo probatorio del juicio con las pruebas traídas para el recurso de revisión, no es posible concluir que se está ante un* hecho nuevo *que altere o modifique sustancialmente los presupuestos de la responsabilidad penal deducida. Del mismo modo, esos elementos probatorios no son aptos, por ningún concepto, para alcanzar a la conclusión de que el fallo condenatorio descansó en un elemento de convicción falso.*

5º) Las sugestiones del señor apoderado en torno a las razones íntimas que dice obraron en el proceder de Osorio, y sobre inconfesables antecedentes relacionados con el señor Fernando Posada, no podrían servir a la Corte para construir, sin base en el mismo proceso, una teoría acerca de los hechos para concluir en la inocencia del condenado o no ilicitud de su conducta.

6º) *La revisión es un recurso de particulares características y de exigencias ineludibles, como que a través suyo se ataca de fondo la cosa juzgada, en orden a salvar un notorio o evidente error judicial, error que debe surgir para la Corte en tal forma y con tal vigor que impongan la necesidad del nuevo juicio.*

El solo sembrar sospechas en cuanto a algunos de los medios de prueba apreciados por el sentenciador o el planteamiento de hipótesis sin base en pruebas firmes, no llenan el cometido del recurso de revisión, dada la seriedad de los motivos consagrados por la ley en esta materia.

7º) No estando establecidas las causales 5ª y 3ª del artículo 571 del C. de P. P., habrá de negarse el recurso.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DENIEGA el recurso extraordinario de revisión a que se ha hecho mérito y ORDENA devolver el proceso al Juzgado Segundo Penal Municipal de Medellín.

Cúmplase lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 574 del C. de P. P.

Cópiese y notifíquese. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Plaquinto León L., Secretario.

REVISION

Interpretación del Ord. 5º del Art. 571 del C. de P. P. — Sólo cuando se tiene la evidencia de que se ha consumado un fragrante error judicial, cabe, con apoyo en él, disponer la revisión del proceso. — Alcance de los hechos nuevos o de pruebas desconocidas en el recurso de revisión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, agosto diecinueve de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de revisión interpuesto en relación con el proceso seguido contra *Jorge Moreno Zambrano* y otros, en el cual le fue impuesta al nombrado relegación a Colonia Agrícola por el término de dos a seis años, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2º del artículo 7º del Decreto extraordinario Nº 0014 de 1955.

Conocieron del negocio, en primera instancia el Juzgado 24º de Instrucción Criminal de Bogotá, y, en segunda el Juzgado Superior de Policía de esta misma ciudad.

El juzgador *a-quo* dispuso la condena del recurrente Moreno Zambrano, junto con la de Juan Avila González, Alfonso Buitrago Ospina y José Antonio Castro Cortés. El *ad-quem* absolvió a los tres últimos y solamente mantuvo la sanción impuesta al primero.

HECHOS

En la sentencia del Juzgado Superior de Policía se anota lo que pasa a transcribirse:

"Tuvo origen este proceso en la denuncia formulada por el Teniente de Fragata *Raúl Adolfo Acuña Patiño*, en el Juzgado Permanente del Norte, primer turno, el día siete de septiembre de mil novecientos sesenta y tres, en contra de los sujetos arriba nombrados, a quienes se les sindicó del apoderamiento ilícito de un vehículo automotor, modelo 1948, marca 'Lincoln', distinguido con la placa ES-274 de Soacha (Cundinamarca), color azul claro, cuya propiedad se estableció en cabeza del denunciante. Informa éste, que como a la una de la mañana recibió una llamada telefónica de una vecina, llamada Francisca de Nasser, quien le preguntó si había movido el carro de su propiedad, ya que el señor Aldo Ceballos, al entrar a la casa de la señora de Nasser, notó la pre-

sencia de cuatro individuos sospechosos y al observar desde su terraza, notó que su carro, que había dejado en la puerta del garaje, y que es bastante profunda, había desaparecido: 'Yo estaba en ese momento en mi casa...', explica el denunciante... 'y ante ésto llamé a la Estación 100, para dar el parte correspondiente. Como a la una y cuarto recibí una llamada del Oficial de Servicio de la Policía Nacional, quien me informó que había detenido el carro... y que dentro de él había cogido a los cuatro sospechosos que aquí se identificaron con los nombres antes anotados. El vehículo tiene un precio comercial de once mil trescientos pesos. Me dirigí a la Estación 100 y de allá nos enviaron a este Juzgado Permanente. Dentro del vehículo se halló, además, dos canastas de cerveza llenas y dos envases vacíos, que no estaban en él cuando lo robaron. Las puertas del carro no tienen seguridad. El motor lo habían inducido directo..."

El recurrente, *Jorge Moreno Zambrano*, dice lo siguiente:

Que "tiene veinticinco años de edad; es chofer mecánico; que es la primera vez que rinde indagatoria, y que nunca ha estado detenido y que es casado. Estaba yo...", continúa expresando... "en la casa situada en la calle 72 Nº 41-30, el día viernes seis de los corrientes... salí a las tres de la tarde y me encontré con unos amigos en la carrera 31 con calle 67; los amigos son Alfonso Buitrago, Juan Avila, Guillermo Gutiérrez y Manuel Palacios, los cuales me invitaron a jugar tejo... De ahí salimos todos cinco, como a las siete y media de la noche. Alfonso Buitrago nos invitó... a tomarnos unas botellas de whisky, y nos fuimos todos para la casa de mi madre y allí nos tomamos ese whisky... Teníamos hambre y Alfonso Buitrago fue hasta su casa, a donde fuimos todos, sacó una canasta de cerveza y con dicha canasta de cerveza nos dirigimos al Bar Alférez, en la calle 62 con carreras 23 y 24, y la cambiamos por cuatro pescados fritos; nos comimos los pescados y salimos... Ya cuando salimos del campo de tejo 'El Cairo', Guillermo Gutiérrez y Manuel Palacios se fueron, y por lo tanto sólo quedamos Alfonso Buitrago, Juan Avila, Antonio Castro y mi persona. Ya nosotros cuatro fuimos a tomar las dos botellas de whisky, y luego a sacar la canasta de cerveza y fuimos a cambiarla por pescado al 'Bar Alférez'; salimos del 'Bar Alférez' y nos dirigimos a la calle 68 con carrera 24, ya con el fin de irnos para nuestras casas, puesto que estábamos bastante embriagados; allí en la calle 68 con carrera 24 le dije a mis compañeros que me esperaran, mientras yo entraba al café "Parisí" a desaguar; entré al café, hice mi diligencia y al salir me encontré con un muchacho de nombre Rubén Darío Hernández, de quien no soy amigo íntimo, pues apenas somos amigos de jugarreta de billar, no una cosa íntima; este amigo Hernández me dijo que le prestara veinte pesos; entonces le dije que sólo tenía treinta y siete pesos, pero que eran para pagar el taxi; entonces me dijo que por eso no me preocupara, que los veinte pesos eran para desquitarse de un chico de billar que había perdido; que él tenía un carro, que me lo podía prestar; al oír eso, pues en el estado de embriaguez que yo estaba le presté los veinte pesos, cogí, el carro, estaba prendido y recogí a los amigos y comenté con Alfonso Buitrago, el cual me dijo que ya había carro, que fuéramos a la casa de él a sacar dos canastas de cerveza más y hacer una correría por la veintidós, a ver si encontrábamos unas muchachas amigas para seguir la juerga ya en el carro; entonces recogimos las dos canastas en la casa de Alfonso Buitrago, cogimos la carrera 30 por 'El Campín' y en la calle 26 con carrera 30 había un radiopatrulla estacionado, pues estaba el semáforo en rojo, estacioné al frente de ellos, se puso el semáforo en verde y viré hacia la 26, estando el semáforo en

rojo otra vez. La radio-patrulla se dirigió hacia nosotros, nos pidió papeles de identificación; sacamos nuestros papeles y nos identificamos, luego oímos que el carro era buscado por las autoridades, se lo oímos al personal del radio-patrulla, cosa muy extraña para nosotros, y hasta nos pasó la borrachera; yo le pedí al comandante del radio-patrulla que fuéramos a donde nos habían prestado el carro, o sea a donde se encontraba ese muchacho Rubén Darío Hernández; no aceptó y entonces nos trajo con carro y todo para la Estación 100 y allí llegó el dueño del carro. ... Dice que ignora la residencia de Rubén Darío Hernández, y que unas dos veces tuvo contacto con él en el juego de billar. Da la filiación de Rubén Darío Hernández, y dice de él que es hombre alto, pelo crespo, de unos veintisiete años, moreno, sin señales particulares visibles, viste regular".

El Juzgado Superior de Policía observa que "los sindicados Juan Avila González, José Antonio Castro Cortés y Alfonso Buitrago Ospina afirman que Moreno Zambrano les había comunicado que el carro que les brindaba se lo había prestado su amigo Rubén Darío Hernández, en el café 'Parisí', persona ésta a quien no vieron, ni alcanzaron a conocer. Esta afirmación es confirmada por Moreno Zambrano, quien contestando una pregunta del Inspector, dice que sus amigos y compañeros de causa, no conocieron, ni vieron al tal Rubén Darío Hernández. El dicho de los sindicados de haber estado en el restaurante 'Alférez' y haber cambiado en este establecimiento una canasta de cerveza por unos pescados para cenar, ha encontrado respaldo probatorio en este proceso, tanto por el dicho de ellos mismos, como por lo informado bajo juramento por el detective 1708, visible (sic) al Fl. 10".

Anota, asimismo, el *ad-quem*, que "no hay que perder de vista que los protagonistas de esta noche de tragos venían desde temprano en sus libaciones y ya a la altura de la una de la mañana debían presentar, por lo menos, primer grado de embriaguez".

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El doctor Eduardo Luque Angel, apoderado del recurrente, expresa en la demanda que "existe prueba suficiente, no conocida al tiempo de los debates, de que el carro que estaba usando Jorge Moreno Zambrano le había sido prestado por la suma de veinte pesos, por un sujeto de nombre Rubén Darío Hernández, lo que prueba la total inocencia de Moreno Zambrano y demuestra cómo ha sido condenado injustamente... Mi petición, como queda dicho, la fundamento en el numeral 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. Y solicito de la honorable Corte, con base en el Art. 575 de la misma obra, decrete la libertad provisional del condenado en el mismo fallo que ordene la revisión.

"Junto con este memorial...", agrega... "acompaño las pruebas de los hechos fundamentales, tales pruebas son: 1) Dos declaraciones extrajuicio rendidas por personas hábiles, honorables e idóneas para declarar y que fueron rendidas ante el Juzgado Octavo Superior de Bogotá; 2) Cuatro certificaciones de entidades donde ha trabajado Jorge Moreno Zambrano, y en las cuales se hace constar su rectitud e intachable conducta, y 3) Copia de las sentencias condenatorias proferidas por el Juzgado 248 de Instrucción Criminal y por el Juzgado Segundo Superior de Policía de Bogotá... Es de hacer notar que Jorge Moreno Zambrano no aparece en dichas sentencias como persona con antecedentes penales o de policía, sino, por el contrario, su hoja de vida siempre ha sido honesta y limpia".

El señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, al dar respuesta a la demanda, solicita que se niegue la revisión impetrada. Apoya su pedimento en las siguientes razones:

"Dejando de lado y a modo de concesión benévola, el hecho de que no haya sido ratificada sino una sola de las dos declaraciones traídas a cuento y tomando ambas en su conjunto y valor, es dable hacer las siguientes observaciones:

"Ni el procesado mismo, ni ninguno de sus tres compañeros, ni los defensores del uno y de los otros, durante todo el curso de la investigación y del proceso, hicieron la menor referencia a que pudieran existir o haber existido testigos de los hechos ocurridos en el café 'Parisi', testigos tan próximos que pudieran haber presenciado directamente el supuesto convenio celebrado entre Moreno Zambrano y Rubén Darío Hernández y oído los términos del mismo, es decir, que se hubiera efectuado en su presencia y casi puede decirse con su intervención, tal como lo afirman los declarantes Delgado, Navarro y Páez Romero.

"Si ello hubiera sido así, no cabría duda de que Moreno Zambrano, desde un primer momento y lugar hubiera citado a tales testigos y hubiera logrado también hacerlos llegar para que declararan ante la justicia, pues si eran testigos inmediatos de lo ocurrido, Moreno Zambrano no podía ignorar que ellos eran los presenciales más apropiados.

"Así las cosas, el Despacho considera que los testimonios que se han hecho valer con motivo del recurso interpuesto no sirven para considerar comprobada la existencia real, verdadera y física del personaje que, procesalmente, es considerado como fantasma. Esas declaraciones más bien dan la impresión de haber sido conseguidas o recogidas expresamente para los efectos de la pretendida revisión intentada. Y la Procuraduría habla de ambas declaraciones aunque en estricto derecho apenas podría hablarse de una, la que fue objeto de ratificación.

"Si con motivo de la tramitación de la revisión interpuesta se hubiera solicitado dentro del término de prueba respectivo y por quien tenía interés en ello, digamos por ejemplo, una certificación acerca de la existencia de una cédula de ciudadanía, de una reseña dactiloscópica identificación en orden a un certificado de policía, la posible reproducción de la fotografía o retrato de esos documentos, o algún otro documento de un valor semejante, como constancia de pasaporte, de carnet o pase de conductor, etc., bien podría haberse hecho surgir por lo menos una duda a favor del procesado Moreno Zambrano, que, a su vez, hubiera podido constituir un indicio acerca de la inocencia del mismo procesado para poder fundamentar así una orden de revisión.

"Los testigos, por lo demás, son vagos e imprecisos al referirse a la personalidad o identificación del mencionado Rubén Darío Hernández, de quien apenas aseguran que conocían como contertulio del café Parisi', el uno, y como que le fue presentado esa misma noche por Moreno Zambrano, el otro.

"En caso análogo al presente, y con motivo de la pretendida existencia de un simulado sujeto, se dijo por la H. Corte lo siguiente:

'El recurso de revisión, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, fuera de no ser una tercera instancia, es recurso el más exigente, pues para atacar la cosa juzgada es necesario establecer con fuerte evidencia el error judicial, consistente en la condenación de la persona inocente o irresponsable.

'El pretender con testimonio cuyo origen es sospechoso y cuyo contenido no tiene explicación satisfactoria, que una sentencia o un proceso se revisen, sería desvirtuar en sus propios fundamentos y fines el recurso extraordinario de revisión'. (Sentencia de 22 de enero de 1964. Revisión de Miguel Angel González Vásquez, por hurto de automotores. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria).

"Si el señor abogado demandante lograra la captura del mentado Rubén Darío Hernández y lo presentara a las autoridades, la revisión sería inmediata y exitosa. Entre tanto, el suscrito Procurador Primero Delegado en lo Penal, se ve precisado a solicitar a la H. Corte, con todo respeto, que niegue la revisión que ha sido impetrada".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Fundamenta el demandante la revisión solicitada en la causal quinta del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto, dice, "han sido presentadas pruebas no conocidas al tiempo de los debates, sobre hechos nuevos que establecen plenamente la inocencia de mi poderdante".

Uno de esos testimonios a que alude el señor apoderado del recurrente, el que fue ratificado durante el término de pruebas, es el rendido por el señor Alfonso Delgado Navarro, de cuarenta y dos años de edad y agente viajero de Profesión, del cual se desprende lo siguiente:

a) Que conoció al señor Rubén Darío Hernández, precisamente porque la noche de los hechos Jorge Moreno Zambrano se lo presentó en el café "Parisí". Recuerda que el nombrado Hernández "es alto, moreno y crespo".

b) Que esa misma noche se dio cuenta "que el señor Rubén Darío Hernández le dijo al joven Jorge Moreno que le prestara veintisiete pesos, corrijo, veinte pesos. Jorge Moreno le contestó que no tenía sino veintisiete pesos y que ésto era para el taxi, que no se los podía prestar. Entonces Rubén Darío Hernández le dijo, que por eso no se preocupara que él tenía un automóvil ahí en la puerta, que él tenía mucho gusto en prestárselo. Entonces Jorge Moreno le contestó que si era así, que tenía mucho gusto en prestárselos. Entonces Rubén Darío lo sacó hasta la puerta, indicándole donde estaba el automóvil. Entonces Jorge regresó y se despidió de mí y del amigo Roberto Páez..."

El últimamente nombrado, cuya declaración rendida extrajudicialmente fue traída al proceso, ratifica la versión dada por el señor Delgado Navarro.

Ahora bien:

Estos testigos, como observa el señor Agente del Ministerio Público, ofrecen la sospecha que el distinguido colaborador fiscal apoya en la circunstancia

de no haber sido llevadas sus declaraciones durante las instancias. Tanto más, cuanto que Jorge Moreno Zambrano, al rendir indagatoria, no hace mención alguna de tan importantes testigos para demostrar su inocencia, ni sobre este particular dio noticia alguna durante el proceso.

Además, el Teniente de la Policía Nacional, señor Everlides Prieto Ahumada, quien llevó a cabo la recuperación del automóvil, materia del delito, declara (Fl. 63 del Cd. 1º) que "sobre lo que dice el citado Moreno Zambrano, dizque me pidió que nos trasladáramos al lugar donde le habían prestado el carro, es completamente falso. Además, al ser preguntado qué amigo le había prestado el carro, no me dio tal nombre, y si hubiera dado tal nombre..." (el de Rubén Darío Hernández)..., "sin ninguna dirección exacta, no le hubiera creído porque podía ser un nombre ficticio, a lo cual no podía aceptar, como una medida de seguridad tanto para nosotros o para evitar la fuga de los capturados".

El hecho nuevo a que alude el ordinal 5º del artículo 571 del C. de P. P. debe tener la capacidad suficiente para demostrar la inocencia o irresponsabilidad de la persona que, en consecuencia, sufre una condena injusta; o que la infracción penal no se cometió. Sólo cuando tiene esa fuerza probatoria, ésto es, cuando ponga de manifiesto que se ha consumado un flagrante error judicial, cabe, con apoyo en él, disponer la revisión del proceso.

En providencia de 5 de febrero de 1957 (G. J., T. LXXXIV, Pág. 118), dice la Corte que "para que el recurso de revisión prospere, no basta que sean nuevos los hechos o desconocidas las pruebas en que aquéllos se hacen consistir: es necesario, además, que los unos o las otras revistan la capacidad de establecer la inocencia o irresponsabilidad del condenado, o de constituir graves indicios de esa irresponsabilidad o inocencia, para lo cual se requiere que tales hechos y pruebas tengan el alcance de modificar la interpretación de la realidad procesal en sentido contrario de la que aparece en la sentencia".

Comparte la Sala el concepto del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal, pues, ciertamente, el dicho del declarante Delgado Navarro, por la sospecha observada, no da apoyo a la revisión impetrada.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NIEGA la revisión del proceso de que se ha hecho referencia.

Dése cumplimiento al tercer inciso del Art. 574 del C. de P. P.

Cópiese y notifíquese.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

REVISION

Contenido legal y jurídico de la causal 5ª de revisión. — El planteamiento de haber lugar al recurso de revisión con base en la violación del Art. 26 de la Carta, no es pertinente conforme a derecho. La revisión, tal como la conciben la ley y la doctrina, no puede apoyarse en errores de orden jurídico. — Nulidades de tipo supralegal. — La presunción de verdad de la cosa juzgada y la estabilidad de los fallos judiciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, agosto diez y nueve de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS

El doctor Jorge Enrique Gutiérrez Anzola, obrando como apoderado del señor Harry Child Dávila, solicitó de esta corporación, en escrito presentado el 5 de diciembre del año próximo pasado, la revisión del proceso seguido contra su poderdante "por presunto delito de contrabando y el cual fue fallado en primera instancia por el Juzgado Superior de Aduanas de Bogotá, con fecha 2 de junio de 1961, y en segunda por el Tribunal Superior de Aduanas, con fecha 2 de abril de 1962".

Al recurso interpuesto se le dio el trámite legal correspondiente, y de su mérito procede la Corte a decidir de fondo.

DEMANDA DE REVISION

En ella se ocupa el recurrente, con sujeción a lo preceptuado en los artículos 571 y siguientes del C. de P. P., de estas cuestiones:

a) Una reseña del juicio surtido ante la jurisdicción aduanera contra el señor Harry Child Dávila, contenido de las sentencias de primera y segunda instancia y disposiciones legales aplicadas al infractor;

b) De los fundamentos de derecho para impetrar la revisión del proceso, referidos ellos al numeral 5º del artículo 571 del C. de P. P. y artículo 23 del Decreto 188 de 1958;

c) Relación de los hechos que dieron lugar al juicio, expuestos por el demandante en estos términos:

"Mi poderdante fue condenado según lo dice la sentencia por haber adquirido un automóvil Mercedes Benz que había traído a Colombia el señor Oriol M. Notario Ruiz, de Venezuela. Este señor aparecía en territorio colombiano como diplomático, y tal circunstancia determinó al comprador a adquirir el vehículo. Sin embargo el Tribunal declara: 'Si se tiene en cuenta que el 'único papel' que el vendedor *Notario Ruiz* entregó al comprador señor *Child Dávila* fue 'la tarjeta de propiedad' que obra al folio 2 del proceso y que éste escrito de procedencia venezolana especifica con toda claridad el automóvil materia de autos, como destinado al servicio *'particular'*, y que no hace la más ligera referencia al servicio diplomático o a la calidad de tal de su propietario el doctor *Oriol M. Notario Ruiz*, claramente se deduce que aparte de la ausencia total de diligencia para aclarar tan singular y contradictoria situación con el pasaporte diplomático que se ha mencionado, el señor *Child Dávila* tuvo con esa documentación tan incompleta y tan irregular por el permiso cuyo término había vencido, la más propicia oportunidad y elementos de apreciación para comprender que se trataba de un vehículo de condiciones totalmente contrarias para considerarlo de lícito objeto en la negociación que iba a celebrar. Podía comprender con meridiana claridad que dicho automóvil no reunía los requisitos legales para considerarlo como de servicio diplomático o de legal procedencia en relación con la entrada de automotores al territorio nacional y su permanencia permitida dentro del mismo.

"15. Según lo expresa el sindicado Child Dávila, y de acuerdo con lo que aparece en el permiso para viajar al interior del país, expedido por el señor Administrador de la Aduana de Cúcuta, el vehículo mencionado, portaba 'placas venezolanas', y en modo alguno, aparece acreditado, que dicho vehículo tuviera distintivos o placas que indicaran o demostraran la calidad de servicio diplomático, a que estuviera destinado o la matrícula ante el Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia o cualesquiera de las demás exigencias señaladas por los artículos 6º y 7º del Decreto-ley 1025 de 1959, de que se ha hecho mérito, y demás disposiciones concordantes; con todo lo cual se comprueba, a cabalidad que el sindicado Child Dávila tuvo amplia oportunidad de darse cuenta de las condiciones que colocaban dicho automotor en la calidad de contrabando'.

"Por su parte, el señor *Child Dávila*, declaró en el proceso: 'A principios de noviembre de mil novecientos cincuenta y nueve me llamó un empleado de la agencia Mercedes Benz, que si no estaba interesado en comprar un automóvil Mercedes Benz de un diplomático venezolano con pasaporte diplomático, y dimos unas vueltas para ensayar el automóvil. Como estaba en buenas condiciones le dije que se lo compraría y que me mostrara los papeles; él me dijo que estaba de paso en Colombia, y que regresaría al día siguiente a Venezuela, que no tenía sino ese día para hacer el negocio, yo le dije que nunca había hecho ninguna importación en ningún ramo, y por lo tanto no sabía qué papeles se necesitaban. El único papel que me entregó fue su tarjeta de propiedad del automóvil, que debe reposar en el expediente; él me dijo que no creía que hubiera ningún inconveniente en el negocio, y como yo no tenía tiempo de hacer averiguaciones y estaba en posesión del pasaporte diplomático, yo le creí e hice la transacción, máxime cuando él me dijo que si no se podía llevar a cabo la nacionalización, él me lo recibiría de nuevo y me devolvería el dinero. Yo estuve haciendo unas gestiones con el señor embajador de Venezuela, para buscar la forma de encontrar a este señor y desbaratar el negocio porque ví la imposibilidad de nacionalizar el vehículo, y sobre todo, cuando se presentó el asunto del decomiso'.

"El Tribunal desconoce la capacidad que pudiera tener el señor Oriol M. Notario Ruiz, para vender el vehículo, y de consiguiente, el señor *Child Dávila* para comprarlo. Cita al efecto algunas disposiciones, y sobre todo el hecho de que el automóvil no estaba nacionalizado. Dentro del proceso no se admitió la calidad de Diplomático que tenía el señor Oriol M. Notario Ruiz, y hasta se le juzgó contrariando expresamente las disposiciones de derecho internacional que excluyen de toda jurisdicción penal y civil a los funcionarios diplomáticos (Ley 41 de 1936; Decreto 615 de 1935; Decreto 3135 de 1956).

"Sin embargo, por el hecho de haber vendido un diplomático su carro en Colombia, la jurisdicción aduanera siguió un proceso por contrabando, condenando no sólo al Agente Diplomático, sino a la persona que adquirió el automóvil. Esto es, claramente violatorio del artículo 26 de la Constitución Nacional, ya que las autoridades colombianas no tienen competencia, y además, porque la venta de un automóvil por parte de un agente diplomático no constituye delito. En efecto el Decreto 3135 de 1956, contiene un claro y prolijo estatuto sobre la materia, pero en ninguna de sus disposiciones califica como contrabando su incumplimiento o violación.

"El hecho de haber aplicado una jurisdicción penal a hechos no sometidos a su competencia, trae como consecuencia que no existe sentencia, constitucional, y legalmente hablando, y por ende, el proceso debe revisarse para que se ordene su cesación por falta de competencia. De lo contrario se llegaría al absurdo de que una persona puede estar condenada sin competencia de la autoridad, y sin ley que contemple el hecho como infracción penal".

d) Por último, como elementos de prueba, el demandante acompañó copia de la sentencia de segunda instancia y un certificado expedido por el Administrador y por el Secretario Ejecutivo de la Aduana Nacional de Cúcuta "en donde consta que el señor Oriol M. Notario Ruiz acreditó, para entrar a Colombia el automóvil, su calidad de diplomático.

Aunque por providencia de 27 de enero último, de acuerdo con el artículo 573 del C. de P. P., se abrió a pruebas la revisión, el demandante renunció a dicho término y se abstuvo, en consecuencia, de solicitar la práctica de cualquier diligencia propia al caso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se pronuncia adversamente a la revisión de la causa, porque no se demostró la causal 5ª alegada por el demandante y porque, además, la supuesta nulidad constitucional que se arguye como motivo de revisión, no es pertinente, conforme a derecho.

Para refutar el planteamiento relacionado con la causal 5ª prevista en el artículo 571 del C. de P. P., es decir, que después de la condenación de Child Dávila, han aparecido hechos nuevos o se han presentado pruebas, "no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado", o pruebas "que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad", el colaborador fiscal demuestra, con base en la sentencia del Tribunal, que el fallador sí consideró la calidad de diplomático de Oriol M. Notario Ruiz, y tuvo en cuenta dicha circunstancia para efectos de definir si había o no el delito de contrabando, por lo que el documento

allegado por el demandante, en opinión del colaborador, en nada modifica los presupuestos probatorios del proceso primitivo.

Al efecto, transcribe la Procuraduría en su concepto, copia del oficio de la Aduana Nacional de Cúcuta, cuyo texto es como sigue:

"'*República de Colombia*. Aduana Nacional. Cúcuta. Nº 634. *Revisado para viajar al interior del país. Válido hasta el día 16 de noviembre de 1959. Vehículo placa Nº AC-9194. Modelo /57 Marca Mercedes Benz. Motor Nº 1219217501331. Carrocería Nº 121042750520. Conducido por el Dr.* Oriol M. Notario Ruiz. Pasaporte especial número 1040. *Garantía*. Sin fianza por tratarse de Diplomático. *Cúcuta*. Octubre 16 de 1959. (Fdo.) *Manuel José Cabrera*. Administrador. (Hay un sello").

Para concretar su pensamiento acerca de la no viabilidad de la causal quinta de revisión, la Procuraduría Delegada expresa:

"En tales condiciones el proceso seguido al señor Child, y siendo así que carece de personería el doctor Gutiérrez Anzola para representar al tantas veces nombrado Notario Ruiz, y para pedir en su nombre y favor, o para pretender beneficiar a su patrocinado el señor Child Dávila de una circunstancia que a éste último no le sea propia y que al mismo Child no se refiere bien oportuno, es ahora agregar que lo alegado ante la H. Corte por el señor demandante, no es cosa nueva, pues corresponde a tema ya estudiado detenidamente en las instancias, tema probatorio reservado al convencimiento legal-moral del juzgador, y, por tanto, agotado y que no permite una reconsideración con motivo de la revisión interpuesta, desde luego que este recurso no es una tercera instancia.

"De modo y suerte tales que debe concluirse que la certificación traída a este recurso por el señor Child Dávila, no es, en manera alguna, un elemento, hecho o prueba no conocido al tiempo de los debates, que como tal pudiera establecer la inocencia o la irresponsabilidad del condenado o condenados, o pudiera constituir siquiera indicio grave de tal inocencia o irresponsabilidad.

"Al hacer una nueva referencia al individuo llamado en autos Notario Ruiz, conviene observar que en proceso adelantado por la justicia aduanera, dicha persona resulta ser un contrabandista internacional a grande escala, y, a lo mejor, un ladrón de automóviles o miembro de una cuadrilla de tales, valido del truco o engaño de un pasaporte, con seguridad falso, que pudo haberle servido para engañar a las autoridades de la Aduana de Cúcuta, pues mientras no se demuestre lo contrario, el informe rendido por ésta es válido y se presume la aparente legalidad del permiso de introducción temporal del vehículo, pero sólo y exclusivamente ésto, y nada más, como ya atrás se dejó acentuado, y lo dijo el fallo cuya revisión se pretende, sin que con él llegue a acreditarse en la menor forma la concurrencia o existencia de una calidad diplomática en la persona favorecida con dicho permiso.

"Esta condición diplomática, precaria por cierto sí, si se quería demostrar en revisión a modo de hecho nuevo, ha debido entonces obtenerse la respectiva certificación venezolana que expidiera el Ministerio de Relaciones

Exteriores de ese país, o el Agente Diplomático del mismo, acreditado como embajador ante nuestro Gobierno, o acreditarse con la certificación de nuestra Cancillería, de haber sido reconocida tal calidad y condición al supuesto Notario Ruiz".

"....."

"Así las cosas, la Procuraduría considera que los puntos de vista del señor abogado demandante, según el contenido legal y jurídico de la causal quinta de revisión, no pueden progresar".

Respecto al punto de orden puramente constitucional que la demanda de revisión enfoca, referido a la aplicación por las instancias de una jurisdicción que no tenían para el juzgamiento de un agente diplomático, el colaborador Fiscal refuta las tesis del recurrente, fundándose para ello en algunas sentencias de esta Sala, de acuerdo con las cuales el recurso aludido sólo tiene cabida frente a errores de hecho en el proceso, y no para cuestiones de atinencia jurídica, como son las nulidades, susceptibles de alegarse a través del recurso extraordinario de casación.

CONSIDERA LA CORTE

1. La causal quinta de revisión tiene validez sólo en el caso de que fenecido el juicio condenatorio "aparezcan hechos nuevos o se presenten pruebas, no conocidas al tiempo de los debates, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o condenados, o que constituyan siquiera indicios graves de tal inocencia o irresponsabilidad".

2. En el presente caso el documento aportado por el recurrente para acreditar la calidad de diplomático del vendedor del automóvil, señor Oriol M. Notario Ruiz, expedido por la Aduana Nacional de Cúcuta, no constituye un hecho nuevo, como lo pretende el demandante, porque el asunto fue ampliamente debatido en las instancias, con base en pruebas similares a la enunciada, para llegar a la conclusión de que "en forma alguna" se estableció en el proceso ese carácter diplomático del vendedor, "ni la misión que hubiera venido a desempeñar en Colombia el vendedor". Precisamente por esto la justicia penal aduanera en el proceso de que se trata condenó también al nombrado Oriol M. Notario Ruiz, cuya supuesta condición diplomática no reconoció la jurisdicción de aduanas.

3. Como en el período probatorio nada se aportó para desvirtuar este aspecto del juicio, mal puede la Corte aceptar la causal quinta de revisión, cuyas exigencias son en extremo perentorias para el éxito del recurso.

4. Por lo que toca al planteamiento de haber lugar a la revisión con base en la violación del artículo 26 de la Carta, su improcedencia es manifiesta, como lo expresa el colaborador Fiscal, y de acuerdo con la reiterada doctrina de la Sala. Al efecto, no sobra repetir aquí, para fundamento de la decisión, lo dicho en sentencia de quince de mayo último, sobre el punto cuestionado:

"....."

"4. La Corte ha sido constante en su doctrina al trazar el paralelo entre los recursos extraordinarios de revisión y casación:

"'La casación se interpone y sostiene contra la sentencia: es una contienda entre ésta y la ley que se dice mal aplicada. El recurso de revisión no tiene por objeto confrontar la sentencia con la ley; en ese recurso el ataque es más a fondo, pues no va simplemente contra la sentencia sino contra todo el proceso. En casación se revisa la sentencia para saber si está de acuerdo con la ley y con los hechos; en el recurso de revisión no se trata simplemente de reponer la sentencia, sino el proceso mismo'. (Sentencia de 12 de noviembre de 1943, LVI, 462).

"'La revisión, como se deduce del estudio de las causales que la fundan, mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente, y la casación a errores de derecho'. (Sentencia de 29 de enero de 1945, LVIII, 697).

"'El recurso de revisión implica un debate probatorio, así como el de casación es un razonamiento jurídico. En aquél se atacan las bases del juicio penal; en éste se impugna la sentencia, o sea, que en uno la materia sub-judice es el proceso mismo, mientras que en el otro la discusión versa sobre la legalidad de la sentencia. Pero resulta mucho más exigente el primero, porque con él se trata de destruir la cosa juzgada'. (Revisión de 7 de junio de 1955, LXXX, 524).

"'El recurso extraordinario de revisión se ha establecido por el legislador no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho que al ser evidenciadas dan lugar a una revisión del proceso' ... 'siendo la cosa juzgada la que se ataca con este recurso extraordinario (el de revisión), no puede él prosperar sino en casos muy extremos, que no deben confundirse con los que se presentan en casación, en donde sí es admisible discutir el cargo desde el punto de vista jurídico, como que allí se plantean problemas relacionados con la aplicación de la ley' ... 'Los aspectos formales de una sentencia, sus irregularidades o vicios, la indebida aplicación de la ley penal, el error al apreciar las pruebas y aún la injusticia del fallo, por notoria que sea para el reclamante, nada de ello configura las causales de revisión...' (Sentencia de 2 de septiembre de 1957, G. J., T. LXXXVI, 197).

"'Como cada causal de revisión tiene su prueba específica, si el demandante no la produce, no puede prosperar la revisión que intente'. (Revisión, 12 de febrero de 1958. G.J. t. LXXXVII, 195).

"5. La abundante doctrina recordada permite deducir con absoluta claridad, que la revisión de procesos definitivamente concluidos con sentencia ejecutoriada sólo es posible cuando a ello conduzca la concurrencia de determinadas circunstancias de hecho, taxativamente previstas en el artículo 571 del Código de Procedimiento Penal.

"6. Ya se ha visto, sin embargo, que en el presente caso el demandante no se funda en ninguna de las razones o motivos contemplados en la disposición citada. Y con toda lealtad así lo declaro. Pero aspira a que la Corte ordene la revisión del proceso porque en éste 'no se observaron las normas propias del juicio, en cuanto se aplicó una ley que no estaba vigente cuando se hizo la sindicación', violándose así el artículo 26 de la Carta.

Insiste esta Sala en que la revisión, tal como la conciben la ley y la doctrina, no puede apoyarse en errores de orden jurídico, ya conduzcan éstos a la violación de la ley penal sustantiva o a la de aquellas normas que rigen el procedimiento, porque ambos eventos, en su orden, están erigidos en causales de casación por los ordinales 1º y 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"Sobre el particular, expresaba inequívocamente la Corte en sentencia de 12 de noviembre de 1943, ya citada: '...la cuestión de la nulidad del procedimiento, que en el recurso de casación se halla establecido como una de las causales, resulta exótica en el de revisión y no está erigida por la ley como causal de este último recurso'.

"Este es, por otra parte, el criterio que predomina entre los expositores:

"'En la revisión los vicios que pueden dar lugar a la anulación de la sentencia han de ponerse de relieve en relación con situaciones fácticas producidas o conocidas con posterioridad a la resolución que se pretende anular, mientras que jamás puede producirse por vicios o errores de tipo jurídico! *(Fenech: Derecho Procesal Penal, Vol. II, Pág. 560, 2ª Ed. 1952).*

"Cuando una sentencia penal ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, sus disposiciones deben quedar firmes aunque la sentencia aparezca afectada de errores o irregularidades de forma por violación de normas procesales prescritas bajo pena de nulidad, o de errores de juicio.

"'La autoridad de cosa juzgada se presenta, por tanto, bajo este aspecto, como la suprema sanatoria de toda nulidad en que se haya incurrido en el procedimiento'. *(Manzini, Ob. Cit., Pág. 522).*

"7. Si la Corte ordenara la revisión de este proceso, definitivamente concluído, fundada en que, como observa el actor, se incurrió en nulidad, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, estaría creando una nueva causal de revisión, arrogándose así una facultad que, de acuerdo con nuestra organización constitucional, corresponde por modo exclusivo al legislador.

"8. Es verdad que las nulidades de tipo supralegal, por haberse infringido el artículo 26 de la Carta, son el fruto de una elaboración doctrinaria, pero su reconocimiento no entraña la creación de una nueva causal de casación, pues la pertinente está prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

"9. Las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución tienen cabal eficacia a través de la citada causal de casación y presuponen, para su efectividad, un proceso todavía abierto, no un proceso definitivamente terminado por sentencia ejecutoriada. La presunción de verdad de la cosa juzgada sólo puede quebrantarse, en materia criminal, para proteger la inocencia o irresponsabilidad del condenado. De lo contrario se desvirtuaría la estabilidad de los fallos judiciales, cuya firmeza es inmanente al orden jurídico".

5. Lo expuesto en las anteriores consideraciones está indicando que los motivos de revisión propuestos por el demandante no prosperan y que, por lo tanto, el recurso deberá ser denegado.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NIEGA LA REVISION del proceso a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente, por conducto del Tribunal Superior de Aduanas, al Juzgado de origen. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Ploquinto León L., Secretario

DELITO DE ROBO.- ERROR DEL TRIBUNAL EN LA APRECIACION DE LOS HECHOS.- AUSENCIA DE CULPABILIDAD

Elementos de coparticipación criminal. — La sola realización del hecho material no entraña responsabilidad cuando el elemento subjetivo no resulta demostrado. — Causal 2ª de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, agosto veintiuno de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto por el procesado *Luis Alberto García Rincón* contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 1º de febrero de 1963, por la cual le fue impuesta la pena principal de seis años de presidio, como responsable del delito de robo.

En el mismo fallo fueron condenados, a la misma sanción, los sindicados Miguel Angel Argotty y Luis Barrera Barrera, por el mismo delito

Conoció en primera instancia el Juzgado 3º Penal del Circuito de Bogotá.

HECHOS

El día dieciséis de junio de mil novecientos sesenta y dos, ante el Juzgado Permanente de Occidente, de Bogotá, el señor Uriel Barragán Saavedra formuló el siguiente denuncio:

"Soy propietario del almacén de víveres denominado 'San José', situado en la carrera 19 Nº 10-31 de esta ciudad. Hoy llegué a las seis de la mañana a abrir el almacén; encontré que las 'patas' de la reja las habían totiado... Luego constaté, entrando al almacén en compañía de otras personas, que habían entrado los ladrones; miré enseguida a donde estaba la sumadora y no la vi; enseguida llamé a la Estación 100 de la Policía y vino un radio-patrulla, tripulado por el Teniente Jaime Díaz Nacín, con quien entramos al almacén y constatamos que se habían robado..." la sumadora, un radio marca "Philips" y varias latas y cartones de manteca.

Posteriormente, en ampliación de su denuncio, expresa el señor Barragán Saavedra que luego de haber acudido, el día de los hechos, al Juzgado Permanente, regresó al almacén y ya encontró al señor Eliécer Matallana, quien presta servicio de vigilancia nocturna en ese sector. Este le dijo que dos muchachos, quienes también se encontraban ahí, lo habían reemplazado la noche del robo.

Dice que "Inmediatamente les pregunté y me contestaron que los habían asustado y que una camioneta de color verde, vieja, marca 'International', manejada por un chofer gordo, viejón, barbado, era la que había transportado la manteca y las cosas que se habían robado. En vista de lo que me acababan de decir, nuevamente llamé a la Policía..., llegó la radio-patrulla y entonces nos subimos y a media cuadra del almacén, al costado oriental, se encontraba la camioneta que esos muchachos me habían dicho y cuya placa yo había anotado.... Ya en el Permanente, el chofer dijo que sí, que él había recibido el viaje por la mañana, muy temprano y que lo había ido a transportar al barrio 'Cundinamarca'; entonces un agente del F-2 le hizo algunas preguntas y el juez ordenó que la radio-patrulla fuera hasta ese lugar donde el señor decía que había descargado ese viaje y... el chofer indicó donde era y allá fuimos. El sub-oficial que llevaba la boleta le pidió al señor dueño del establecimiento que permitiera una ronda. El señor dijo que ahí no era; como la boleta decía que donde el conductor indicara y el conductor indicó que era ahí, en vista de esto el señor dijo que bueno, que podían seguir a ver de qué se trataba y así fue como el sub-oficial, otro agente y uno del F-2 entraron a practicar la ronda. Luego el agente del F-2 me dijo que siguiera a ver si dentro de las cosas que habían adentro se encontraba la manteca que se habían robado. Al entrar a una de las piezas que la utilizan como bodega, el agente del F-2 removió el arrume de manteca que se encontraba recostado contra la pared; cómo en ese arrume se encontraba manteca de marcas 'La Mejor' y 'La Blanca', los cartones que bajaron, entre los que bajaron, no los de arriba sino los de más abajo, se encontraron cartones húmedos y entre ellos unos desbaratados, es lo que hacía pensar que habían sido recientemente transportados y como el sábado al amanecer hubo lluvia, ya le dijo al agente del F-2 que esos mismos cartones podían haber sido sacados de mi almacén. También se encontró en unos cartones de manteca 'La Blanca' el número medio, que se le pone a los cartones de media libra; generalmente esto lo hace un joven que tengo en mi almacén. Luego de ésto, el agente del F-2 le dijo al sub-oficial que todos esos cartones que entraban con esas dudas de que habían sido robados, se transportaran para el Juzgado Permanente y así lo hicieron, junto con el señor que dijo que era el dueño del negocio y un muchacho que dijo era empleado de ese señor. También se anotó que allá quedó mucha más manteca de la misma marca citada...".

Luego anota lo que sigue: "La señora del dueño del almacén y éste dijeron que esas mercancías y todo lo que tenían en el almacén eran mercancías que pedían a las fábricas y entonces el agente del F-2 y el sub-oficial les pidieron que les mostraran las facturas que habían descargado esa misma mañana y ellos contestaron, mirándose el uno al otro, que no habían comprado nada...".

El recurrente, Luis Alberto García Rincón, propietario de la camioneta a que alude el denunciante, refiere en la indagatoria lo que pasa a transcribirse:

"Es una camioneta de servicio público y la estaciono ahí en el parqueadero de la empresa 'Trans-Competente', donde está afiliada... Pues yo llegué con la camioneta el día quince por la tarde a la casa a eso de las seis de la tarde y la estacioné ahí frente a la casa y me entré a dormir y al otro día, a las cinco de la mañana, por tarde, estaba para venirme para el centro y en esas que me iba a venir llegó el señor Pedro A. Sánchez y Eliécer Castro y los traje de la casa hasta la calle 13 con carrera 30; de ahí me subí con la camioneta por la trece, para ir a coger turno en el estacionamiento; llegando a la calle once, con la carrera diecinueve me salió un tipo de una estatutra muy alta, de

anteojos y sobretodo y una cartera debajo del brazo y me dijo que si le podía hacer un viajecito a Puente Aranda, a la esquina de la carrera 54 con la calle 16; le dijo que con mucho gusto; me dijo que en cuánto se lo hacía; le pedí quince pesos y me dijo que no, que él siempre había pagado por esos viajes diez pesos; me dijo que era que era muy poquito y que lo llevaba en zorra de manos, y que lo hacía porque no se le mojaran los cartones, porque estaba lloviznando. Yo le dije que bueno y entonces me dijo que siguiera por la once de para abajo y que voltiara por la misma once subiendo y que abajito de la carrera diecinueve me esperaba; entonces orillé y mientras que yo le quité un palito que le tengo al camión, porque se queda pegado y me daña la batería; cuando yo alcé la cabeza y me subí a la camioneta, me dijeron: 'déle a la dirección antes mencionada'. Yo arranqué y el mismo tipo me dijo por el camino que era el almacén de toda la esquina, me gritó desde atrás de la camioneta. Yo llegué allá, a la esquina de la dirección mencionada, orillé en toda la esquina, estaba el almacén abierto y sin más demora, ellos, con otros tipos que estaban ahí en la puerta del almacén, mientras yo le quité el tal palito al relay, ya habían descargado. El tipo me dio los diez pesos y se entraron al almacén; yo arranqué y me vine hacia la plaza, en el puesto de la yuca. Ahí me salió un viaje para el barrio 'Claret', lo hice y enseguida hice otro viaje para la calle 48 con carrera 16, volví a hacer otro viaje, con el cual iba cargado y en esas llegó un radio-patrulla, se bajó el teniente y me dijo: 'Está detenido'. Bajó a un muchacho, a quien le dije que me ayudara a cargar el viaje que hice al barrio 'Claret', lo echó en el radio-patrulla y enseguida me llevaron para la veinticuatro...".

A la pregunta que le hiciera el funcionario de instrucción sobre si sabía "qué personas y qué procedimientos emplearon para robar el almacén 'San José', responde: "Yo qué voy a saber, doctor, si yo soy ajeno a esas vainas".

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Propone el demandante la causal segunda de casación, a través de la cual formula los siguientes cargos:

1º. Que "se desconoció el hecho de que Luis Alberto García Rincón se encontraba todavía en su casa, cuando fueron sustraídas las mercancías del almacén 'San José'. Luego es evidente que no podía intervenir en el proceso de dicha sustracción dolosa".

2º. Se "dio por establecido que Luis Alberto García Rincón conocía la procedencia ilícita de la mercancía que transportaba ese día, hecho que no está probado en los autos".

Anota que "ni Luis Barrera Barrera, ni Agustín Bernal Vergara, personas que dicen haber presenciado el robo, afirman que el chofer Luis Alberto García Rincón ayudó o colaboró en sacar la mercancía o manteca del almacén 'San José'. Al contrario, el chofer García Rincón apareció, según tales personas, en el escenario de los hechos, cuando dicha mercancía fue transportada de la zorra a la camioneta. El almacén está situado en la carrera 19 Nº 10-31, y según la afirmación de Bernal Vergara, la camioneta fue estacionada en la carrera 19 con la calle 11; es decir, a una cuadra de distancia del almacén fue estacionada la camioneta. En consecuencia, el chofer García Rincón no intervino en ningún instante en la consumación del robo, pues él no ayudó, ni colaboró en sacar la mercancía del almacén, pues nadie le hace tal cargo, ya que la mer-

cancía le fue entregada de la zorra. Así lo sostiene el testigo de cargo José Bernal Vergara, cuando dice: 'Y la camioneta siguió a la carrera diecinueve con calle once y allí se estacionó y entonces en ese momento (lugar) fue cuando un señor con una zorra, se fue para donde estaba la camioneta y llevaba un poco de manteca y la subió a la camioneta y el tal Argotti le dijo al de la camioneta que se fueran y se fueron'. Además, el dueño de la tienda (carrera 54 Nº 16-01) que compró la manteca, señor Carlos Julio Irreño Enciso, sostiene en su indagatoria (F. 13 y 13 v) que, cuando cerró la tienda, no vio la camioneta, pues ya se había ido... Lo único evidente, ostensible y comprobado es que el chofer García Rincón transportó únicamente dicha manteca, desde la carrera 19 con calle 11 hasta la carrera 54 Nº 16-01...' No obra, pues, en su contra, sino el indicio de haber transportado la mercancía; pero tal indicio no es necesario, ya que no existe vinculación próxima o nexo íntimo entre el transporte de dicha mercancía y la sustracción y venta de ella. Por lo menos no se hizo tal comprobación, pues el transporte que hizo García Rincón es independiente de la sustracción... Sin embargo, el Tribunal, en la sentencia recurrida, le dio a ese solo indicio un mérito que no le atribuye la ley. Es decir, ese solo indicio del transporte de la mercancía lo constituyó en plena prueba, no siendo un indicio necesario, contraviniendo lo estatuido por los artículos 217 y 218 del C. de P.P. Tal error incidió en la resolución condenatoria, pues al chofer García Rincón le fue impuesta la pena de seis años de presidio, como autor del robo, con lo cual el Tribunal violó la ley sustantiva penal, por aplicación indebida...".

Agrega que, asimismo, se desconoció el carácter indivisible de la confesión de su mandante, la cual está respaldada en otros medios de prueba, a saber:

"Dice Carlos J. Irreño Enciso: 'No, la camioneta yo no la vi, ya se había ido', cuando hizo éste la negociación de la manteca" (F. 13 y 13 v). "Expresa Gumercindo Cifuentes: "Le preguntaron al chofer de la camioneta que a dónde había cargado esas cajas que le habían echado en la plaza 'España' y él dijo que las había llevado a Puente Aranda...' (F. 30). Informa Olimpo Orduña Quiroga que 'solicitaron un agente del F-2 para que hiciera una ronda en la dirección que indicara el chofer de la camioneta que había llevado el robo, lo cual se practicó... en el almacén de Carlos J. Irreño' (F. 37). El agente de la Policía Nacional, Ramón Salamanca, declara que "yo me fui en la camioneta y el conductor dijo llamarse Luis Alberto García, quien me comunicó que si era por el traslado de un poco de cajas que le habían solicitado unos sujetos, que les prestara el servicio, y que le habían pagado diez pesos para que les trasladara unas cajas a Puente Aranda, que él no sabía qué contenían y que la profesión de él era ésa, trabajar en la camioneta para ganarse la vida. El lo hizo, pero que si se trataba de un robo, él decía en dónde había dejado esas cajas. Así lo hizo', (F. 39 v). Testifica Eudoro Rodríguez (F. 42) que 'el sábado 18 de junio fue contratado por Luis Alberto García, como a las siete de la mañana, para que lo ayudara en los acarreos de la camioneta; que después de haber hecho dos viajes, cuando iban a hacer un tercer viaje, fueron capturados'. Los testigos Pedro Antonio Sánchez (F. 57), Elíécer Castro Pineda (F. 59) y Luis Antonio Bello Cañón (F. 78), sostienen que la camioneta estaba parada frente a la casa de Luis Alberto García Rincón, situada en la calle 50 Sur Nº 32-60, y que después de las cinco de la mañana los dos primeros testigos viajaron en la misma camioneta, con García Rincón, quien los dejó en la calle 13 con carrera 30, llegando a este lugar más o menos a las cinco y media de la mañana... Tenemos, entonces...", concluye el doctor Calvo Castillo..., "que la confesión que

hace Luis Alberto García Rincón no está desvirtuada por prueba alguna, mucho menos por el único testigo de cargo, José A. Bernal V., sino que está corroborada y vigorizada por los diferentes elementos de juicio que obran en el proceso...".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, luego de un examen de las pruebas señaladas por el demandante, considera que los cargos propuestos han sido demostrados y, en consecuencia, solicita que se case la sentencia acusada.

Dice el señor Agente del Ministerio Público que "hubo, pues, error por parte del Tribunal en aceptar como probado el hecho del conocimiento que tuviera García del origen ilícito de la mercancía; error que lo condujo a considerarlo como responsable del delito de robo que otros perpetraran. Tampoco cabe suponerse que el único indicio que milita en contra de García tenga las características de necesario, a la luz del artículo 218 del C. de P.P., tal como lo afirma el opositor, 'no existe ninguna vinculación próxima o nexo íntimo entre el transporte de la mercancía... y su sustracción y posterior venta al señor Carlos J. Irreño Enciso'. El Tribunal dio al indicio del transporte un mérito que no le atribuye la ley, constituyéndolo en plena prueba y contraviniendo el artículo 217 del mismo Código. Por otro aspecto, la confesión del procesado no ha sido desvirtuada; no se ha presentado prueba en contrario de ella a lo largo de los autos y, a la inversa, fue ratificada por las diferentes probanzas que se han mencionado ya".

LA SALA CONSIDERA

Los cargos señalados por el demandante resultan demostrados y, de consiguiente, prospera la causal segunda de casación propuesta.

En efecto, es manifiesto el error del *ad-quem* en la apreciación de los elementos de juicio tomados en cuenta para calificar la conducta del procesado *Luis Alberto García Rincón*, con respecto al delito de robo averiguado.

Ninguna prueba permite aseverar que entre el recurrente y los sindicados Miguel Angel Argotty y Luis Barrera Barrera hubiera existido acuerdo previo para que aquél, con conocimiento del delito que iba a perpetrarse o que ya se había consumado, prestara su colaboración para el transporte de las cosas materia de la infracción penal. Antes bien, como lo asevera el actor y lo acepta el señor Agente del Ministerio Público, la explicación de su comportamiento, dada por García Rincón en la indagatoria, aparece respaldada en otras pruebas traídas al informativo. Fue, precisamente, por la información que éste dio a las autoridades, por lo que pudo ser recuperada la mercancía sustraída del almacén del señor Uriel Barragán Saavedra, lo cual se verificó el mismo día de los hechos. Asimismo, la circunstancia de que el recurrente hubiera estacionado su camioneta a corta distancia del almacén donde se consumó el delito, luego de que, por solicitud de uno de los autores del mismo transportó los objetos robados, pone de manifiesto su ignorancia sobre la procedencia ilícita de tales mercancías. Por último, las declaraciones de Irreño Enciso, Gumercindo Cifuentes, Olimpo Orduña Quiroga, Ramón Salamanca y Eudoro Rodríguez, citadas por el señor apoderado de García Rincón, dan respaldo a lo que éste dice en su declaración de inquirir.

Es cierto que José Agustín Bernal Guevara (F. 94 y ss.), expresa que el día de los hechos, como a las tres de la mañana, vio una camioneta por el sector del almacén donde se perpetró el robo, y que, además, pudo darse cuenta de que quien la conducía era el señor García Rincón. Pero este testimonio carece de credibilidad, pues al ser preguntado por el sitio desde donde vio al chofer de tal vehículo, manifestó que "como a media cuadra". En tales circunstancias, es obvio que dada la distancia, la obscuridad de la noche y el hecho de que antes no había visto al citado García Rincón, resulta muy improbable que pudiera identificar, de manera segura, al recurrente. De otra parte, contra lo dicho por este testigo, se tiene lo que aseveran Pedro Antonio Sánchez, Eliécer Castro y Luis Antonio Bello Cañón, según los cuales esa misma noche vieron la camioneta de García Rincón estacionada frente a su casa (calle 50 Sur, Nº 32-60), habiendo viajado los dos primeros al centro de la ciudad en ese mismo vehículo, a las cinco de la mañana del día del robo.

Así, pues, no cabe fundamentar la responsabilidad de García Rincón en el solo testimonio del nombrado Bernal Guevara, tanto menos cuanto, como se dejó observado, no ofrece serios motivos de credibilidad. Ni aún tomando como cierto su dicho, de ello tampoco se desprende el previo acuerdo del recurrente con los autores del robo investigado.

Por último, la única circunstancia de que García Rincón hubiera transportado lo que fue materia del ilícito, no permite deducir de ello que sea responsable del reato, pues *la coparticipación criminal implica el conocimiento del fin delictivo, a más de la colaboración física que para la perpetración del delito se preste.*

En su obra sobre la *"Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito"*, (Editorial "Góngora", Madrid, 1926, Pág. 199 y ss.), dice el maestro Francisco Carrara, al referirse al tema del concurso de acción sin concurso de voluntad, en cuanto a la complicidad, lo siguiente:

"Me anticipo a consignar que en este caso no pueden resultar los términos de la complicidad. Ante la ley penal no cabe responsabilidad de un hecho en el cual no concurre la responsabilidad moral. Y ésta no existe donde no se determina intención encaminada al fin criminal. La complicidad no puede resultar de una convergencia eventual de hechos sin positiva convergencia de voluntades".

De conformidad con las pruebas, es evidente que la ayuda que García Rincón prestó a los delincuentes fue guiada por una intención inocentemente distinta al propósito perseguido por éstos. Y en tales circunstancias no puede ser responsable penalmente, por ausencia de culpabilidad.

De acuerdo con el artículo 12 del Código Penal, "las infracciones cometidas por personas que no estén comprendidas en la disposición del artículo 29, son intencionales o culposas". Por tanto, la sola realización del hecho material no entraña la responsabilidad penal, cuando el elemento subjetivo, en orden a la violación de una norma jurídica tutelada por el Estado, no resulta demostrado.

En todo delito intencional, es bien sabido, debe estar presente el dolo. En ausencia de éste la conducta no es punible.

En auto de 23 de marzo de 1950 (G.J. t. LXVII, P. 221), anota la Corte que "la intención —se puede decir— es el camino que la voluntad puede seguir hacia la realización de un fin determinado, que en la esfera del derecho penal puede constituir un daño para la sociedad. En estos casos existe una correspondencia absoluta entre el propósito o intención criminal —elemento subjetivo del delito— y los actos de la voluntad, que traducida en hechos violatorios de la norma penal, constituye el delito en su acepción general".

Así, pues, corresponde invalidar la sentencia recurrida, con apoyo en la causal segunda de casación invocada por el demandante, a fin de absolver al nombrado García Rincón en cuanto al delito de robo por el cual fue condenado.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —*Sala Penal*—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se ha hecho mérito, en cuanto condena a *Luis Alberto García Rincón* a la pena de seis años de presidio, más las sanciones accesorias del caso, como responsable del delito de robo, y, en su lugar, lo ABSUELVE de dicho cargo.

PONGASE en libertad incondicional al nombrado García Rincón.

En lo demás, rige la sentencia impugnada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario

DELITOS DE HOMICIDIO.- CARGO DE NULIDAD.- CULPABILIDAD Y RESPONSABILIDAD.- VEREDICTO

Los tipos penales se integran a título de dolo o a título de culpa.- Absurdo planteamiento del apoderado respecto de elementales nociones de la doctrina penal. — Veredicto legalmente apto para sustentar la condena. — Causales 4ª y 7ª de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos sesenta y cuatro.
(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria.

VISTOS

Procede la Corte, cumplidos los trámites legales, a decidir de fondo sobre el recurso extraordinario de casación, interpuesto por el procesado *Agustín Murillo Henao*, contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, con fecha veintiocho de agosto de mil novecientos sesenta y tres y mediante la cual lo condenó a la pena principal de diez y siete (17) años de presidio y sanciones accesorias correspondientes, como responsable de los delitos de homicidio.

ANTECEDENTES

Sobre los hechos que originaron el proceso la Sala acoge la versión que aparece en el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, tomada de la actuación cumplida, en relación con este negocio, en el Tribunal de Gracia:

"Aparece en el informativo, que el día 17 de agosto de 1958, domingo, los sujetos Arnulfo Antonio Gualteros y Floresmiro Rodríguez llegaron a la fonda o tienda de Agustín Murillo Henao, en la vereda de 'La Rica', comprensión municipal de Santa Isabel, y aunque se trataba de individuos forasteros, o desconocidos en la región, fueron cordialmente recibidos por los allí presentes, llegando a departir en forma amistosa, especialmente con Carlos Abel Escobar Delgado y con el propio Murillo Henao, quien, incluso, le ordenó a su esposa les preparara de comer, por petición de los mismos forasteros. Horas después, cuando Murillo Henao se dirigió a la vecina finca de "La Cabaña", habitada por Jacinto Martínez, y donde había estado aquel día apurando buenas cantidades de licor, y allí, igualmente, fueron recibidos de manera cordial, dada la forma amable y atenta en que se presentaron. Pese a lo anterior, uno de los presentes, Evelio Sánchez, optó por inquirir de Gualteros su procedencia y como éste no la explicara en forma satisfactoria, dicho sujeto le asestó una palmada por la cara. Acto continuo, Murillo Henao, quien dicho sea de paso, ejercía las funciones de Comisario de la vereda, anunció una pronta requisa, mas fue lo

cierto que simultáneamente se oyó un disparo de arma de fuego cuyo proyectil hizo blanco en la persona de Gualteros, quien momentos después dejó de existir. Dicho disparo al decir de numerosos declarantes y del propio Murillo Henao, fue hecho por éste. Ante semejante espectáculo como es obvio, Floresmiro Rodríguez, compañero de Gualteros, salió en precipitada carrera, siendo perseguido por Murillo Henao y otros, a quienes éste les pidió u ordenó que le ayudaran a capturarlo. Así las cosas, y como Rodríguez tomara la dirección de la fonda de Murillo Henao, éste al pasar por allí sacó una carabina y prosiguió la persecución del fugitivo, logrando localizarlo después de dura faena. En seguida, como Escobar Delgado abogara por la suerte de Rodríguez, es decir, pidiera que no le fueran a matar, pues era un buen muchacho de Anzoátegui, Murillo Henao consideró tal actitud como indicativa de rebeldía hacia él, provocando de esta manera una situación conflictiva, según algunos declarantes, consistente en que dicho Escobar Delgado le rastrilló por varias veces un revólver sin dar fuego, momento en el cual Murillo Henao le disparó con la carabina segándole la vida. Otros declarantes, por el contrario, niegan que Escobar Delgado sacara su revólver, y exhiben a Murillo Henao como un agresor injusto, que lo eliminó por el sólo hecho de pedir protección para Rodríguez. En cuanto a éste, consta que un muchacho desconocido le propinó tremendo machetazo por la nuca, a raíz de lo cual el lesionado salió corriendo, pero entonces el mismo Murillo Henao le disparó por varias veces con la carabina, causándole la muerte. La investigación fue adelantada por el señor alcalde civil y militar de Santa Isabel, y, según puede verse a los folios 64 y ss. del expediente, dicho funcionario profirió auto de detención preventiva en contra de Agustín Murillo Henao por los mencionados delitos".

ACTUACION PROCESAL

1º El Juzgado 5º Superior de Ibagué, una vez cerrada la investigación y oído el concepto del Fiscal, calificó el mérito del informativo mediante providencia de 13 de febrero de 1962, en la cual dispuso, entre otras cosas, *"llamar a responder* en juicio, por los trámites en que interviene el jurado, al procesado *Agustín Murillo Henao*, hijo de Bernardo Murillo y Carmen Rosa Henao, natural y vecino de Santa Isabel, de cuarenta años de edad, casado y agricultor, por los delitos de homicidio perpetrados en las personas de Arnulfo Antonio Gualteros y Floresmiro Rodríguez, en el paraje de "La Rica", del Municipio de Santa Isabel, la tarde del diez y siete de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho".

2º En la motivación del proveído aludido se atribuyó a los homicidios, circunstancias constitutivas de asesinato', "pues —dice el juzgado— fueron cometidos sorprendiendo a ambas víctimas en estado de indefensión e inferioridad personal".

3º El Tribunal, por auto de 11 de julio del mismo año, confirmó la resolución de la instancia, y con base en los términos del procesamiento Murillo Henao compareció ante el jurado, en audiencia pública, el 21 de febrero de 1963.

4º A las cuestiones propuestas a los señores miembros del jurado, éstos inicialmente contestaron así:

A la primera, referente a la muerte de Floresmiro Rodríguez: "Es culpable de los dos últimos homicidios", respuesta suscrita por uno de los designados; "Es culpable de los hechos, contra los dos desconocidos", respuesta firmada por los restantes jurados.

La segunda cuestión, referente a la muerte de Arnulfo Antonio Gualteros, mereció las mismas respuestas, aunque invirtiéndose el resultado de la votación (folios 91 y 92 del cuaderno 2º).

5º En vista de las respuestas confusas, el señor juez, según aparece del acta de la audiencia, advirtió a los jurados "que debían contestar si o no a cada uno de los cuestionarios, por lo cual los miembros del jurado, sin retirarse del salón, ni comunicarse con ninguna otra persona, procedieron a redactar una nueva respuesta, colocando la palabra 'sí' en cada uno de los cuestionarios y firmándolas nuevamente". (Folios 94 y 95, cuaderno 2º).

6º Con este pronunciamiento del jurado, el juez del conocimiento dictó el fallo condenatorio, confirmado en todas sus partes por el *ad-quem*.

DEMANDA DE CASACION

La formuló, como apoderado del recurrente, el doctor Rómulo Perdomo Medina, en el escrito que obra de Fls. 10 a 15 del cuaderno de la Corte.

Hace la acusación del fallo del Tribunal, con base en las causales *cuarta* y séptima del artículo 567 del C. de P. P., de acuerdo con estos planteamientos:

Causal cuarta

La sentencia recayó sobre un juicio viciado de nulidad porque si el Juez de Derecho "advirtió a los miembros del jurado que el contenido de éstas (las respuestas), es confuso, y que debían contestar si o no a cada uno de los cuestionarios", tal proceder "coartó la libertad de los miembros del jurado al colocarlos en la disyuntiva de si o no únicamente, olvidando que el Art. 29 de la Ley 4ª de 1943, no sólo permite, sino que impone a los jueces el deber de adicionar su respuesta, si juzgan que el hecho se cometió en circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario".

Agrega el impugnador que en "verdad es muy discutible que en el primer veredicto el jurado haya manifestado su voluntad condenatoria, pues si se analiza bien, se puede establecer que todos los jurados dijeron: *"Es culpable"* ... "y si se tiene en cuenta que en nuestra Legislación Penal se es responsable en forma diferente cuando se infringe la ley dolosamente, que cuando se infringe por culpa, tenemos que concluir que el primer veredicto no era totalmente condenatorio, pues colocaba al procesado bajo la favorable modalidad de la culpa..."

Causal séptima

Para demostrar que la sentencia se dictó con base en un veredicto evidentemente contradictorio, el señor apoderado se limita a argüir:

"El veredicto del jurado es uno solo e indivisible, y está constituido por el cuestionario y la respuesta. En el caso en estudio tenemos la existencia de dos respuestas contradictorias para los mismos cuestionarios. En efecto en la primera de ellas el juri consideró que el acusado era *"culpable"* y en la segunda que era *'responsable'*. Comoquiera que en nuestra legislación penal la responsabilidad penal se divide en dolosa y culposa, y que la una excluye a la otra,

forzoso es concluir que en su primera respuesta el jurado le suprimió al veredicto el aspecto doloso (la intención de matar, pues reconoció la culpa), y en la segunda declara que sí hay intención de matar, al contestar conforme lo indicó el juez de derecho (*sí* o *no* simplemente).

"Las respuestas del jurado al cuestionario son distintas, la segunda no es aclaración de la primera, pues ésto no fue lo que se les solicitó, sino lo que les pidió el Presidente de la Audiencia, fue una nueva respuesta y no una aclaración. En consecuencia, el veredicto tiene dos respuestas contradictorias y excluyentes entre sí".

Como conclusión, el señor apoderado estima, con fundamento en las causales alegadas, que la sentencia debe invalidarse, y así lo solicita de la Corte.

OPINION DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, se opone en su concepto de fondo a que se case la sentencia recurrida, y expone, entre otras razones, las siguientes:

En cuanto al cargo de nulidad:

'Lo argüido por el señor abogado demandante, resulta cosa inaceptable, porque bien se sabe que la única base que guía al actor para razonar como razona, consiste en lo que aparece dicho en la última parte de la relación de la audiencia pública, aseveración que no fue objetada por el señor defensor, que en juicio público actuó. Este tampoco criticó o censuró la actuación cumplida por el señor juez del conocimiento, al exigir, de acuerdo con sus facultades legales, y en forma oportuna, que aclararan los jurados las curiosas respuestas que conformaban el veredicto.

"..... .....

"En sentir de este Despacho, el jurado no fue en manera alguna, constreñido a responder en determinada forma. Y es de presumir que antes de exigirse efectivamente una declaración al veredicto emitido, entre el juez de derecho y los jurados debió existir un breve diálogo en que aquél comentó las respuestas dadas y la razón de su solicitud de aclaración, el cual ciertamente no era necesario consignarlo en la relación escrita respectiva.

"Así, pues, que la Procuraduría estima errada la crítica que contiene la sentencia del H. Tribunal con respecto a la actuación del juez, crítica que, a su vez, ha servido para que el señor abogado demandante ataque la sentencia que la contiene.

"Por otra parte, es acertada su apreciación, acerca de que el veredicto primeramente manifestado era francamente contradictorio, apreciación y comentario, que sí podía hacer, ya que entraba a comentar el fallo de primera instancia, basado, conforme a la ley, en el veredicto definitivamente pronunciado en legal forma.

"Además, obsérvese que el jurado estaba integrado por personas distinguidas (uno de ellos empleado departamental de categoría), a quienes ni el juez pretendía dominar, ni ellas dejarse imponer.

"No existiendo la denunciada arbitrariedad no es dable decir que en el presente caso fueron alteradas las formas propias del proceso o juicio".

Al referirse al cargo formulado con base en la causal séptima, y en especial al concepto errado que el demandante tiene respecto de la *culpabilidad*, la Procuraduría reproduce lo dicho por ese despacho con anterioridad, y que aparece en la publicación hecha de sus doctrinas en el año de 1948:

"*Responsabilidad y culpabilidad*. Los términos *responsabilidad* y *culpabilidad* no se excluyen, sino que, por el contrario, se relacionan y complementan.

"La culpabilidad no es otra cosa que el nexo de causalidad psíquica existente entre el agente y el delito por él cometido. Es la misma imputabilidad, pero vista por el aspecto de la acción moral o espiritual, desarrollada por el delincuente.

"En cambio, la responsabilidad se refiere a la obligación en que está el delincuente de sufrir las consecuencias jurídico-penales de su hecho antisocial.

"En tal virtud, entre la imputabilidad, la responsabilidad y la culpabilidad hay una íntima relación de dependencia, en que cada una presupone la otra.

"Sobre este particular se expresa muy bien el profesor Eugenio Cuello Calón, en los siguientes términos:

"'El agente antes de ser *culpable* debe ser *imputable* y *responsable*. Así, pues, imputabilidad y responsabilidad son supuestos previos de la culpabilidad.

"'La *imputabilidad* es el más importante elemento de la responsabilidad. Se refiere a un determinado estado espiritual del agente, a un conjunto de condiciones psíquicas, existentes en el momento de la ejecución del hecho, que lo capacitan para responder de él ante el poder social.

"'Es *responsable* el imputable que a causa de la ejecución de un hecho punible debe responder de él, así que la *responsabilidad*, es el deber jurídico que incumbe al individuo imputable de dar cuenta del hecho realizado. Por tanto, mientras la imputabilidad es una posibilidad, la responsabilidad representa una realidad.

"'Es *culpable* el que siendo responsable estando obligado a responder de sus actos, es declarado en falta con la sociedad, y como consecuencia merecedor de una pena. De aquí que la *culpabilidad* es la declaración de que un individuo es acreedor a la imposición de una pena'.

"La culpabilidad presupone dos diversas relaciones de causalidad entre el agente y su hecho: a) Una relación de causalidad material o física, es decir, que el agente sea su autor material; b) Una relación de causalidad psíquica, que el agente sea su autor espiritual.

"El demandante, por lo que se deja transcrito de la parte de su libelo, tomó los términos *responsabilidad* y *culpabilidad*, en un sentido distinto y equivocado, pues a la primera palabra le dio la equivalencia de *dolo* o *propó-*

sito delictuoso, y a la segunda, la de obrar en forma *culposa*; y en tal sentido, sí habría contradicción en los términos, porque el dolo excluye la culpa, como es obvio.

"Pero de eso no se trata aquí, porque tanto la responsabilidad como la culpabilidad se predican de las infracciones *dolosas* y de las *culposas*. El dolo y la culpa no son sino modalidades o formas de responsabilidad y culpabilidad".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1ª Los motivos de casación alegados por el demandante no son de recibo y carecen, en un todo, de atinencia jurídica, pues, de una parte, la sentencia recayó en un juicio debidamente rituado y, de otra, la resolución condenatoria concuerda con el auto de proceder y el veredicto del jurado.

2ª Si bien es cierto que en la respuesta a la cuestión que el Juez de Derecho propone a los integrantes del jurado, éste está facultado por la Ley 4ª de 1953 (Art. 28) para hacer agregaciones o explicaciones relacionadas con las circunstancias del hecho o de la responsabilidad, en el caso de autos la irregular advertencia de que da cuenta el acta de la audiencia pública, no afectó las formas del juicio ni quebrantó el derecho de defensa. Las respuestas primitivas de los jueces de conciencia, afirmaron la responsabilidad del acusado. Su aspecto confuso, que exigía necesariamente aclaración, versaba sólo en la manera de indicar, no obstante tratarse de cuestiones separadas, las personas que fueron víctimas de los homicidios.

3ª Cabría hablar de nulidad constitucional, si los señores miembros del jurado hubieran, en cualquier forma, declarado la irresponsabilidad del encausado, o introducido al veredicto alguna agregación que significara, a la vez, modificación del grado de responsabilidad.

4ª No tiene contenido jurídico, frente a las dos causales invocadas por el demandante, la pretendida distinción de culpabilidad *y* responsabilidad, *pues nadie en derecho penal ignora que cuando se habla de* culpable *se está fijando un concepto propio de la causalidad subjetiva de una conducta criminal, no referida exclusivamente a la intención o dolo, pues los tipos penales se integran, en su aspecto moral, a título de dolo o a título de culpa.*

Innecesario considera la Corte frente al absurdo planteamiento del señor apoderado, detenerse en nociones elementales de la doctrina penal, y le basta decir que cuando un jurado dice de un acusado que es culpable, *con mayor comprensión se afirma la responsabilidad, cuya concreta exigencia compete en la sentencia al juez de derecho.*

5ª Ninguna contradicción cabe atribuir al veredicto, comparando la respuesta inicial y la aclaratoria, como que en ambas virtualmente aparece la voluntad del jurado de atribuir, como hechos punibles, al acusado los homicidios a que se refirió el auto de vocación a juicio y, en consecuencia, el veredicto es legalmente apto para sustentar la condenación en la forma hecha por las instancias.

6ª Lo dicho es suficiente para que la Corte deseche el recurso, de acuerdo con el artículo 569 del C. de P. P.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación, a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cóplese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PRIVADOS

La impugnación de la sentencia a través de la causal 2ª, obliga al demandante a demostrar el error en que hubiera podido incurrirse. — Tipificación del delito de falsedad en documento privado. — Elementos indispensables para la existencia de este delito en sentir de la Corte. — La esencia de la falsedad en el documento privado es la causación del perjuicio o la simple posibilidad de causarlo, por haber sido esa la intención del agente del delito. Casos previstos en el C. de P. P. para que sea admisible el desistimiento de la acción penal. — Causales 2ª y 1ª de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre primero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS

Procede la Corte a resolver el recurso de casación interpuesto por Alvaro Jaime Acosta Ospina, contra la sentencia de 30 de octubre de 1963, por medio de la cual el Tribunal Superior de Ibagué lo condenó a cinco (5) años y cuatro (4) meses de presidio y penas accesorias de rigor, como responsable del delito de falsedad en documentos. El juez de la primera instancia, que lo fue el Sexto Superior del mismo Distrito, había impuesto al procesado la misma sanción, en providencia de 25 de octubre de 1962.

HECHOS

Dijo María Amada Osorio López, la denunciante:

"Aunque ando el denuncio que voy a formular no fue cometido contra mi persona en forma directa, sino contra la Caja Seccional de la Caja Nacional de Previsión Social de esta ciudad, pero lo hago con el fin de que se investiguen los hechos y se sancione al responsable, quedando mi derecho a salvo para el cobro de mis prestaciones ante la referida entidad. Los hechos son los siguientes: Habiéndoseme decretado el pago de mi cesantía, en mi carácter de Oficial de Estadística Municipal de Alpujarra (Tol.), por la cantidad de *setecientos setenta y cuatro pesos con treinta y ocho centavos* ($ 774.38) M/Cte., me enviaron a Alpujarra las cuentas de liquidación, para que manifestara si estaba de acuerdo con la liquidación que se me había decretado y también para que manifestara por qué conducto se me podía hacer el giro de ese dinero a Alpujarra. Yo contesté que estaba conforme con la liquidación que se me había decretado y solicité que el giro se me podía hacer por conducto de la Caja

Agraria de Alpujarra, en cuya entidad tenía mi cuenta corriente. Esta notificación se me hizo el 29 de febrero del corriente año, por conducto de la alcaldía municipal de la citada población de Alpujarra. En vista de que habían transcurrido varios meses de esa fecha y no me llegaba el giro, recomendé al señor Carlos Umaña, para que hiciera la averiguación en la Seccional de la Caja Nal. de Previsión de esta ciudad, para que averiguara en qué consistía la demora del giro en referencia. El señor Umaña se presentó a la Caja de Previsión de esta ciudad e hizo la averiguación, y allí fue informado que ese cheque por esas prestaciones ya había sido entregado en esta ciudad al señor *Jaime Alvaro Acosta Ospina*, quien se había presentado con una autorización que yo dizque había dado a dicho señor, cosa completamente falsa. Al regresar el señor Umaña a Alpujarra e informarme sobre lo acontecido, me trasladé a esta ciudad y fui a la Seccional, me mostraron la autorización que había presentado dicho sujeto, y pude constatar que me había tratado de imitar o falsificar mi firma, pero en forma irregular, pues yo firmo muy distinto a mi firma (sic) que acostumbro en todos mis actos públicos y privados. De igual manera parece que la nota de presentación personal puesta a la autorización, que dice que yo le di fue también hecha por mi denunciado y falsificada por mi denunciado, según constancia expedida por el señor alcalde, la cual adjunto a este denuncio. Después me trasladé al Banco Popular de esta ciudad y allí me informaron que efectivamente el cheque Nº 079 Serie Nº 203, girado a favor de *María A. Osorio L.*, por la suma de *setecientos setenta y cuatro pesos con treinta y ocho centavos*, había sido cobrado, y también había suplantado mi firma, había sido cobrado (sic) por el señor *Jaime Alvaro Acosta*, el día doce de mayo del corriente año. Adjunto además a este denuncio una copia de la nota dirigida en el día de hoy al señor Gerente de la Caja Nacional de Previsión Social de Bogotá, para que ésta sea tenida en cuenta en el curso de la investigación. Pido que se tomen fotocopias de todos estos documentos para que se investiguen los hechos delictivos de mi denunciado, señor Acosta Osorio, quien reside en el Municipio de Alpujarra (Tol.). *Preguntada:* En cuánto estima el valor de los perjuicios de todo orden, causados con el delito? *Contestó:* Estimo el valor de los perjuicios que he recibido, en la suma de *mil pesos moneda corriente*. Eso es todo".

La nota de presentación a que se refiere la diligencia anterior, fue descrita por el señor alcalde municipal de Alpujarra, en estos términos:

"El suscrito alcalde municipal de Alpujarra. *Hace constar:* Que la señorita María Amada Osorio López, portadora de la cédula de ciudadanía Nº 28.560.004, expedida en este mismo lugar, no se ha presentado a este despacho a autenticar firma alguna para cobro de prestaciones sociales a ninguna entidad, durante el tiempo que hace que el suscrito se halla al frente de esta alcaldía, o sea del primero de abril del presente año en adelante. Que el suscrito alcalde no cree haber prestado su firma ni sellos en tal sentido, porque este despacho siempre exige la presentación personal para cualquier autenticación. Dada en Alpujarra a los siete días del mes de junio de mil novecientos setenta".

Adelantada la investigación correspondiente, la Inspección Tercera Municipal de Policía de Ibagué dictó, el 20 de junio de 1960, auto de detención preventiva contra Acosta Ospina, por los delitos de "Falsedad en documentos", "Falsificación de sellos" y "Estafa".

El día 14 de julio de 1961, el señor Juez Sexto Superior de Ibagué, dictó auto de proceder contra Jaime Alvaro Acosta Ospina, por los delitos de falsedad

en documentos y estafa. Y el 25 de octubre de 1962, pronunció la sentencia condenatoria mencionada atrás, la que, a su vez, fue confirmada por el Tribunal Superior de Ibagué, el 30 de octubre de 1963.

Contra ésta interpuso el procesado el recurso de casación que ahora se resuelve.

DEMANDA DE CASACION

La demanda de casación presentada por el doctor Agustín Gómez Prada, como apoderado de Acosta Ospina, reúne en lo formal y técnico las calidades que para ella se requieren, en armonía con el artículo 531 del Código Judicial.

Se proponen allí dos causales de casación contra la sentencia condenatoria de que se trata; la segunda y la primera, en su orden, de las señaladas en el artículo 567 del C. de P. P.

Analizadas éstas, en capítulos separados, termina el libelo, reclamando de la Corte que se invalide el fallo recurrido, "para en su lugar absolver al procesado de los cargos que se le han hecho en este proceso".

Al presentar la causal segunda dice el demandante que "el Tribunal apreció erradamente los hechos o pruebas en que funda el cuerpo del delito y la responsabilidad", fuera de "que no tuvo en cuenta pruebas que acreditan que no hubo falsedad y que el sindicado no es responsable de ellas" (sic).

"Las pruebas de responsabilidad que el Tribunal enuncia en un largo párrafo (Fl. 336), pero que no analiza en forma alguna —dice— son las siguientes: la denuncia de María Amada Osorio L.; la declaración de Alfonso Eslava López, pagador de la Caja Nacional de Previsión; la certificación del gerente y del secretario del Banco Popular de Ibagué, sobre pago del cheque; las fotocopias del mismo documento; la autorización para recibir el cheque en la Caja de Previsión; y la confesión del acusado".

Después de un breve análisis sobre el contenido de estos documentos de juicio, el demandante agrega:

"Esas son todas las pruebas que el Tribunal trae a cuento. Cree el Tribunal que el acusado contrahizo, o fingió letra, firma o rúbrica? Pues no, no es esa la falsedad del ordinal 1º del artículo 231 del C. Penal.

"El Tribunal considera, como el Juzgado, que el acusado falsificó e hizo uso del documento falsificado, lo cual encaja dentro de la figura del artículo 242 del mismo Código Penal, para lo cual se necesita: la falsedad de la firma, el uso del documento y el perjuicio. Y aquí corren dos cosas: que ni hay falsedad con uso, ni hay perjuicio, y si ni ambos extremos o ninguno de los dos está probado, como no lo está, la sentencia cae por su misma base.

"Y así paso a demostrarlo.

"En cuanto a la falsedad, 'la importancia de toda firma nace del escrito a que está aplicado —como dice Soler— y no de todo escrito, sino del que constituye un documento. La firma no es sino un requisito esencial del documento'. (Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo V, Pág. 336).

"La falsedad no surge —dice en otra parte— de la "imitación de ciertas firmas, sino de la inexactitud del relato garantizado por ella' (ibidem, Tomo V, Pág. 352). La falsedad de la firma se refiere —concluye— 'a la relación que guarda un documento con la realidad a la cual se refiere' (ibidem, Pág. 352).

"*En cuanto al perjuicio*, dice Carrara, que 'para que exista el título de falsedad, es necesario que el perjuicio posible surja directamente de la escritura falsa' y que 'no es posible discernir que derive perjuicio de la escritura con nombre imaginario' (Carrara, Programa, número 2809).

"Y más claramente lo expresa Soler cuando dice que 'La ley no castiga toda falsedad, sino solamente aquéllas de las que pueda derivar perjuicio' (obra citada, volumen V, Pág. 376) y que solamente puede deducirse delito en caso de obrar por otro 'sobre la base de la posibilidad de un perjuicio' (ibidem, Pág. 378).

"Lo mismo asevera una jurisprudencia unánime.

"Aquí, se repite, no hay falsedad, porque la firma se hizo por quien tenía autorización para usarla y no hay perjuicio, porque quien autorizó la recepción y cobro del cheque recibió su importe. Así lo demuestran la indagatoria del acusado, el escrito de desistimiento, las deposiciones de quienes afirman que doña Amada vive en el campo, la declaración del doctor Jaime Osorio L., la exposición del señor José Ignacio López, el primer careo con el acusado, y el segundo careo con el mismo sindicado.

"a) *La indagatoria del acusado* expresa que 'ella me autorizó para firmar'; que 'yo no le falsifiqué firma a ella', que 'cosa que yo hice fue llevarle la plata a ella'; que 'el dinero se lo entregó mi cuñada Amira López Gómez', pero cuando 'eso ocurrió, yo estaba ya preso ahí en el cuartel de la Policía de Alpujarra' (Fls. 18 y ss.).

"Estas afirmaciones tienen, por lo menos, la fuerza de un indicio (Arts. 218 y ss. del C. de P. P.), y, sin embargo, el Tribunal no las tuvo en cuenta.

"b) *El memorial de desistimiento* de la denunciante expresa, que María Amada Osorio L. desiste 'en forma expresa y sin condiciones del denuncio penal que formulé contra el señor Jaime Alvaro Acosta Ospina' y que 'ha sido resarcida de los perjuicios materiales, y ha recibido el valor correspondiente, razón por la cual presentó el desistimiento sin ninguna condición' (Fl. 39).

"Este documento tiene la misma fuerza probatoria que el de una confesión, según el Art. 253 del C. de P. P. Y, sin embargo, el Tribunal no lo tuvo en cuenta.

"La denunciante e interesada, que vive en el campo, en vez de dirigirse a su recomendado, preguntó aquí y allá, y resolvió proceder criminalmente en forma precipitada, impidiendo la percepción inmediata de sus dineros, lo que ya no fue culpa del acusado, pues el alcalde pidió que la investigación siguiera, diciéndole al Jefe del 'SIC' de Ibagué que 'ruégole no aceptar desistimiento' (Fl. 10).

"c) En efecto, a Pablo Rojas Umaña (Fl. 102), a Jaime Rojas Villoria (Fl. 104), a Pastor Cañón (Fl. 105), a Alfonso Cañón (Fl. 106) y a Antonio

Narváez, les consta que la señorita Amada Osorio permanece en su finca y poco sale a la población.

"d) *Al doctor Jaime Osorio* L., le preguntó Jaime Alvaro Acosta, que dónde estaba la señorita María Amada Osorio, para que le firmara unos papeles y recibiera un cheque, y que él —el declarante— le había dicho que ella 'estaba en la finca de la Vega Granal, y que ella no salía pronto a esta población' (F. 110).

"e) El señor José Ignacio López expone: *que recibió de manos de la señorita Amira López* la suma de $ 778.75 *(el dinero de la cesantía de doña María Amada Osorio López)*, y que se trasladó a la Caja de Previsión Social a entregarlo; que la Caja no quiso recibirlo; que habló con el Inspector de Policía; y que como nadie le recibió los dineros, se los devolvió 'a la que me los había dado' (Fl. 100).

"f) En carco con el acusado, repite la señorita Amada Osorio, que no autorizó el cobro de su cheque, pero reconoce que 'la señorita Amira López me prometió pagármelos (los dineros de su cesantía), pero no me los ha pagado hasta el día de hoy' (Fl. 180 v.).

"Recuérdese que lo que Acosta Ospina declara, es haber recomendado a su cuñada Amira López para que le entregara a su prima hermana Amada Osorio (la denunciante) los dineros de su cesantía.

"e) En nuevo carco le pregunta el acusado Acosta Ospina a la denunciante María Amada Osorio López: 'Sabe usted quién viajó a la ciudad de Ibagué a llevar el dinero a la Caja de Previsión Social cuando yo fui detenido? *Contestó:* Sí supe, porque el señor José Ignacio López, me dijo que a él le había tocado llevar ese dinero a la Caja de Previsión, pero no recuerdo por qué no se lo recibieron. Entonces José Ignacio me dijo que ese dinero era mío, que sí me lo entregaba. Entonces yo le dije que lo más natural era que se lo entregara a Amira López, que como ella se había comprometido a pagármelo. Entonces José Ignacio fue y se lo llevó a Amira, pero yo no recibí nada. Posteriormente fue José Ignacio y me preguntó que si me había dado el dinero y le dije que no me habían pagado' (Fl. 246).

"Más clara no puede quedar la situación del acusado Jaime Alvaro Acosta Ospina; él no simuló, ni fingió, ni falsificó firma; él fue autorizado para recibir el cheque y lo cobró; él estuvo buscando a su dueña para entregárselo y no la encontró, por vivir en el campo; le entregó los dineros a José Ignacio López para que los devolviera a la Caja de Previsión, y allí no se los recibieron; los entregó entonces a su cuñada, parienta de la dueña y destinataria, Amada Osorio, *para que se los entregara a ésta*, y ésta no los recibió. De quién es la culpa? En todo caso, no lo es de Acosta Ospina; en todo caso Acosta Ospina no es responsable de ningún delito.

"Las declaraciones de las citadas personas figuran en el proceso y tienen valor perfectamente atendible, según las reglas de la crítica del testimonio (Art. 224 del C. de P. P.), que el Tribunal no tuvo en cuenta. Son hechos que el Tribunal no tomó en cuenta 'a pesar de estar acreditados en el proceso' (Art. 567, Ord. 2º del C. de P. P.).

"El Tribunal incurrió, por tanto, en errada interpretación de los hechos que le sirvieron para condenar al acusado, y no tomó en cuenta los hechos que acreditan la absoluta inocencia del acusado.

"No alego la buena conducta anterior del acusado, ni alego su posición social y económica, que no lo inclinaban, no podían inclinarlo en forma determinante, a tomarse una suma que distaba bastante de los mil pesos, que apenas pasaba de setenta dólares americanos, que es el patrón para comparar el valor de nuestros demacrados pesos.

"Y como de acuerdo con el artículo 203 del C. de P. P., no se puede condenar a nadie, sin que se le demuestren en forma plena la infracción penal y la responsabilidad, pido que se *invalide* la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva al acusado, de los cargos que le aparecen en el presente proceso".

Sobre la causal primera expresa la demanda:

"El Tribunal aplicó al caso del proceso el artículo 242 del Código Penal, indebidamente. Este artículo trata de la persona que usa de documentos que él mismo ha falsificado, para indicar que debe imponérsele la pena del artículo 233, aumentada de una tercera parte a la mitad.

"Ya se ha visto que no está probada la falsedad ni, por tanto, el uso ni el perjuicio, en tratándose, como se trata de un documento privado.

"Además, como ya se dijo, según el artículo 203 del C. de P. P., no se puede dictar sentencia condenatoria, sin que se alleguc al proceso 'la prueba plena o completa de la infracción, por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella', es lo indicado invalidar el fallo recurrido de que he venido hablando, para en su lugar absolver al procesado de los cargos que se le han hecho en este proceso".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal en su respuesta hace el examen de la demanda, narra los hechos de que trata este expediente y analiza detalladamente las causales de casación presentadas por el señor apoderado de Acosta Osorio.

Termina su estudio solicitando de la Corte "que no se case la sentencia que ha sido recurrida", ya que, en su sentir, las causales de casación propuestas no han sido demostradas.

Sostiene el señor Procurador, refiriéndose a la causal segunda, que "para que pueda darse por cometida la infracción prevista en el artículo 242 del Código Penal" no es necesario "que el hecho de falsificar un documento privado y hacer uso de él, ocasionen un perjuicio efectivo".

Y agrega: "No exige, pues, el Código vigente una lesión efectiva, un perjuicio efectivo, sino solamente la intención de causarlo, intención o propósito que en el caso juzgado se infiere obviamente por saberse que el acusado Acosta Ospina cobró, sin autorización verbal o escrita, el cheque del cual era beneficiaria la señorita María Amada Osorio López".

En cuanto a los razonamientos del demandante para rechazar la existencia de la falsedad de uso, enseña el colaborador fiscal:

"En lo cual igualmente se equivoca, pues no es posible remitir a duda que precisamente por haberse servido el acusado de una autorización apócrifa que él presentó al señor Alfonso Eslava Torres, quien era Cajero de la Caja Nacional de Previsión Social Seccional del Tolima, fue como obtuvo que se le hiciera entrega del cheque girado a favor de la señorita Osorio, cheque el cual hizo efectivo haciendo creer que la firma que en el dorso de tal instrumento estampó como perteneciente a la citada señorita, realmente era la de ésta.

"Demostrada la falsedad de uso de manera palmaria en el proceso y probado también en autos que en el supuesto más favorable al acusado, bien puede decirse que al hacer Acosta Ospina uso de las falsedades que cometió, por lo menos tuvo intención de causar un perjuicio, si es que no lo ocasionó efectivamente, resulta absolutamente inane argüir, como lo hace el señor demandante, que la señorita Osorio López no recibió perjuicio alguno con las actividades de que ha sido responsabilizado penalmente el acusado".

Finalmente, al examinar la causal primera propuesta en la demanda, el señor Procurador anota:

"Cree la Procuraduría haber podido demostrar, al referirse a los razonamientos hechos por el actor en su inútil empeño de fundamentar la causal segunda, que los autos demuestran que ahí hubo falsedad de uso y que ésta es plenamente atribuible al acusado. Cree también haber podido, a su vez, evidenciar que aún en el supuesto de que las falsedades cometidas en documentos privados no hubieran efectivamente causado perjuicio, esta supuesta ausencia de daño es cosa indiferente, puesto que el legislador, en materia de falsedad en documento privado y para sancionar el delito, le basta que se pruebe que se falseó la verdad con intención de causar un perjuicio.

"Vale repetir, así sea ello necio, que no considera el legislador delito de falsedad en documento privado uno contra la propiedad, sino como infracción contra la fe pública inherente a una escritura privada como elemento de prueba, con la cual se intenta ocasionar un perjuicio que puede caer sobre el patrimonio moral del ofendido o sobre su patrimonio económico.

"No es delito de falsedad en documento privado característica ab-substanciam el perjuicio efectivamente ocasionado, pues el Código vigente sólo requiere la posibilidad de daño".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Con base en la causal segunda, el demandante hace, en realidad, dos cargos contra la sentencia recurrida, así:

1º Que fue erradamente apreciada la prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad; y

2º Que no se tuvieron en cuenta pruebas producidas en el proceso y que demuestran la inexistencia del delito de falsedad en documentos.

Primer cargo

El Tribunal Superior de Ibagué, en la sentencia acusada, no sólo hace mención de las pruebas que el demandante anota. Hizo de la misma suerte un análisis de ellas, para concluir que efectivamente estaba demostrada la existencia de un documento privado (Fl. 16), en el que se anotó un hecho falso, y del cual se hizo uso con el propósito de causar perjuicio.

Sin entrar a demostrar que el Tribunal hubiese incurrido en error protuberante o grave en la apreciación de las pruebas, el demandante opone simplemente su personal criterio al del fallador. La Corte, en repetidas providencias, ha sostenido que quien alega la causal segunda de casación, tiene la obligación de demostrar el error en que hubiera podido incurrirse en la sentencia acusada.

Ello no ocurrió aquí. Por el contrario, la simple lectura del fallo impugnado y el examen de los documentos probatorios allegados al juicio, llevan a admitir que el Tribunal estuvo en lo cierto cuando afirmó la existencia del documento falso, con el cual se pretendió acreditar un hecho también falso, o sea, la autorización que se dijo había dado María Amada Osorio López a Jaime Alvaro Acosta Ospina para recibir un cheque en la Caja Nacional de Previsión, en la ciudad de Ibagué.

No podrá negarse, de otra parte, que el acusado hizo uso del documento falso por él confeccionado. Efectivamente, se presentó a la oficina del pagador de la Caja de Previsión Social y reclamó el cheque que cobró posteriormente en la sucursal del Banco Popular, haciendo aparecer al reverso del instrumento la firma de "María A. Osorio L.".

Interrogado Acosta Ospina sobre la realidad de la autorización y sobre la firma de "María A. Osorio L.", declaró que, evidentemente, la denunciante no le había dado autorización escrita, como tampoco le había endosado el cheque en cuestión, pues la firma puesta en él no fue escrita por la titular de la misma.

Estando, pues, de acuerdo denunciante y denunciado en lo anterior, tenía que aceptar el Tribunal que era plena la prueba de la materialidad u objetividad de la infracción y de la responsabilidad penal del acusado, como autor de ese hecho y en circunstancias que no lo justificaban, ya que se había obrado contra derecho.

Se dio, en los términos anteriores, el delito descrito en el artículo 240 del Código Penal colombiano, pues "con perjuicio de tercero o con intención de causarlo", se cometió en un documento privado una de las falsedades mencionadas en el artículo 231 de la misma obra. Y como Acosta Ospina, autor del documento falso, hizo uso de él, incurrió en la sanción impuesta por el artículo 242 ibidem.

Al contestar el señor Fiscal Primero del Tribunal de Ibagué la glosa que se hace a la demostración del delito y de la responsabilidad del delincuente, hace los siguientes precisos razonamientos, para aceptar tal comprobación:

"a) Porque el documento que aparece al folio 16 es un documento privado, puesto que se creó por una persona particular para acreditar algo, sin la intervención de ningún funcionario público;

"b) Porque en ese documento se mutó la verdad por parte del procesado, como que lo allí estampado no corresponde a la realidad;

"c) Porque por medio del uso de ese documento falso se perjudicó a un tercero, como era el propósito del agente; y

"d) Porque la falsedad se puede cometer no sólo contrahaciendo letra, firma o rúbrica, concepto que envuelve la idea de imitación, puesto que contrahacer significa 'hacer una cosa tan parecida a otra, que con dificultad se distingan', sino también mediante el fingimiento de letra, firma o rúbrica (Art. 231 del C. P.), y el fingir no es sino el 'dar existencia ideal a lo que realmente no la tiene', efecto que, como lo dice la Corte, 'se logra a través de la simple apariencia, de la simulación o del engaño, sin necesidad de echar mano de la imitación'. Bien se ve, entonces, que es posible el delito de falsedad, aunque falte la imitación".

De otra parte, *ni el Código Penal vigente, ni la doctrina exigen para la tipificación del delito de falsedad en documento privado, como condición sine qua non, la existencia de un perjuicio real o efectivo. Basta que el autor de la falsedad haya obrado "con intención de causar perjuicio".*

Esta Corte, por ejemplo, apoyándose en doctrinas y expositores, ha sostenido que "para la existencia del delito de falsedad en documentos privados sí es necesario e indispensable la concurrencia de los tres elementos: mutación de la verdad en cualquiera de sus formas; intención criminal o sea el dolo específico del delito; y perjuicio —moral o material, real o posible— sobre los bienes de un tercero. El perjuicio puede ser efectivo o potencial; que se realice o no es una cuestión indiferente; pero el hecho queda consumado cuando se estructuran estos tres elementos". (G. J. Tomo LXVI, Nros. 2075 y 2076, Págs. 477 a 488).

Lo que es por tanto, de la esencia de la falsedad en el documento privado es la causación del perjuicio o la simple posibilidad de causarlo, por haber sido esa la intención del agente del delito. En este preciso caso, Acosta Ospina confeccionó el documento falso y lo utilizó, en perjuicio de la señorita María Amada Osorio López que, desde ese mismo instante, tuvo que cumplir actividades diversas para obtener la entrega del dinero cobrado por aquél. Y afirma la ofendida, en septiembre de 1961 y luego, en junio de 1962, que no ha recibido aún el dinero que le fue reconocido por concepto de prestaciones sociales y que cobró el acusado, en forma dolosa. Con lo cual el perjuicio dejó de ser potencial, para actualizarse.

No procede, por tanto, el primer cargo, ya que el demandante no demostró el error en que hubiera incurrido el Tribunal, al apreciar la prueba del cuerpo del delito y de la responsabilidad del procesado.

Segundo cargo

Es cierto que María A. Osorio López, por memorial presentado al señor Inspector Tercero Municipal de Ibagué, el 11 de junio de 1960, desistió "en forma expresa y sin condiciones, del denuncio penal", que formuló contra Alvaro Acosta Ospina, y que manifestó, al mismo tiempo, "que ha sido resarcida de los perjuicios materiales y ha recibido su valor correspondiente...".

Nada podía hacer, frente a esta manifestación, el funcionario de instrucción, ya que *el desistimiento de la acción penal no es admisible sino en los casos expresamente previstos en la parte especial del código, por requerirse en ellos la querella de parte, y en el delito de lesiones personales, cuando la incapacidad no ha pasado de quince días y no ha quedado al ofendido secuela de ninguna naturaleza (artículos 102, 7, 280, 321, 347, 356, 378, 381, 418 del C. P. y 23 del C. de P. P.).*

La acción penal era proseguible de oficio. Y así se adelantó.

Fuera de que el memorial habla del resarcimiento de perjuicios, los que sí pueden convenirse entre las partes, en su cuantía y en su forma de pago.

En cuanto a las declaraciones de algunas personas que anotan que la señorita Osorio López vivía en el campo y salía poco a la población de Alpujarra, ello no incide sobre el hecho mismo cometido por el acusado, al confeccionar el documento falso y hacer uso de él para cobrar un cheque, en el cual se puso la firma de la beneficiaria. Y hay quien asegure que la ofendida salía, con relativa frecuencia, a la población atrás mencionada (Fl. 104).

Y sobre las afirmaciones de Acosta Ospina, relacionadas con una autorización verbal que le diera la señorita Osorio López, para recibir el cheque en cuestión y cobrarlo, es lo cierto que el acusado no pudo demostrarlas, a pesar de esfuerzos hechos para ello. La denunciante, en repetidos careos, negó tal autorización (Fls. 180 y 245 Cuad. Ppal.). Daniel Sefair (Fl. 101) citado por Acosta Ospina como testigo de una presunta autorización verbal dada por la señorita Osorio López, se contenta con decir al respecto que "yo no oí nada".

Como lo anota acertadamente el señor Procurador, "fue, pues, la evidencia incontrastable de los hechos la que ha venido a condenarlo".

Este segundo cargo tampoco ha sido demostrado.

Con base en la causal primera, el demandante anota que no estando "probada la falsedad ni, por tanto, el uso ni el perjuicio", no hay lugar a imposición de pena a Alvaro Acosta Ospina, y en consecuencia, debe absolvérsele.

Ya se indicó atrás que el delito y la responsabilidad fueron demostrados, que Jaime Alvaro Acosta Ospina confeccionó un documento falso, al cual puso una firma de "María A. Osorio L." y que tales hechos no alcanzaron a ser desvirtuados.

Si ello es así, como lo es efectivamente, el Tribunal tenía que pronunciar la sentencia condenatoria, con base en los artículos 240 y 242 del C. P.

No habiendo prosperado los motivos aducidos en defensa de la causal segunda de casación, como a la postre son los mismos expuestos para sostener la causal primera, tampoco puede prosperar ésta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NO INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué el 30 de octubre de 1963, a la cual se ha hecho referencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE "ABANDONO DEL PUESTO". — CAUSAL PRIMERA DE CASACION PENAL. — TECNICA DEL RECURSO.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre primero de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres).

VISTOS

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el Cabo del Ejército *Jesús Amado Zapata Cardona* contra la sentencia del 14 de octubre del año pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior Militar lo condenó, en el carácter de responsable del delito de *"abandono del puesto"*, a la pena de *"dieciocho (18) meses de arresto"* y separación temporal de las Fuerzas Armadas.

HECHOS Y ACTUACION

La tarde del 9 de junio del año próximo pasado el Cabo Zapata Cardona, encontrándose de *Facción*, según se especifica, como Comandante del Puesto Militar de San Isidro, en el Municipio de Obando, dependiente del *Batallón de Lanceros Nº 23 "Vencedores"*, sin autorización alguna ni causa que lo justificara, viajó a Cartago, permaneciendo ausente de aquel lugar por cerca de 20 horas, hasta cuando regresó en la mañana del día siguiente.

En razón de estos hechos, apreciados como constitutivos del delito de "Abandono del Puesto", el Comando del predicho Batallón "Vencedores", conforme a sentencia del 22 de julio, condenó al Cabo Zapata Cardona a la pena de *"trece meses de arresto"* y separación de las Fuerzas Armadas por el término de la condena, fallo que el Tribunal Superior Militar reformó en el suyo del 14 de octubre para elevar la pena principal a *"dieciocho (18) meses de arresto"*.

LA DEMANDA

En la demanda, formulada con arreglo a las exigencias legales, el recurrente invoca, por conducto de su apoderado, la causal de casación prevista en el ordinal 1º del artículo 567 del C. de P. Penal, a cuyo amparo sostiene que la sentencia acusada es violatoria, por indebida aplicación, del "artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar", tesis para cuya fundamentación expone lo siguiente:

a) Aunque se estableció que el Cabo Zapata, estando de Comandante del Puesto de Observación de San Isidro se ausentó de allí desde las 4 de la tarde del 9 de junio hasta las 10 de la mañana del día siguiente, "sin causa que militarmente se considere justificativa", no se comprobó, en cambio, que en ese lugar se encontrara de *facción*, cargo que implica "una función determinada dentro de los servicios de seguridad" y que "debe ser asimilado *expresamente* por el Comandante respectivo a *guardia*", para que ya dentro de esas condiciones pueda dar cabida al delito de abandono del puesto, previsto en el artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar.

b) El fallo acusado incurrió en error al pretender que el Cabo Zapata se encontraba de *facción*, sin reparar en que el puesto de San Isidro "no había sido asimilado expresamente a Guardia", condición que es indispensable para que emerja aquel específico carácter, ni tampoco en que se carece de "la orden del día", relativa a su designación.

c) La conducta del Cabo Zapata no "puede encajar", en consecuencia, *"según los hechos probados*, dentro del artículo 153 del Código de Justicia Penal Militar", sino en la esfera de "normas reglamentarias", a efecto de ser tratada por medio de "sanción disciplinaria".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

I. La causal de impugnación, prevista en el ordinal 1º del artículo 567 del C. de P. Penal, de acuerdo con reiterada doctrina de la Corte, sólo es procedente "cuando la violación de la ley puede demostrarse con un raciocinio directo, sin necesidad de reabrir un debate probatorio que convertiría la Sala de Casación Penal en Tribunal de tercera instancia". (Sent., 9 mayo 1958 LXXXVII, 787).

II. La naturaleza extraordinaria del recurso de casación y su rigurosa técnica hacen imposible enunciar una causal para luego tratar de demostrar otra, y si ello ocurre, "debe la Corte desechar la causal aducida, por no encontrarla justificada (C. de P. P., Art. 569), y no admitir la que trató de demostrarse, por no haberse alegado. (Art. 568)". (Sent., 30 mayo 1959, XC, 769).

III. La demanda, en el caso que se estudia, invoca la causal 1ª y luego, como puede apreciarse a través del resumen que de ella se hizo, plantea, a modo de fundamentación de la misma, un debate probatorio en torno a si el Cabo Zapata, como se sostiene en el fallo acusado, se encontraba de *facción* en el Puesto Militar de San Isidro, debate que, en su objetivo y fines, sólo podía tener cabida en la esfera de la causal 2ª, la cual no se adujo.

IV. En estos términos, el recurso de casación contra la sentencia, mediante la cual el Tribunal Superior Militar condenó al Cabo Zapata, como responsable del delito de *"abandono del puesto"* a la pena principal de *"dieciocho (18) meses de arresto"*, debe desecharse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del señor Procurador Delegado de las Fuer-

zas Militares y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación de que fue objeto el fallo especificado en la motivación de esta providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE ROBO. — DERECHO DE DEFENSA. — SENTENCIA PRONUNCIADA EN PROCESO VICIADO DE NULIDAD. — DEFENSA FORMAL. — CAUSAL CUARTA DE CASACION.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, septiembre dos de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, por la cual les fue impuesta a los procesados *Diógenes Angarita Hernández* y *José Edgar Giraldo Ortiz* la pena principal de seis años de presidio, a cada uno, más las sanciones accesorias correspondientes, como responsables del delito de robo.

Contra dicho fallo recurren en casación ambos procesados. Sin embargo, sólo el primero de los nombrados presentó demanda de casación, mediante abogado inscrito en la Corte.

TRAMITE DEL PROCESO

En virtud de la denuncia formulada por el señor Francisco Alfredo Niño, en averiguación del delito de robo, la Inspección 5ª de Policía de Ibagué adelantó el proceso, en el cual fue indagatoriado Diógenes Angarita Hernández, a quien se le encontró la mercancía materia del ilícito, si bien alegó que la había comprado de buena fe, a los sujetos Jorge Jaramillo y Jairo Vélez.

El negocio fue adelantado por el procedimiento que señala el Decreto extraordinario número 0014 de 1955, si bien se incurrió en las fallas que a continuación se anotan y que apoyan la acusación que el doctor Rómulo Perdomo Medina, en la demanda de casación, formula contra la sentencia del *ad-quem* a través de la causal cuarta del artículo 567 del C. de P. P.:

1º El auto de detención no fue notificado al recurrente Angarita Hernández, quien se encontraba detenido en la Penitenciaría de Ibagué.

2º Tampoco le fue notificado al defensor de Angarita Hernández la providencia que ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

3º De igual manera, se dejó de notificar al mismo procesado el fallo de primera instancia, como lo prescribe el artículo 168 del C. de P. P.

Estas irregularidades fueron propuestas al Tribunal Superior de Ibagué, sin que resolviera sobre ellas.

El demandante, como se dejó dicho, invoca la causal cuarta de casación y propone los siguientes cargos:

a) La "sentencia se pronunció sobre un proceso viciado de nulidad, con violación de los artículos 166, 168, 198 y 200 del C. de P. P. y del artículo 58 del Decreto 0014 de 1955...".

Anota, como demostración de esta primera tacha, que "el artículo 168 del C. de P. P. dispone que todo auto o sentencia se notificará personalmente al procesado que estuviere detenido. Esta norma no es una mera formalidad, sino que constituye una verdadera garantía pro-reo, para que el sindicado sepa en todo momento cuáles son los cargos que se le hacen y las determinaciones que se toman en el proceso, al cual él se encuentra vinculado. De ahí que el desconocimiento de esta disposición no sólo entraña la violación legal de un requisito procesal, sino que, además, constituye el desconocimiento de claras normas constitucionales que le dan la garantía al preso de conocer el proceso y poder defenderse de los cargos que se le hacen. En el expediente existe constancia de que Diógenes Angarita Hernández se encuentra detenido desde el día 22 de diciembre de 1962 en la Penitenciaría Nacional de Ibagué (Fls. 4 y 6), y el Inspector 5º de Policía tenía conocimiento de este hecho, tan así que en el mismo auto de detención ordenó dar aviso de esa providencia 'al señor Inspector 3º Municipal de la ciudad, funcionario quien tiene a su cargo, en la actualidad, al detenido Diógenes Angarita Hernández'. En el numeral 4º de la misma providencia se abre a pruebas el proceso por el término de veinte días hábiles, 'que se empezarán a correr después de notificada legalmente la presente providencia'. Al no notificarse personalmente al sindicado detenido Angarita Hernández la providencia del 10 de octubre de 1962, dictada por el Inspector 5º de Policía, se violó el artículo 168 del estatuto procesal y el artículo 58 del Decreto 0014 de 1955, que dispone que el auto de detención debe notificarse personalmente al sindicado, a menos que haya existido declaratoria de reo ausente, declaratoria que en este caso no existió, ni podía existir, por cuanto el sindicado se encontraba detenido. También se infringió el artículo 166 del C. de P. P., por cuanto tal providencia no se notificó por estado a las partes que no fueron notificadas personalmente.

"Como quiera que en la misma providencia se abrió el proceso a pruebas y como no se notificó personalmente al procesado, se incurrió en la causal de nulidad establecida en el numeral 4º del artículo 198 del C. de P. P., nulidad no subsanada por el interesado, ya que Angarita Hernández, tan pronto tuvo conocimiento de la sentencia proferida en su contra, solicitó al H. Tribunal Superior de Ibagué la anulación del proceso por esta y otras causales.

"Por otra parte, como la aludida providencia del 10 de octubre de 1962 no se notificó legalmente, el término probatorio determinado en ella misma no empezó a correr, puesto que allí se dispuso que empezaría a contarse 'después de notificada legalmente la presente providencia', (Fl. 37 v.). El artículo 168 del estatuto procesal se violó permanentemente, durante toda la actuación de la primera instancia, por cuanto ningún auto, ni la misma sentencia, se le notificó personalmente al sindicado Diógenes Angarita Hernández, siendo que se encontraba detenido en la Penitenciaría Nacional de Ibagué.

"Finalmente, ni el juez *a-quo*, ni el juez *ad-quem* decretaron la nulidad protuberante que existe en el proceso, incurriendo, por ello, también, en el artículo 200 del C. de P. P.".

b) El fallo "es violatorio del artículo 26 de la Constitución Nacional, por haberse pronunciado en un proceso en el cual no se observaron las formalidades propias de cada juicio.

Ya han dicho, la doctrina y la jurisprudencia, que el procedimiento especial del Decreto 0014 de 1955 deja a salvo el derecho de defensa de los sindicados. El mismo estatuto, en el artículo 56 dispone que 'desde el momento en que se le reciba indagatoria al sindicado, tiene derecho a nombrar un apoderado que lo asista en todas las diligencias del proceso. El juez está en el deber de hacerle conocer este derecho y si el sindicado no lo nombrase, se le designará de oficio'. En el caso de la sentencia recurrida, el Inspector 5º de Policía, al recibir indagatoria a Diógenes Angarita Hernández le designó apoderado para que lo asistiera únicamente en la diligencia de indagatoria (Fl. 23); posteriormente en la providencia de 10 de octubre de 1962 se ordenó que se le hiciera saber el derecho de designar apoderado, pero como tal auto no se le notificó personalmente, ni en ninguna otra forma, el procesado no tuvo oportunidad de hacerlo y la Inspección tampoco se lo nombró. Solamente en el juzgado del conocimiento, mediante auto de 22 de noviembre de 1962 (Fl. 88) se le designó apoderado de oficio, sin antes haberle comunicado al sindicado el derecho que tenía de designarlo él mismo. El apoderado así nombrado sólo firmó su posesión y algunas notificaciones, pero en ningún momento ejercitó el derecho de defensa. En síntesis, el recurrente Angarita Hernández fue condenado sin haber sido previamente oído y vencido en juicio, se le negaron todas las garantías procesales, solamente tuvo apoderado en la diligencia de indagatoria y de ahí en adelante, a pesar de que se encontraba detenido, no volvió a tener noticia del proceso que se adelantaba contra él, hasta cuando un funcionario administrativo de la Penitenciaría le comunicó que se encontraba condenado en primera instancia.

"Al no notificársele ningún auto, ni providencia, al sindicado Diógenes Angarita Hernández, se violó permanentemente el artículo 168 del C. de P. P. y no se le dio al sindicado oportunidad de defenderse, incurriendo, con ello, en violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, por haberse desconocido las formalidades propias de cada juicio... La sentencia es violatoria..." del mismo artículo de la Carta... "por cuanto el H. Tribunal de Ibagué dejó sin respuesta la nulidad invocada por el recurrente, en escritos que obran a los Fls. 132 y ss. y 140 y ss....", cuestión ésta ya estudiada por la Corte Suprema, en sentencia de 27 de mayo de 1957 (G. J., T. LXXXV, 2.132. Pág. 204).

Concluye expresando que "el procedimiento ...es nulo a partir de la providencia de 10 de octubre de 1962, expedida por el Inspector 5º de Policía de Ibagué, en la que se decretó la detención preventiva de los sindicados Angarita y Giraldo, la apertura del juicio a prueba y se ordenó hacerle conocer a los sindicados el derecho a nombrar apoderado, porque al no notificarse personalmente tal providencia al detenido Diógenes Angarita Hernández, se incurrió en nulidad legal, en especial en la contenida en el numeral 4º del artículo 198 del C. de P. P., y en nulidad constitucional, al desconocerse el derecho del sindicado Angarita a designar su apoderado, a pedir pruebas que pudieran demostrar su inocencia y a las demás garantías procesales reconocidas por la Constitución Nacional".

Dice el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, al contestar la demanda, que el primer cargo está demostrado. Y que en cuanto al segundo motivo de impugnación, se tiene lo siguiente:

"Al tomarse la indagatoria de Angarita, se violó el artículo 56 del Decreto 0014, nombrándosele apoderado para que le asistiera únicamente en esta diligencia y aunque, posteriormente, se ordenara que se le hiciera saber el derecho de designar apoderado (auto de detención), al no serle notificado este auto personalmente, el procesado no tuvo oportunidad de designar su apoderado, cosa que tampoco hizo la Inspección de Policía. Es justo y demostrado el cargo, en el sentido de que Angarita careció de las garantías procesales para su adecuada y plena defensa. La violación del artículo 26 de la Carta se manifiesta meridianamente. Debe tenerse en especial consideración, que a los folios 132 y siguientes y 140 y siguientes existen memoriales de Angarita, dirigidos al H. Tribunal Superior, en los cuales solicitaba se declararan por la Corporación algunas nulidades. Estos memoriales no fueron respondidos por el Tribunal, ni a ellos se hizo la menor mención en la providencia, cuya invalidación se pretende. La transcripción de la casación de 27 de mayo de 1957, que hace el opositor, es atinente al caso".

Solicita el Ministerio Público, en consecuencia, que se invalide el fallo acusado, a fin de que se declare la nulidad del proceso a partir del auto de detención proferido contra Angarita Hernández.

LA SALA CONSIDERA

Los cargos propuestos por el demandante a través de la causal cuarta de casación resultan demostrados, pues es evidente que se desconoció al recurrente *Diógenes Angarita Hernández* el derecho de defensa.

Al no habérsele dado al nombrado Angarita Hernández la oportunidad de designar defensor y de solicitar pruebas, y al no haber presentado, en ninguna de las dos instancias, solicitud ni alegato alguno de los defensores de oficio que le fueron designados, bien puede decirse que este procesado fue condenado sin haber sido oído ni vencido en juicio.

El incumplimiento de las formalidades del proceso, señaladas por el doctor Perdomo Medina en la demanda, resultan del examen del expediente. Y tales vicios inciden, de manera absoluta, en el derecho de defensa del recurrente Angarita Hernández.

El artículo 26 de la Constitución Nacional, dispone que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Y la Sala ha expresado que "no puede negarse que entre las formas propias del juicio penal, son de extraordinaria importancia aquéllas que se refieren al ejercicio efectivo del derecho de defensa, y las dos manifestaciones primordiales de éste, son la producción de pruebas y los alegatos orales o escritos. La sentencia que condena a un reo sin que los jueces hayan oído su

defensa, o sin que se le hayan dado los medios de aducir pruebas, es violatoria, no sólo de la ley de procedimiento, sino también de la Constitución Nacional" (G. J., T. LXXVI, Nº 2134, Págs. 434 y sigs.).

Ello es obvio, pues la búsqueda de la verdad y la aplicación justa de la sanción, como objetivos primordiales del proceso penal, únicamente resultan legítimos si se asegura al sindicado una defensa efectiva.

Y esta defensa, como es conocido, se concreta en las diferentes facultades que la ley de procedimiento le confiere al sindicado para ejercitarla. Consiste, como anota Vincenzo Manzini, *en una "actividad procesal dirigida a hacer valer ante el juez, los derechos subjetivos y los intereses jurídicos del imputado". Esto es, el derecho de alegar y de probar la inocencia o cualquiera circunstancia que modifique el grado de la responsabilidad.*

La defensa formal, o sea la que se lleva a cabo mediante las instancias, alegatos y observaciones que implican apoyo en preceptos de derecho sustantivo o procesal, exige conocimientos jurídicos de que carece generalmente el procesado. Sin estos conocimientos no puede éste defenderse eficazmente y el ejercicio de tal derecho, entonces, no respondería a los fines de su institución.

El Código de Procedimiento Penal, al ocuparse de la garantía de defensa del procesado, dispone que éste debe contar con la asistencia jurídica de quien pueda adelantar dicha defensa (Arts. 104, 107, 432 y 433, entre otros).

Y dicha asistencia jurídica no consiste, como sucede en este caso, en que el apoderado tome sólo posesión de su cargo.

Como se dijo, resultan, pues, probados los cargos que formula el demandante a través de la causal cuarta de casación y corresponde, en consecuencia, *invalidar* la sentencia impugnada, a fin de reponer el procedimiento a partir de la notificación del auto de 10 de octubre de 1962, por el cual se dispuso la encarcelación preventiva del recurrente, señor Diógenes Angarita Hernández, pero únicamente con respecto a éste, pues en lo demás, rige la sentencia acusada.

De otra parte, como el procesado José Edgar Giraldo Ortiz, no presentó, mediante abogado inscrito en la Corte, la correspondiente demanda de casación, corresponde declararlo desierto el recurso y condenarlo en costas, de acuerdo con el Art. 565 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, de que se ha hecho mérito, en lo que respecta al procesado *Diógenes Angarita Hernández*, a fin de que se reponga el procedimiento en la forma indicada en la parte motiva de este fallo.

Rige, en lo demás, la sentencia acusada.

Igualmente, declárase DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el procesado *José Edgar Giraldo Ortiz*, y se le CONDENA en costas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

ROBO

Prueba del cuerpo del delito de robo. — Su apreciación queda al prudente juicio del investigador de los hechos. — La Corte reafirma su criterio respecto del motivo de casación previsto en el Ord. 2º del Art. 567 del C. de P. P., en cuanto a las condiciones para que éste prospere. — Facultad de la Corte en la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, septiembre tres de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, por la cual les fué impuesta a los procesados *Jorge Ochoa Vásquez* y *Samuel Sheinfell Zapata*, las penas de seis y tres años de presidio, respectivamente, más las sanciones accesorias del caso, como responsables del delito de robo.

Conoció en primera instancia el Juzgado 1º Superior de la misma ciudad, donde fueron absueltos los recurrentes y el procesado Abrahán Naranjo.

Los sindicados Ochoa Vásquez y Sheinfell Zapata, si bien fueron excarcelados por razón del fallo absolutorio de primera instancia, se encuentran detenidos en la Penitenciaría Nacional de Tunja a órdenes de otro juzgado, según constancia que aparece al Fl. 217 del informativo

HECHOS

El *a-quo* hace la siguiente síntesis:

"Contiene este expediente la investigación por el ilícito de robo, en cuantía de $ 22.194.75, representados en dinero efectivo y cheques de distintas entidades bancarias, de que fue víctima el pagador de la fábrica de gaseosas 'Lux', de esta ciudad, señor Bernardo Gómez Toro, cuando con sus compañeros de trabajo de esa empresa, señores Luis (sic) J. Palomino Vélez y Hernando Estrada Gutiérrez, se dirigían al Banco Cafetero, con el fin de hacer la consignación de esa suma, hecho ocurrido el trece de marzo del año próximo pasado..." 1962...) 'a eso de las diez y media de la mañana, en el sector de la carrera 8ª con la calle 28. Han sido indagados Jorge Ochoa Vásquez... Manuel Sheinfell Zapata y emplazado Abrahán Naranjo. Refieren los autos que ese día el vehículo en que viajaban los citados empleados fue interceptado por un automóvil de

servicio público... siendo abocados sus ocupantes de inmediato por tres sujetos, quienes amenazándolos con revólveres en mano, les obligaron a entregar el timón del vehículo, siendo luego conducidos hasta la calle 26 con carrera 7ª, en donde los despojaron del maletín que contenía el dinero... Formulada la denuncia... se obtuvo la captura de los sujetos Ochoa Vásquez, Rubén Gutiérrez y Sheinfell Zapata, de quienes tenían pistas seguras de ser los posibles autores del ilícito y a quienes los empleados de la empresa, después de ser expuestos a su vista los ficheros fotográficos del 'DAS', reconocieron...', salvo a Rubén Gutiérrez Forero, por lo 'cual el funcionario instructor, dejó en libertad...' a éste... 'sin haber sido sometido a declaración judicial".

Tanto Ochoa Vásquez como Sheinfell Zapata, negaron la imputación que les fuera hecha.

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Invoca el demandante las causales segunda y primera de casación; ésta última, como consecuencia de aquélla.

Dice el actor que el *ad-quem* incurre en error en la apreciación de las pruebas y, al respecto, señala los siguientes cargos:

1º "...interpretó equivocadamente las pruebas, al darles un valor que no tienen como demostrativas del cuerpo del delito de robo denunciado. Las pruebas allegadas al proceso no establecen ese elemento esencial de todo juicio de orden represivo. Dicho error de hecho y de derecho, determinó al Tribunal a condenar a los acusados, debiendo haberlos absuelto. En esta forma y en el campo procesal, la sentencia violó los artículos 203, 204, 205, 206, 217, 223, 224, 272, 294, num. 1º, 312, 313, 317 y 318 del Código de Procedimiento Penal.

"2º ...apreció erróneamente los hechos, al darles un valor probatorio que no tienen como demostrativos de la responsabilidad de los procesados Jorge Ochoa Vásquez y Samuel Sheinfell Zapata. Esos hechos y sus pruebas se refieren a los testimonios de los empleados de la fábrica de 'Gaseosas Lux', señores Bernardo Gómez Toro, Hernán Estrada Gutiérrez y Antonio José Palomino Vélez, y a los reconocimientos, en rueda de presos, que éstos hicieron respecto de los mencionados Ochoa Vásquez y Sheinfell Zapata. En la valoración de tales pruebas, el Tribunal incurrió en manifiestos errores de hecho y de derecho, que lo llevaron a condenar a ambos procesados, siendo el caso de absolverlos, aún estando plenamente probado el cuerpo del delito de robo. Por consiguiente, el sentenciador violó asimismo los artículos 205 y 206 del citado Código procesal y, además, los artículos 370, 371 y 372 de la misma obra...", y,

"3º ...apreció erróneamente los hechos, al no tomarlos en cuenta, a pesar de estar acreditados en el proceso y ser indicativos de la inexistencia del cuerpo del delito de robo y de la irresponsabilidad de los procesados Ochoa Vásquez y Sheinfell Zapata. Ese error de hecho lo llevó a condenar a los expresados sujetos, en vez de absolverlos. En consecuencia, el Tribunal quebrantó igualmente la citada ley procesal penal en sus artículos 203, 204 y 295".

En extenso examen de las pruebas, el demandante da apoyo a los cargos que propone contra la sentencia acusada. A ese estudio de los elementos de juicio habrá de referirse la Sala más adelante.

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, encuentra demostradas las tachas señaladas por el actor y, en consecuencia, solicita que se case el fallo recurrido, a fin de absolver a los procesados.

Dice el señor Agente del Ministerio Público, lo que pasa a transcribirse:

"Se dctiene la demanda en forma extensa, a la vez que atinada, en el examen por capítulos de la errónea apreciación de la prueba sobre el cuerpo del delito; pasa en seguida a la demostración de la errada apreciación de los hechos que hizo la Corporación, al dar determinado valor probatorio a aquéllos atinentes, a la responsabilidad de los procesados, y, finalmente, comenta lo atañedero a la mala interpretación o apreciación de algunos hechos, que no fueron tomados en cuenta por el fallador de segunda instancia y que demostraban la inexistencia del cuerpo del delito y la inocencia de parte de Ochoa y Sheinfell... Para el demandante... el delito de róbo estaría plenamente establecido si se hubiera logrado la demostración de que el cajero Gómez Toro llevaba en su poder la suma de $ 24.194.75, en el momento de ser agredido por tres personas, probándose que esa cantidad fue tomada por ellas mediante fuerza y violencia. Al contener el proceso solamente los testimonios de los empleados de la fábrica de gaseosas, señores Gómez, Estrada y Palomino, no hubo esfuerzo por parte del instructor para evidenciar, sin duda alguna, que la afirmación del cajero Gómez, referente a la cuantía de los fondos que le fueron robados, obedecía a una realidad. No se supo, realmente, cuánto era el dinero en efectivo que llevaba, cuál el valor de los cheques que portaba en el maletín, desconociéndose, por ende, la verdadera cuantía del robo. Yerra el sentenciador al dar por cierto que la fábrica de 'Gaseosas Lux' fue víctima de un robo por la suma que señala en la denuncia; ésto significa que no está probado uno de los hechos sustanciales del mismo robo, vale decir, que el apoderamiento tuvo lugar sobre una cosa mueble, con un valor económico determinado. Este valor debe estar plenamente establecido para estructurar el cuerpo del delito de robo.

"Por otro lado, debe destacarse que solamente el cajero Gómez Toro, habla sobre una determinada cuantía de dinero y valores que portaba en el maletín; ninguna de las otras dos personas que lo acompañaron alude, siquiera vagamente, a este hecho esencial.

"El Tribunal, basándose en el dicho de Hernán Estrada Gutiérrez, afirma que existe un indicio claro que confirma el testimonio del cajero Gómez, sobre la preexistencia y consiguiente falta del dinero que se dice robado; pero este indicio es apenas aparente, porque a la luz del Art. 233 del C. de P. P., 'para que un hecho pueda ser apreciado como indicio, debe estar plenamente probado'. En el caso presente se trata de dos pruebas incompletas que no llegan a constituirse en plena prueba, porque los hechos que a su turno las inspiran tampoco están plenamente probados: las declaraciones de Gómez y Estrada. No existiendo sino el testimonio de Estrada Gutiérrez, ésto solo testimonio no constituye plena prueba. Así lo ha expresado la Corte Suprema, al afirmar que el testimonio único no constituye plena prueba, porque no figura entre los elementos de convicción a los cuales la ley les ha otorgado valor de prueba suficiente, tales como la inspección ocular, el indicio necesario, la presunción legal no desvirtuada, los documentos públicos o auténticos, la confesión del procesado en cuanto reconoce su responsabilidad en el delito, no en cuanto acepta la existencia de él (Arts. 215, 217, 251, 255).

"Se tiene —afirma el opositor— que el cuestionado arqueo de la caja carece de demostración y debe tenerse como jurídicamente inexistente. Y entonces sigue en pie dentro del proceso, el hecho incuestionable de que sólo el cajero Bernardo Gómez Toro, es el único que declara sobre la existencia de un maletín con $ 22.194.75, que fue sustraído violentamente en la mañana del trece de marzo de mil novecientos sesenta y dos, por tres desconocidos que asaltaron el 'jeep' en que llevaban el maletín con dicha suma de dinero, y ese testimonio —por ser único— tampoco hace plena prueba sobre el elemento material del robo —cuerpo del delito—, por las mismas razones antes consideradas acerca de la ineficacia de la declaración de Estrada Gutiérrez. Se omitió hacer el correspondiente examen sobre los libros de contabilidad, llevados por la empresa de gaseosas; no se practicó ni una inspección ocular, ni un dictamen pericial de contadores, llegando esta situación hasta el extremo de que la empresa dice que 'el recibo o comprobante de consignación correspondiente a la consignación que debía hacerse el día trece de marzo, día en que se efectuó el atraco, no reposa en nuestro poder, puesto que dicha revelación se encontraba dentro del maletín, junto con la plata que se iba a depositar' (Fl. 142).

"En realidad de verdad, lo único que se sabe, porque así lo declaran tres testigos, fue lo concerniente al asalto del 'jeep' de la empresa de 'Gaseosas Lux'. Pero nadie puede afirmar haber visto a los desconocidos asaltantes apoderarse del maletín del cajero Gómez. La relación de causalidad entre la violencia (el asalto) y el apoderamiento del dinero, no se encuentra en los autos; precisamente, porque no se demostró que el cajero Gómez llevase en su poder la expresada cantidad de dinero. Al ser ésto así, la existencia del delito de robo carece de claridad, porque no se demostró la preexistencia de la cosa robada, aún tratándose del caso excepcional que prevee el Art. 312 del C. de P. P., ya que por ningún otro hecho aparece ella demostrada.

"El Tribunal incurrió en evidente error de hecho en la apreciación de las declaraciones de Gómez, Estrada y Palomino, al darles un valor de convicción que no tienen, sobre la existencia del cuerpo del delito, porque dos de ellas no expresan —la de Estrada y Palomino— que los tres desconocidos se apoderaran del maletín por medio de violencia, y ni siquiera mencionan la presencia de ese maletín dentro del 'jeep'. Incurrió además la Corporación en error de derecho, al apreciar el testimonio de Gómez Toro, como decisivo para la demostración del cuerpo del delito, pues una sola declaración no forma plena prueba, al tenor de la ley.

"El examen de las declaraciones del cajero Gómez Toro, Estrada y de Palomino, hacen llegar a este Ministerio Público, a la conclusión de que las afirmaciones del impugnador son incontrovertibles..."

De otra parte, también anota el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal:

"Vásquez Ochoa y Sheinfell Zapata, fueron reconocidos por Palomino, Estrada y Gómez Toro, según consta de sendas diligencias que obran a los Fls. 82 y 32 vto. del expediente. Mas, debe anotarse, que con anterioridad a este reconocimiento, les fueron suministrados y dados a la observación de los reconocedores, los ficheros fotográficos de técnica policial, llevados por el 'DAS', con la finalidad de que cuidadosamente estudiados identificaran dentro de ellos a los posibles atracadores... En su indagatoria, Ochoa sostuvo que luego de su captura... su fotografía se publicó profusamente en la prensa del país,

antes de haber sido reconocido, o indagado por funcionario alguno. Al expediente se trajeron ejemplares de varios periódicos que la recogían. En cuanto a Sheinfell Zapata, a éste lo reconocieron los empleados víctimas del ilícito, según consta al Fl. 78 y ss. Luego en las oficinas del 'DAS' se practicó el reconocimiento. Sheinfell manifiesta en su indagatoria que este reconocimiento le parece ilegal, porque a él lo sacaron cinco veces solo, y no en rueda de presos, y una sola vez, con tres o cuatro individuos, debiéndose tener en cuenta, que cuantos componían con él la rueda de presos, eran sujetos morenos que en nada se le parecían.

"El Tribunal encontró en este reconocimiento un indicio grave para demostrar la responsabilidad de los procesados, y halló intachable la prueba de reconocimiento en rueda de presos que se comenta, sin tener en cuenta que en la filiación dada por el cajero de la empresa de gaseosas, sobre los sujetos que atacaron el 'Jeep', se incurría en graves contradicciones, a través de los varios testimonios que rindieron. En la misma forma, el conductor del 'Jeep' no identifica con certeza a ninguno de los atacantes, y similar crítica puede hacerse al dicho de Estrada Gutiérrez, sobre la materia. La Corporación no tuvo en cuenta las circunstancias en que los declarantes percibieron a los agresores, las distintas posiciones que ocupaban los empleados dentro del vehículo y las diferentes actitudes de los atracadores, así como tampoco la situación anímica y emocional en que se encontraron colocados por fuerza de las circunstancias, los empleados de 'Gaseosas Lux'... El fenómeno de sugestión sobre los identificadores, en concepto de este despacho, tuvo efectivo cumplimiento. Debe decirse que existieron protuberantes fallas en el procedimiento que llevan a pensar que los reconocimientos de Sheinfell Zapata y Ochoa Vásquez, se hicieron en forma irregular. De esta manera, el indicio grave que pudiera fortalecerse en esta prueba, se demerita y desaparece, al no existir una perfecta relación de causalidad entre el hecho demostrado y el que se pretende demostrar mediante él... Lo anterior, hace patente la violación de los Arts. 203 a 206 del C. de P. P. y 234 de la misma obra... Acepta este Ministerio Público, y da por demostrado en la demanda, que los testimonios de Gómez, Estrada y Palomino, y los reconocimientos en rueda de presos que éstos hicieron en Vásquez Ochoa y en Sheinfell, están afectados de gravísimas fallas en orden científico y legal, que los hacen inaceptables, como prueba de responsabilidad de los dos procesados. Los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal son, pues, patentes..."

LA SALA CONSIDERA LO SIGUIENTE

Cabe anotar la manifiesta deficiencia de la averiguación adelantada en este caso. Sin embargo, no ha incurrido el Tribunal Superior de Cali en yerro protuberante en la apreciación de los elementos de juicio, tomados en cuenta para tener como probados el cuerpo del delito de robo, y la responsabilidad penal de los recurrentes, señores Jorge Ochoa Vásquez y Samuel Sheinfell Zapata:

Se tiene, en efecto:

1º Prueba del cuerpo del delito

Dice el demandante que el elemento, objetivo de la infracción denunciada, no está plenamente acreditado, pues sobre la preexistencia y consiguiente falta

de los bienes materia del reato, únicamente se trajo al informativo la declaración del señor Bernardo Gómez Toro.

Ello es cierto. Pero si se toma en consideración, que tanto el testigo nombrado, como los otros dos empleados de la "Fábrica de Gaseosas Lux" de Cali, expresan que en el momento del asalto se dirigían a una institución bancaria para hacer una consignación, es obvio que la aseveración de aquél ofrece serios motivos de credibilidad, en cuanto al apoderamiento que los delincuentes llevaron a cabo, luego de cumplidas las amenazas de que hicieron víctimas a estos testigos

De otra parte, ningún elemento de juicio desvirtúa lo que afirma Gómez Toro, sobre ese particular.

Debe, asimismo, tenerse en cuenta que el Art. 312 del C. de P. P., indica que "en la averiguación de los delitos de hurto o robo, no será preciso probar la propiedad, preexistencia y consiguiente falta de la cosa hurtada o robada, cuando de otros hechos aparezca que ésta es materia de uno de tales delitos. La apreciación de estas circunstancias queda al prudente juicio del funcionario o juez respectivo".

Si Gómez Toro, Antonio José Palomino Vélez y Hernán Estrada Gutiérrez, en el momento de los hechos, se dirigían a una institución bancaria de Cali, a fin de que aquél realizara la consignación de dineros y cheques de la "Fábrica de Gaseosas Lux", de la cual todos ellos eran empleados, es natural admitir la preexistencia de esos bienes. Y si los asaltantes cumplieron contra los antes nombrados, amenazas, con el claro propósito de perpetrar un robo, es lo más probable que esa finalidad fuera realizada, con el apoderamiento del maletín que portaba el denunciante. Además, ninguna prueba, ni el más leve dato, permiten suponer que Gómez Toro simulara la consumación del delito, a fin de apropiarse de los valores que dice tomaron los delincuentes.

No incurre, por tanto, en error manifiesto el *ad-quem*, al tener como plenamente probado el cuerpo del delito de robo, denunciado por el señor Bernardo Gómez Toro.

Este primer cargo, en consecuencia, no está probado.

2º Prueba de la responsabilidad de los recurrentes

Las tachas segunda y tercera que hace el actor a través de la causal segunda de casación, se refieren a este punto.

Afirma que los reconocimientos en rueda de presos, que los señores Gómez Toro, Palomino Vélez y Estrada Gutiérrez, hicieron de Vásquez Ochoa y Sheinfell Zapata, no sólo resultan inidóneos como prueba de la responsabilidad de estos procesados, por los vicios que ofrecen las diligencias respectivas, sino que ninguna seguridad pueden dar, habida cuenta de que, antes de ser llevados a cabo, ya aquéllos los habían reconocido mediante el álbum fotográfico llevado en las oficinas del DAS de Cali y, asimismo, el retrato de Vásquez Ochoa, había sido publicado por los periódicos de esa ciudad, y "El Espectador" y "El Tiempo", de Bogotá.

Ciertamente, a la rueda de presos formada para la diligencia de reconocimiento de Sheinfell Zapata, apenas acudieron cinco personas, incluyendo al procesado, y es verdad, igualmente, que tanto esa diligencia, como la cumplida para el reconocimiento en rueda de presos del sindicado Vásquez Ochoa, se realizaron luego de que las mismas personas que los identificaron, los habían señalado al examinar ese álbum fotográfico llevado en las oficinas del DAS de Cali, y cuando ya los periódicos citados habían publicado la fotografía de Vásquez Ochoa. Pero las afirmaciones de Gómez Toro, Palomino Vélez y Estrada Gutiérrez, hechas bajo juramento en esas diligencias, según las cuales los recurrentes tomaron parte en el asalto, a más de constituir una ratificación de la identificación que de los mismos hicieron en las oficinas del DAS, mediante fotografías, representan una pluralidad de elementos de juicio sobre la responsabilidad de Sheinfell Zapata y Vásquez Ochoa, en el delito de robo averiguado.

Cuando los señores Gómez Toro, Palomino Vélez y Estrada Gutiérrez acudieron a las oficinas del DAS de Cali, para cumplir la identificación de los recurrentes mediante fotografías, no habían visto la de Vásquez Ochoa que publicaron los periódicos citados, pues aquel reconocimiento se verificó días antes de dicha publicación. No se puede suponer, por tanto, que en el señalamiento de Vásquez Ochoa y Sheinfell Zapata, por parte de los empleados de la "Fábrica de Gaseosas Lux" de Cali, en esa ocasión, existiera un preconcepto, creado por dato o insinuación alguna. Y mucho menos cabe pensar que estos declarantes, delictuosamente, imputaran el delito averiguado a personas que no habían participado en él.

Es verdad que son frecuentes los yerros cometidos en los reconocimientos mediante fotografías, principalmente cuando se trata de personas que sólo han sido vistas en el momento de los hechos. Pero en el presente caso, como ya se dijo, luego de ese reconocimiento fotográfico, se cumplieron los reconocimientos en rueda de presos, los cuales le dan más seguridad de convicción a aquél. De otra parte, corresponde considerar que los señores Gómez Toro, Palomino Vélez y Estrada Gutiérrez, vieron a los delincuentes durante varios minutos; que el delito se cometió en las horas del día, y que los asaltantes no eludieron, en forma alguna, ser identificados por los empleados de la "Fábrica de Gaseosas Lux" de Cali. Y en estas circunstancias, ese reconocimiento mediante fotografías adquiere más firmeza.

La seguridad de la identificación hecha por los citados Gómez Toro, Palomino Vélez y Estrada Gutiérrez resulta, asimismo, de la vehemencia con que éstos incriminan a los recurrentes, según lo que expresan, al respecto, en las diligencias de reconocimiento en rueda de presos. Se tiene, en efecto:

a) En cuanto al procesado Jorge Ochoa Vásquez

El señor Bernardo Gómez Toro, se anota en la diligencia de los Fls. 32 a 34 (primer Cd.), "después de examinar a los reclusos de la rueda por espacio de uno o dos minutos, señaló sin preámbulos ni vacilaciones al..." nombrado Ochoa Vásquez..., "manifestando que ese es uno de los sujetos que integraban el grupo de atracadores el día trece de los corrientes..." (marzo de 1962)... "y fue el individuo que se acercó por el lado izquierdo del vehículo, encañonando al motorista con un revólver y diciéndoles: 'muchachos, de ustedes depende lo que les pase'; estoy seguro de que ese es el sujeto y dentro de la rueda no veo a los otros dos, que se hicieron por el lado derecho, o sea, al moreno y al de sombrero de piel..."

El declarante José Palomino Vélez, luego de señalar al aludido Vásquez Ochoa, manifestó que "era el mismo sujeto que se había acercado al 'jeep' por el lado donde él manejaba, o sea por la izquierda, en aquella mañana del atraco, y quien le encañonaba al tiempo que decía: 'ésto es un asalto, la seguridad de ustedes depende de como se manejen'."

El testigo Hernán Estrada Gutiérrez, también luego de identificar al mismo Vásquez Ochoa, dice que "es uno de los individuos autores del asalto, pues se trata del sujeto que se acercó por el lado izquierdo del vehículo, y quien luego tomó la dirección del 'jeep'."

b) Con respecto al sindicado Samuel Sheinfell Zapata

Esta diligencia de reconocimiento en rueda de presos, sólo fue firmada por los señores Gómez Toro y Estrada Gutiérrez. Es cierto, asimismo, que únicamente formaron la rueda cinco personas, como lo observa el demandante. Mas como se trata, apenas, de examinar la seguridad de los testigos al identificar a Sheinfell Zapata, se tiene, al respecto, que luego de señalar a este procesado, manifestaron que "ese sujeto fue uno de los que participaron entre el grupo de los atracadores, y el que dio orden de requisarlos".

Pues bien:

Ha expresado la Sala, en diversas oportunidades, que debe ser manifiesto o protuberante el yerro del ad-quem, *en la apreciación de las pruebas, para que resulte pertinente el motivo de casación previsto en el ordinal 2º del artículo 567 del C. de P. P. Y en la sentencia recurrida, el Tribunal Superior de Cali llega a la convicción de la responsabilidad de los recurrentes, luego de un estudio racional de los elementos de juicio, ceñido a la lógica y a los datos de la experiencia.*

Dice el *ad-quem*, en el fallo acusado:

"Es, por consiguiente, inocuo, en el caso de autos, aducir como elementos de demérito de la prueba de reconocimiento propiamente tal, el hecho de que los testigos hubieran identificado a dos de sus asaltantes en las fotografías del fichero que se les mostró, o bien por haberlos reconocido en persona, antes de practicarse esa prueba. Valdría el argumento, si estuviera demostrado que el reconocimiento que los testigos hicieron en esa inspección ocular, no obedeció a aquella causa común (la imagen mnemónica visual originaria), sino, a un factor diferente, secundario e independiente de aquél, como sería la imagen de la fotografía, la que se convertiría así en el punto de referencia. Pero nada indica, que ésto haya ocurrido aquí, o que los testigos al reconocer a aquellos dos inculpados, lo hubieran hecho por sugestión de los agentes del DAS. Lo que de las pruebas se infiere, es que tales testigos, al reconocer en rueda de presos a dos de sus asaltantes, lo hicieron a través de aquella imagen originaria y sólo a través de ella".

No puede, pues, la Sala, tener como probado este otro cargo contra la sentencia impugnada, *pues su facultad en la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación, "se limita a aquellos casos en que es protuberante el error, o sea, cuando el hecho de que se parte no se ha realizado, o el documento que se tuvo en cuenta para establecerlo contiene algo distinto de lo traducido, o*

no existe, o el testimonio en que se apoya la condena, resulta ineficaz por lo que expresa o niega en orden a probar la responsabilidad" (G. J., T. LXXXI, Nos. 2160-2161, Págs. 845 a 846).

No ha demostrado el demandante que los hechos fueron, de manera evidente, erróneamente interpretados por el juzgador de segunda instancia, pues de las consideraciones que hace el actor, no resulta que les haya atribuido un valor que no tenían o que les haya negado el que debía darles. La aseveración que hace el distinguido apoderado de los recurrentes, sobre la poca seguridad que ofrece el reconocimiento en rueda de presos y la identificación de las personas, mediante fotografías, lleva, apenas, a enfrentar su criterio al del ad-quem, *pero no a probar el manifiesto error de éste en la estimación de los elementos de juicio que tomó en cuenta para condenar a Ochoa Vásquez y a Sheinfell Zapata.*

No prospera, por tanto, la causal segunda de casación. Y como la primera se apoya en aquélla, es natural que siga la misma suerte.

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 señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de que se ha hecho referencia, y por la cual les fue impuesta a los procesados *Jorge Ochoa Vásquez* y *Samuel Sheinfell Zapata*, las penas de seis y tres años de presidio, respectivamente, más las sanciones accesorias del caso, como responsables del delito de robo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres. Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION

La revisión tal como la conciben la ley y la doctrina, no puede apoyarse en errores de orden jurídico. — La Corte ratifica su criterio al respecto. — Las actuaciones judiciales propiamente dichas, no tienen carácter de pruebas de responsabilidad del acusado. — Los "documentos" a que se refiere el Num. 3º del Art. 571 del C. de P. P., son aquéllos de que trata el Capítulo V, Título V, Libro 1º de la obra citada, que versa sobre esta clase de pruebas. — La revisión mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente. — Finalidad de este recurso.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal — Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS

El doctor Miguel Francisco Narváez Obregón, como apoderado de Cristóbal Peña Clavijo, presentó recurso extraordinario de revisión contra la sentencia que impuso a su poderdante la pena de seis (6) meses de prisión, "como infractor al numeral 19 (sic) del Decreto 0014 de 1955, en armonía con los artículos 37, 42 y 43 del mismo estatuto, y por lo cual fue detenido y enjuiciado". El proceso en cuestión fue fallado, en primera instancia, por el señor Alcalde Municipal de Guasca, el 6 de abril de 1963, y en segunda, por el Tribunal de Justicia Policiva Administrativa de Cundinamarca, el 26 de agosto del mismo año.

Cumplidos los trámites legales del recurso, es el momento de decidir.

DEMANDA DE REVISION

La demanda, en su aspecto formal y técnico, reúne los requisitos que para ella se exigen en el artículo 572 del C. de P. P., ya que se especificó el juicio de cuya revisión se trata, así como la Alcaldía y Tribunal que lo fallaron en las respectivas instancias. Se señaló igualmente el delito imputado a Peña Clavijo y la sanción impuesta, y de la misma suerte se presentaron las razones de hecho y de derecho en que se apoya la solicitud que se hace, para que se proceda por la Corte "a invalidar la sentencia y ordenar la revisión del juicio".

El demandante ha invocado únicamente la causal tercera de revisión, descrita en los siguientes términos por el artículo 571 del C. de P. P.:

"3º Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

Las razones que se exponen para demandar la revisión, son las siguientes:

"En el caso sometido a la consideración de los señores Magistrados de la H. Corte, existe una sentencia ejecutoriada; *Cristóbal Peña Clavijo*, está cumpliendo condena y del mismo proceso se deduce, con toda claridad, que existen documentos falsos (informes, autos y notificaciones) que determinaron el fallo respectivo.

"*Segundo*. Esa capacidad de determinación en el fallo, de los documentos falsos, emerge de los siguientes hechos:

"Enseña el artículo 60 del Decreto extraordinario 0014 de 1955 que 'En el mismo auto de detención preventiva se ordenará un término de prueba de quince a cuarenta días, según las circunstancias del proceso, durante el cual se practicarán las pruebas que el juez estimare convenientes y las solicitadas por las partes, siempre que sean conducentes' (Subrayo).

"Y agrega el artículo 61 ibidem, que sólo 'Una vez vencido el término probatorio, se ordenará correr traslado a las partes para alegar, por el término común de cinco días, y el juez deberá pronunciar la sentencia dentro de los cinco días siguientes'.

"Pues bien:

"Es incuestionable que en el proceso adelantado contra *Peña Clavijo* se profirió auto de detención precautolativa, y se dispuso abrir a pruebas por el término de quince días (Nº 2º); es incuestionable, igualmente, que las falsedades enumeradas a todo lo largo de este alegato no permitieron el que corriera ese término probatorio, por cuanto que, como consecuencia de ellas, se dio por sentado que había vencido, ya cuando ni siquiera había comenzado a correr; es evidente que esas mismas falsedades precipitaron el traslado a las partes para alegar, sin que se hubiera vencido dicho término y, consecuencialmente, que se violara el contenido del artículo 61 del Decreto; es evidente, en la misma forma, que sólo como resultado de lo anterior se profiriera sentencia de primera instancia y, por último, es una verdad procesal que todo lo expuesto dio base para que se formulara una consulta y para que, al resolver esa consulta, se condenara a *Cristóbal Peña Clavijo*, a pena privativa de la libertad por el H. Tribunal de Justicia Policiva Administrativa de Cundinamarca.

"En otras palabras: si no se alteran las fechas verdaderas, si no se falta a la verdad en la narración de los hechos, si se permite que el procesado haga uso del término que le otorgaba la ley para pedir pruebas, término del que jamás disfrutó, no se hubiera corrido ilegalmente traslado a las partes, no se hubiera dictado sentencia de primera instancia antes de cumplir las etapas procesales anteriores, no se hubiera ordenado la consulta en esa misma providencia que desconocía el procedimiento y, menos aún, se hubiera podido resolver el recurso revocando el proveído de primera, y condenando a *Peña Clavijo* a seis meses de prisión.

"*Tercero*. De otra parte, semejante conducta hizo que en el procedimiento contra *Peña Clavijo*, se desconociera palmariamente el contenido de la norma

que consagra el artículo 26 de la Constitución Nacional, según el cual 'Nadie podrá ser juzgado, sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio'.

"Y,

"*Cuarto.* Entonces, no cabe la menor duda de que nos hallamos frente a un caso típico en que es procedente el recurso de revisión, de acuerdo con la causal invocada, y que lo es la establecida por el numeral 3º del artículo 571 del C. de P. P."

Y en el alegato final presentado por el Procurador de Peña Clavijo se concreta en estos términos el razonamiento anterior:

"De otra parte, y si como lo dice el señor Agente del Ministerio Público, 'muy claro aparece, sin tacha alguna, la palabra 'veinticuatro' sobre la fijación del estado' (Fl. 65) que notificó el proveído de folio 49 y 49 vto., y que se halla en el extremo inferior del folio 49 vuelto, hay que admitir que era a partir de esta notificación, y no de las alteradas, que debía comenzar a contar el término probatorio, circunstancia que impedía el correr traslado para alegar de conclusión al día siguiente, como consta al folio 51 del proceso original, cuando ni siquiera había quedado en firme el auto que se notificaba por ese estado, y hay que admitir también que con esta conducta, lícita o ilícita, de los funcionarios, que se negó a mi mandante el derecho que tenía a un término probatorio (Art. 60 del Decr. 0014 de 1955), se pisoteó el sagrado derecho de defensa y, vino a violarse el enunciado del artículo 26 de la Constitución Nacional".

RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, al dar respuesta a la anterior demanda, se opone a la revisión impetrada, pues que no encuentra demostrada, en forma alguna, la causal invocada. Así se expresa aquel funcionario:

"Todo lo anterior demuestra que lo ocurrido no fue otra cosa que un error que se cometió en la alcaldía de La Calera, al estampar las fechas, y que fue torpe y fragmentariamente corregido, ya que bien se ve que para el 24 de marzo las actuaciones ya habían llegado a Guasca, y estaban en poder de la alcaldía de ese lugar. En este error, bien pudo haberse incurrido por una falta de atención en el calendario, ya que tanto el 17 como el 24 de marzo de 1963, fueron días domingos, durante los cuales se trabaja en las alcaldías de las poblaciones pequeñas, por ser precisamente los días de mercado y de afluencia de los vecinos a la cabecera del municipio.

"Con lo antes dicho, cae de su base toda la argumentación del señor demandante, en relación con la supuesta existencia de falsedades en el proceso que, a más de delictuosas, llegaron también a violar las garantías constitucionales del procesado.

"Lo anterior bastaría, sin más consideraciones, para desechar la petición de revisión que se estudia.

"Con todo, no está por demás observar que las notificaciones, certificaciones, informes o constancias secretariales relativas, exclusiva o especialmente al

curso del proceso, no tienen el carácter de pruebas de la responsabilidad del acusado, como tampoco lo tienen los pronunciamientos del juez o funcionario del conocimiento anteriores al fallo; ni los tales son 'documentos', al tenor del numeral 3º o causal tercera de revisión del artículo 571 del C. de P. P., que puedan determinar el fallo respectivo, vale decir, el convencimiento legal-moral del juzgador, pues por 'documentos' se entienden, en la disposición citada, aquéllos de que trata el Capítulo V, Título V, Libro Primero, del Código de Procedimiento Penal, que versa sobre esa *clase de prueba*.

"Y es que el recurso de revisión, no es una tercera instancia, y en él, a la luz de la causal tercera, que es aquí la invocada, 'sólo se discute si la persona que está sufriendo una pena fue condenada con base en hechos o pruebas, que posteriormente se demuestra que son o fueron falsas', según lo enseña la H. Corte".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En realidad, para demandar la revisión de la sentencia ejecutoriada proferida por el Tribunal de Justicia Policiva Administrativa de Cundinamarca, condenatoria de Peña Clavijo, se invocan, con base en la causal tercera, dos motivos:

1º Al cometerse algunas irregularidades o "falsedades", como sostiene el demandante, dentro del proceso penal adelantado contra Cristóbal Peña Clavijo, "se pisoteó el sagrado derecho de defensa y, por último, vino a violarse el enunciado del artículo 26 de la Constitución Nacional".

2º Para dictar sentencia condenatoria contra Peña Clavijo se tuvieron en cuenta "documentos" falsos, entendiéndose por tales las notificaciones, certificados, informes y constancias de secretaría, en las cuales —sostiene la demanda— se borraron o cambiaron algunas fechas.

Primer cargo

En relación con el primero de los cargos enunciados, la Corte se limita a transcribir lo dicho ya, en casos semejantes, en los cuales se demandó la revisión, con base en la nulidad constitucional, que surge de la falta de defensa del procesado.

Dijo así esta Corporación:

"Insiste esta Sala en que la revisión, tal como la conciben la ley y la doctrina, no puede apoyarse en errores de orden jurídico, ya conduzcan éstos a la violación de la ley penal sustantiva, o a la de aquellas normas que rigen el procedimiento, porque ambos eventos, en su orden, están erigidos en causales de casación por los ordinales 1º y 4º del artículo 567 del C. de P. P.

"Sobre el particular expresaba inequívocamente la Corte en sentencia de 12 de noviembre de 1943 ya citada: '. . . la cuestión de la nulidad del procedimiento, que en el recurso de casación se halla establecido como una de las causales, resulta exótica en el de revisión, y no está erigida por la ley, como causal de este último recurso'.

"Este es, por otra parte, el criterio que predomina entre los expositores:

"'En la revisión, los vicios que pueden dar lugar a la anulación de la sentencia, han de ponerse de relieve en relación con situaciones facticias, producidas o conocidas con posterioridad a la resolución que se pretende anular, *mientras que jamás puede producirse por vicios o errores de tipo jurídico*'. (Fenech: Derecho Procesal Penal, Vol. II, Pág. 560, 2ª Ed. 1952).

"'Cuando una sentencia penal ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, sus disposiciones deben quedar firmes aunque la sentencia aparezca afectada de errores o irregularidades de forma, por violación de normas procesales prescritas bajo pena de nulidad, o de errores de juicio.

"'La autoridad de cosa juzgada se presenta por tanto, bajo este aspecto, como la suprema sanatoria de toda nulidad, en que se haya incurrido en el procedimiento' (Manzini, Ob. Cit., Pág. 522).

"7º Si la Corte ordenara la revisión de este proceso, definitivamente concluido, fundada en que, como observa el actor, se incurrió en nulidad, por no haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, estaría creando una nueva causal de revisión, arrogándose así una facultad que, de acuerdo con nuestra organización constitucional, corresponde por modo exclusivo al legislador.

"8º Es verdad que las nulidades de tipo supralegal, por haberse infringido el artículo 26 de la Carta, son el fruto de una elaboración doctrinaria, pero su reconocimiento no entraña la creación de una nueva causal de casación, pues la pertinente está prevista en el ordinal 4º del artículo 567 del C. de P. P.

"9º Las garantías consagradas en el artículo 26 de la Constitución, tienen cabal eficacia a través de la citada causal de casación, y presuponen, para su efectividad, un proceso todavía abierto, no un proceso definitivamente terminado por sentencia ejecutoriada. La presunción de verdad de la cosa juzgada sólo puede quebrantarse, en materia criminal, para proteger la inocencia o irresponsabilidad del condenado. De lo contrario, se desvirtuaría la estabilidad de los fallos judiciales, cuya firmeza es inmanente al orden jurídico". (Revisión de Alfonso Rodríguez Jiménez, 15 de mayo de 1964).

Segundo cargo

La Corte está en todo de acuerdo con lo sostenido a ese respecto por el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en párrafos copiados antes.

Ya se dijo, al rechazar la práctica de algunas pruebas pedidas por el recurrente, que 'dentro del recurso extraordinario de revisión, se trata de demostrar hechos, no constantes en el proceso, capaces de destruir el valor de la cosa juzgada y referentes a cualquiera de las previsiones del artículo 571 del C. de P. P."

Tocaba, pues, probar que algún testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase, que determinó el fallo respectivo, era falso, por ir contra la verdad o contra la realidad de lo afirmado, o conceptuado o demostrado.

En la demanda, se juzga que son documentos los informes secretariales, las notificaciones y los autos, en cuyas fechas se advierten incongruencias.

Y se dice que tales documentos son falsos y, no obstante ello, se tuvieron en cuenta para condenar a Cristóbal Peña Clavijo.

Ello no es así. Para dictar sentencia condenatoria contra una persona, es necesario que esté demostrado plenamente el cuerpo del delito y la responsabilidad del procesado o sindicado. Aquellas demostraciones se hacen valiéndose de las pruebas que el legislador estableció plenamente en el Título V del Libro 1º del C. de P. P., o sea, por medio de inspecciones oculares, indicios, testimonios, documentos, confesión, peritazgo. Ni para demostrar cuerpo del delito, ni para probar responsabilidad juegan actos como los enunciados en la demanda de revisión. Ellos sirvieron para impulsar el procedimiento hasta llevarlo al fallo respectivo.

Cuando el numeral 3º del artículo 571 del C. de P. P., habla de "testimonio, peritazgo, documento o prueba de cualquier otra clase", se está remitiendo a los medios probatorios de que trata el Título V, Libro 1º de la obra citada, y en manera alguna, a las actuaciones judiciales propiamente dichas.

Y cuáles son los "documentos" a que se refiere el mismo numeral 3º? No pueden ser otros que aquéllos referidos en el Capítulo V del Título V del C. de P. P., o sea, los "expedidos con las formalidades legales por un funcionario público en ejercicio de sus funciones", ésto es, los documentos públicos o auténticos, que son, en sentir de Gorphe, "los más probatorios". A éstos se oponen los documentos privados, cuyas manifestaciones "emanan de las mismas partes, no están respaldados, sino por sus afirmaciones y sus firmas" y "hacen fe de su contenido, hasta prueba en contrario, pero nada más".

Son éstos, igualmente, los mencionados como pruebas en los Capítulos III y IV del Título XVII del Libro 2º del C. J.

En ninguna parte, en la legislación procesal, se da el carácter de pruebas de la responsabilidad o del cuerpo del delito a las actuaciones judiciales, las que, en cambio, o impulsan el procedimiento o vienen a calificar el valor de las pruebas aportadas al debate judicial, sobre cualquiera de aquellos extremos.

Era, por tanto, tarea propia del demandante demostrar la falsedad de los documentos que se hubiesen tenido en cuenta para proferir la condena, si fue que los hubo realmente, pues la revisión —se ha dicho y repetido— "mira a salvar errores de hecho, en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente, y la casación a errores de derecho". (Sentencia de 29 de enero de 1945, LXIII, 697).

Ahora bien, "como cada causal de revisión tiene su prueba específica, si el demandante no la produce, no puede prosperar la revisión que se intente". (Rev. 12 de febrero de 1958, G. J., LXXXVII, 195).

De otra parte, "el recurso de revisión se ha establecido por el legislador, no con el fin de hacer un análisis jurídico de la sentencia frente a la ley, que es tema propio del recurso de casación, sino con el de comprobar situaciones de hecho, que al ser evidenciadas, dan lugar a una revisión del proceso".

Se desprende, pues, que el demandante, aunque ha demostrado que en el proceso adelantado en Guasca, contra su patrocinado, se cometieron algunos errores o existen algunas anomalías, no pudo comprobar que alguna de las pruebas aducidas contra Peña Clavijo, para dictar contra él sentencia condenatoria, fuera realmente falsa u opuesta a la verdad o realidad de los hechos que con ella se pretendía dejar establecida.

Y si ello es así, como lo es ciertamente, la causal de revisión invocada, no puede prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, NIEGA la revisión impetrada, a la cual se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITOS DE HOMICIDIO, LESIONES PERSONALES, ROBO Y CONTRA FUNCIONARIOS PUBLICOS

Cargo de nulidad legal, previsto en el Num. 8º del Art. 198 del C. de P. P., con invocación de la causal 4ª de casación. — La clasificación jurídica de los delitos cometidos, bien en concurso formal o bien en concurso material, tiene que ver únicamente con la graduación de la pena, y no con la denominación del ilícito perpetrado. — Se desecha el cargo formulado a través de la causal 2ª, por tratarse de sentencia dictada en acatamiento a veredicto del Jurado. — Causal 1ª. — Adecuada individualización de la pena.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS

Procede la Corte a decidir del recurso extraordinario de casación, interpuesto por el procesado *David Loaiza Murillo*, contra la sentencia de 4 de diciembre de 1963, proferida en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, que lo condenó, como responsable de los delitos de homicidio, lesiones personales, robo y contra los funcionarios públicos, a la pena principal de nueve (9) años de presidio, y correspondientes sanciones accesorias.

ANTECEDENTES

1º Sobre los hechos que motivaron el proceso, la Sala acoge, como su colaborador Fiscal, la relación que de ellos se da en la sentencia acusada:

"Los hechos originarios de esta acción penal, ocurrieron en la madrugada del lunes 30 de octubre del año pasado, en jurisdicción del municipio de La Plata, y en un sitio limítrofe con el municipio de Inzá, perteneciente al Departamento del Cauca.

"Habiendo sido capturado David Loaiza Murillo, como presunto responsable de un delito de hurto de ganado mayor, madrugó el señor Lubín Hurtado, Inspector Departamental de Policía de 'Monserrate' a conducirlo desde aquella localidad a la cabecera del municipio, para ponerlo a órdenes del señor alcalde. Salieron como a las cuatro de la mañana, yendo Loaiza a pie, y detrás a caballo el Inspector, señor Hurtado, y el joven Sebastián Ospitia, éstos últimos, armados cada cual con un revólver calibre 38 de seis tiros.

"Al llegar al sitio de 'La Meseta', por ahí a las cinco y media, se había quedado un poco atrás el señor Ospitia, cuando Loaiza le pidió un cigarrillo a Hurtado; éste se dispuso a pasárselo, cuando el capturado, con gran rapidez, lo derribó de la cabalgadura, y como Hurtado se enredara en los zamarros, el otro le arrebató el revólver que llevaba guardado, hizo un disparo y emprendió la huída por la loma abajo. Cuando en esas llegara Ospitia, quien se apresuró, al oír la detonación, le solicitó a Hurtado que le hiciera un disparo al fugitivo, y así lo hizo, sin hacer blanco; le pasó el revólver al Inspector, y en ese instante, Loaiza les hizo un disparo mientras seguía huyendo. Hurtado a su vez le disparó, obteniendo otro disparo como respuesta, sin que en este tiroteo se hubiera producido lesión alguna en los protagonistas.

"Resolvió acudir entonces Hurtado a la ayuda de los vecinos del caserío de Topa, perteneciente al Municipio de Inzá, del otro lado de la línea fronteriza, y volvió acompañado de los hermanos Andrés y Juan de Dios Quintero; pasaron la quebrada de Topa, que es la que sirve de límite y se dedicaron a buscar los rastros de Loaiza, hasta que al fin pudieron divisarlo en una loma.

"A pesar del parecer de Hurtado, que consideraba peligroso proceder a la captura, los hermanos Quintero se encaminaron hacia el sitio en donde estaba el fugitivo, dando un rodeo por la parte de arriba no sin llevar Juan de Dios el revólver que portaba el Inspector; éste envió a Ospitia a conseguir más colaboradores, y se quedó vigilando al fugitivo desde lejos, para ver si se les escapaba a los Quintero y la dirección que pudiera tomar.

"Habiéndose acercado cautelosamente aquellos señores hasta una mata de caña brava, donde se hallaba agazapado Loaiza, cubierto el cuerpo con la ruana, Juan de Dios martilló el revólver para dispararle, pero no le dio fuego; Loaiza le disparó e hizo blanco en el abdómen, seguramente de medio lado, porque el proyectil no penetró en la región abdominal, sino que entró y salió a muy pocos centímetros.

"Viendo ésto, Andrés, quien estaba desarmado, cogió una piedra y se la lanzó a Loaiza, el que después de disparar había emprendido la retirada. Con la pedrada lo derribó, pero David se levantó y siguió alejándose. Andrés siguió tras él y sufrió un resbalón. Al levantarse Loaiza, quien se hallaba unos cuantos metros más abajo, le hizo un disparo hiriéndolo en la región abdominal, y como la herida fue de carácter mortal, Andrés cayó agonizante.

"Juan de Dios comenzó a gritar que el hombre aquél había dado muerte a su hermano; Loaiza se envolvió en la ruana, y se echó a rodar, tratando de huir hacia el Departamento vecino, pero como ya habían acudido otras personas, éstas siguieron en su persecución, y cuando el hombre se había situado entre unas piedras al pie de una mata de plátano, Jesús Pillimué le hizo un disparo de escopeta, pero no salió el tiro; los otros lo rodearon, y algunos echaron piedra para ver si salía. Pillimué consiguió otra escopeta con dos cartuchos; regresó al sitio en donde estaba David y le gritó que manos arriba; pero el hombre lo que hizo fue dispararle el último proyectil que tenía en su revólver; Pillimué le disparó con la escopeta sin herirlo, porque el hombre se echó a tierra; después le hizo el otro disparo apuntándole a las piernas, y al sentirse herido Loaiza, comenzó a gritar que se entregaba, levantó las manos diciendo, que no le fueran a matar. Se acercaron los inspectores, y habiendo sido desarmado, lo condujeron al cercano caserío de Valencia.

"Según la diligencia de autopsia que aparece a folio 20, el proyectil que causó la muerte a Andrés Quintero, le entró por el lado izquierdo de la región abdominal, tomó una dirección de abajo hacia arriba, y de adelante hacia atrás, sin alcanzar a salir del cuerpo, pues quedó incrustado en la masa muscular, a la altura de la undécima vertebra dorsal izquierda, y de paso seccionó la arteria mesentérica inferior, perforó el bazo en su extremidad superior, pasó a la cavidad torácica, donde perforó el diafragma y la base del pulmón izquierdo. Todo ésto, produjo una anemia agudísima.

"Como ya se ha dicho, la lesión que sufrió Juan de Dios Quintero, entró y salió en la región abdominal izquierda, y le produjo incapacidad de ocho días, sin consecuencias.

"David Loaiza presentó dos lesiones en la cabeza, hechas con instrumento contundente como piedra; encima del dorso del deco meñique de la mano derecha, una herida con arma cortante; en las piernas, heridas causadas con municiones pequeñas de escopeta; en la pierna derecha una herida contusa de diez centímetros, que interesó la piel y el tejido celular sub-cutáneo, fuera de la cual algunas erosiones en diversas partes del cuerpo. Le fueron fijados quince días de incapacidad, sin consecuencias".

2. El Juzgado Superior de Distrito Judicial de Neiva, por providencia de 18 de julio de 1962, resolvió en juicio criminal, con intervención del jurado, al nombrado Loaiza Murillo, "como presunto responsable de los delitos de homicidio, lesiones personales, robo y delitos contra funcionarios públicos, que define el Código Penal en su Libro II, Títulos XV, XVI y III, Capítulos I y II del Primer Título, Capítulo II del II Título y Capítulo VIII del último título anunciado en su orden".

3. La resolución de la instancia, la confirmó el Tribunal "en todas sus partes", en providencia de 26 de septiembre del mismo año.

4. Al celebrarse la audiencia pública, le fueron propuestas al jurado las cuatro cuestiones que obran de folios 136 a 139 del cuaderno 1º, referentes, en su orden, al homicidio recaído en la persona de Andrés Quintero Muse, a las lesiones ocasionadas a Juan de Dios Quintero Muse, al delito de robo, del que fue ofendido el Inspector de Policía de Monserrate, señor Lubín Hurtado Clavijo, y, por último al delito contra funcionario público, por la violencia contra el mismo funcionario, "para obligarlo a omitir el cumplimiento de sus funciones".

Todas las cuestiones recibieron veredicto condenatorio.

5. Con base en el pronunciamiento del jurado, el señor juez del conocimiento, dictó fallo condenatorio, el 13 de febrero de 1963, en el que impuso al responsable la pena principal de nueve (9) años de presidio, y las correspondientes accesorias, habida consideración de los artículos 362 y 33, principalmente, del C. P.

El fallo lo confirmó el superior, y sobre la decisión de éste, versa el recurso de casación.

DEMANDA DE CASACION

En representación del procesado formuló la demanda, para sustentar el recurso, el doctor Alvaro Sánchez Silva, en el escrito que obra de folios 5 a 23 del cuaderno Nº 3.

Aduce el impugnador, después de hacer en su libelo la relación de los hechos a que el juicio se refiere, las causales de casación previstas en los numerales 4º, 2º y 1º del artículo 567 del C. de P. P., las cuales plantea y examina, por su orden, en capítulos separados.

Causal cuarta

Como cargo único referido a esta causal, el señor apoderado sostiene que hubo error en la "denominación jurídica de la infracción", es decir el motivo de nulidad previsto en el numeral 8º del artículo 198 del C. de P. P., por un doble aspecto, a saber:

1º Porque en el auto de vocación a juicio a Loaiza Murillo se le formularon los cargos de homicidio, lesiones personales, robo y delitos contra funcionario público, no obstante "que mal puede hablarse de la coexistencia de estas cuatro infracciones en la forma que se hace en el auto", principalmente "en cuanto se refiere a los delitos de robo y contra funcionarios públicos", criterio éste que el demandante sustenta en la opinión del señor Fiscal del Tribunal, quien descarta el delito de robo en la compleja conducta del acusado.

"Resulta absurdo hablar —concluye el demandante— de que el acto de despojar al Inspector de Monserrate, de un revólver, constituya delitos separados de robo y contra funcionarios públicos. Si ello es así, tenemos, que ha existido un error en la denominación jurídica de uno de los reatos que han motivado el juicio, y en consecuencia el fallo acusado, por este aspecto, ha sido proferido en juicio viciado de nulidad".

2º El otro aspecto del cargo de nulidad del juicio, se hace consistir en que el auto de proceder, estimó cometidos los cuatro ilícitos en concurso real, al tenor del artículo 33 del C. P., cuando de admitir "hipotéticamente tal concurso", sería sólo ideal o formal. Dicha fórmula de procesamiento entraña "también un error en la denominación jurídica de las infracciones, porque se llamó a juicio, ya que afirmar otra cosa, sería tanto como sostener que carece de toda relevancia jurídica, la diferenciación que hace nuestra norma penal sustantiva entre concurso real y concurso formal de delitos".

"Corolario de lo anterior —expresa para rematar el cargo—, es que la sentencia recurrida ha sido proferida en proceso viciado de nulidad, con violación de los Arts. 31 y 33 del C. Penal, 198 numeral 8º y 200 del C. de P. Penal, que se fundamentan éstos en el Art. 26 de la Constitución Nacional".

Causal segunda

Al aducirla el impugnador plantea, como cuestión previa, el problema que para los juicios con la intervención del jurado entraña la doctrina sentada por la Sala, acerca de la improcedencia o no viabilidad de dicha causal, en términos generales, y, recogiendo la tesis sustentada por el doctor Luis Carlos Pérez, en su obra "Recurso de Casación en Materias Civil, Penal y del Trabajo", estima acertada la solución de que es procedente en el caso propuesto, "declarar la contravidencia del veredicto y su notoria injusticia, ordenando la convocatoria de un nuevo jurado".

El cargo, ya en concreto, hace relación al desconocimiento en el juicio, de la justificación en el obrar del acusado en todos los hechos por él cometidos, según las pruebas que el demandante transcribe y comenta, para concluir:

"De las anteriores transcripciones y observaciones que podrían multiplicarse, se deducen varias conclusiones: 1ª No es imposible que Loaiza Murillo diga la verdad, cuando afirma en su injurada, que se fugó al Inspector, quitándole previamente el revólver, porque el funcionario le había propuesto que hiciera tal cosa, y el temía ser asesinado en el camino. No otra cosa significa el traslado de Loaiza Murillo a La Plata, en plena oscuridad, sin llevarlo asegurado en forma alguna, y viajando debidamente armados quienes lo conducían. 2ª El Inspector de Monserrate, dio orden a los vecinos de la región, donde se produjeron los hechos, de que mataran a David Loaiza Murillo. 3ª Contra Loaiza Murillo se dispararon, con la intención de matarlo, numerosos proyectiles, y éstos con anterioridad al insuceso de los hermanos Quintero Muse. Debe observarse que Loaiza Murillo, al asegurar su fuga, disparó tres proyectiles, según afirman el Inspector y su acompañante Ospitia, y en tales condiciones, únicamente pudo haber disparado tres proyectiles. 4ª Cuando Loaiza Murillo disparó contra los hermanos Quintero Muse, éstos lo estaban agrediendo de muerte mediante disparos de revólver, piedra y peinilla.

"Corresponde preguntar ahora: El Inspector de Policía de Monserrate, podía condenar a muerte a David Loaiza Murillo? Los vecinos de la región estaban autorizados para darle muerte, con base en la orden del mencionado Inspector? Las respuetas a éstos interrogantes no pueden ser sino afirmativas o negativas. Si lo primero, sobra el Art. 16 de la Constitución Nacional, el Art. 20, el Art. 21, el Art. 23, y el Art. 29 de la Carta Magna. Si lo segundo, David Loaiza Murillo sí estuvo colocado ante una agresión injusta, en los términos reclamados en el Art. 25 del C. Penal. Negar éste último, equivale a autorizar la matanza por parte de cualquier ciudadano, de todo sospechoso, de todo sindicado, de todo el que tenga qué ver con la justicia. Si al legislador no le es permitido establecer la pena de muerte, cómo puede decretarse esta misma pena por un simple Inspector de Policía, en contra de un individuo contra quien apenas existen sospechas como responsable de un delito menor? Podría afirmarse que el fallo acusado viola las normas constitucionales citadas, porque parte de la base de que es justa la pena de muerte que decreta un ínfimo funcionario de la Rama Ejecutiva.

"Lo anterior, en relación con la injusticia de la agresión de que fue víctima David Loaiza Murillo. En cuanto a la gravedad de esa agresión, está perfectamente demostrado que Hurtado Clavijo dio orden de asesinarlo, y que los hermanos Quintero Muse, Jesús Ramos Pillimué y los demás vecinos, trataron de cumplir al pie de la letra lo dispuesto por el funcionario arbitrario. Y no vale decir que la agresión no fue grave, porque Loaiza Murillo no pereció durante el desarrollo de los hechos juzgados. Un argumento de esta naturaleza significa un desconocimiento total de los derechos ciudadanos y de las normas legales que rigen nuestro estado de derecho. Carecería de objeto legislar respecto a la legítima defensa, si para que esta circunstancia eximente de responsabilidad fuera aceptada, resultara necesario probarla con la muerte del agredido, en relación con el aspecto de gravedad de la agresión. Para terminar estas consideraciones, resulta procedente un último interrogante: Si por razón de la orden dada por el Inspector Hurtado Clavijo, Ramos Pillimué, los hermanos Quintero Muse, o cualquiera otro de los vecinos hubiera dado muerte a Loaiza Murillo, así éste únicamente estuviera tratando de eludir una posible muerte, serían responsables el Inspector por haber dado la orden, y los vecinos por haberla ejecutado? Yo creo que sí. Y esta afirmación indica a las claras que es notoriamente injusto el veredicto del jurado, contrario a la evidencia de los hechos, y que así debió declararse en el fallo acusado.

"Al folio 25 del segundo cuaderno, se encuentra la solicitud que hiciera para que se declarara la notoria injusticia y la contraevidencia del veredicto, en que se fundamenta el fallo acusado. De aceptarse los puntos de vista planteados al iniciar este capítulo, no podría dejar de tomarse en consideración el escrito que determino".

Causal primera

Se invoca por el demandante como consecuencia de la anterior. "Baste decir —expresa el libelo— que como la conducta de David Loaiza Murillo estuvo ajustada a las exigencias del numeral 2º del Art. 25 del C. Penal, el honorable Tribunal Superior de Neiva, debió declarar la notoria injusticia del veredicto, por ser contrario a la evidencia de los hechos, y convocar a un nuevo jurado..."

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Estima el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, que el recurso propuesto, no prospera por ninguna de las causales aducidas, las cuales refuta, en su orden, así:

A la *causal cuarta*, responde el Ministerio Público, diciendo que la nulidad de que da cuenta el demandante, no fue alegada en las instancias, de una parte, y que, de otra, "la clasificación u ordenación jurídica de los delitos cometidos, bien en concurso formal o ideal, o bien en concurso material o real, tiene que ver únicamente con la graduación de la pena; es cuestión de dosimetría penal, no de la denominación o identificación del ilícito cometido, y tal propósito, no fue alterado en la sentencia recurrida, ya que el aumento que se asignó a la pena básica por el delito más grave (homicidio simplemente intencional), no alcanzó en forma alguna el aumento máximo permitido por el artículo 31 del Código Penal, que es el que indica".

Para rechazar la *causal segunda*, el distinguido Colaborador Fiscal, a más de hacer hincapié en la reiterada doctrina de la Sala sobre improcedencia de dicho motivo de casación en juicios, con intervención del jurado, se refiere, a los planteamientos de hecho de la demanda, en estos términos:

"Por último, media otro motivo que destruye por su base la infundada aseveración, de que el señor Inspector de Policía de Monserrate, pretendió aplicarle a Loaiza Murillo, la denominada 'ley de fuga', pues si su propósito hubiera sido el de eliminar a éste último en tal forma, fácilmente lo hubiera conseguido más antes, a las pocas cuadras de la sede de la Inspección, cuando aún la aurora no había comenzado.

"Además, la cooperación solicitada a los vecinos del lugar, donde el acusado atacó al funcionario y lo desarmó, era una lógica consecuencia de la conducta asumida por Loaiza Murillo, quien demostró su peligrosidad al disparar contra el funcionario y el guardián que lo conducían, con la misma arma, de la que se había apoderado violentamente, y a quien se debía perseguir y capturar como cualquier ladrón sorprendido *in flagranti*.

"Las consideraciones, que acerca de este tema hace el fallo de segunda instancia, son muy acertadas y pertinentes, y si la Procuraduría no las reproduce, es porque verdaderamente resulta innecesario.

"Y ello viene a demostrar que carece de fundamento afirmar, como se hace en la demanda de casación, que lo que aparece 'a las claras' es el 'que es notoriamente injusto el veredicto del jurado, contrario a la evidencia de los hechos, y que así debió declararse en el fallo acusado".

Consecuente con este criterio, la Procuraduría rechaza, como es obvio, la *causal primera*, cuyos fundamentos en la demanda son los mismos que los aducidos para la causal segunda.

CONSIDERA LA CORTE

1º No cabe en este proceso, afirmar que la sentencia recurrida recayó en un juicio viciado de nulidad, como lo sostiene el demandante, pues, la calificación dada a los hechos en el auto de proceder no constituye error en la denominación jurídica de las infracciones. Si para las instancias la conducta del procesado podía descomponerse, frente al Código Penal, en cuatro ilícitos distintos, pero también conexos, como eran el homicidio, *las* lesiones personales, *el* robo *y el* delito contra funcionario público, *su concreción por esos cargos en la vocación a juicio, se entiende ser la resultante de un criterio jurídico que no se opone a la nomenclatura adoptada por la ley penal sustantiva.*

2º Podrá ser discutible en el campo de la doctrina la concurrencia de los cuatro ilícitos y, en particular, si el ataque al funcionario, para despojarlo de su arma, representa una sola infracción, en razón del fin pretendido, pero es lo cierto que el Código individualiza, como tipos penales, diferentes los hechos que en este proceso se atribuyen a Loaiza Murillo.

3º Y si por el aspecto enunciado no hay lugar a la pretendida nulidad, menos puede hablarse por la adopción de la fórmula del concurso material, en lugar del formal, para alguno o algunos de los hechos, puesto que ese criterio es tan sólo una estimación, que no trasciende del campo especulativo a los efectos prácticos del fallo, ni permite hablar de error, para los fines del ordinal 8º del artículo 198 del C. de P. P.

4º Por último, para refutar los planteamientos de la demanda, fuera de no existir nulidad legal en lo actuado, tampoco existe nulidad constitucional, basada en violación del artículo 26 de la Carta, ya que, a más de haberse observado la plenitud de las formas propias del juicio, en momento alguno al acusado, le fueron negados o quebrantados los derechos atinentes a su defensa.

5º Para desechar el cargo formulado, a través de la causal segunda, *la Corte no sólo puede acogerse a la doctrina que en sus puntos fundamentales viene sosteniendo desde el año de 1944, por tratarse en este caso de sentencia dictada en acatamiento de un veredicto del jurado, sino que, por otra parte, como lo conceptúa el Ministerio Público, los autos no dan asidero, el más mínimo, para hablar de contraevidencia del veredicto, con relación a ninguno de los delitos juzgados.*

En primer lugar, la conducta del procesado, al recurrir a las vías de hecho contra el funcionario de Policía, y apoderarse del revólver que éste portaba, entraña una conducta que no encuentra en el proceso justificación, y no pasa de ser una suposición gratuita la explicación de que se le fuera a aplicar a Loaiza Murillo "la ley de fuga".

En segundo término, tampoco surge del proceso un motivo plausible en cuanto al apoderamiento del revólver, y, al contrario, semejante proceder expresaba el inconfundible propósito de sustraerse el mandato de la autoridad, determinación ésta no ceñida a derecho, y para cuyo logro actúo de modo violento.

Por último, el homicidio y las lesiones personales, cometidos por el acusado, no aparecen que hayan sido determinados por una compulsiva situación de legítima defensa, no obstante que la Sala pueda calificar de imprudente y no ponderada la orden del Inspector de Policía a particulares para la recaptura del procesado.

6º El jurado al dictaminar sobre la responsabilidad del encausado en forma afirmativa, no se pronunció contra la evidencia de los hechos procesales. Al contrario, en ellos encontró bases ciertas para su convicción, imposible de ser rechazada por los falladores, dado el arbitrio que a los jueces de conciencia ha otorgado la ley.

7º Importa repetir, que no por haber considerado las instancias que los delitos concursaron materialmente tal estimación, incidió en la correcta individualización de la pena, que puede estimarse adecuada, bien teniendo en cuenta el artículo 33 del C. P. o el artículo 31 ibídem.

8º Al no prosperar la causal segunda, la primera tampoco puede tener éxito, por ser dependiente de aquélla.

Todo lo dicho, lleva a la Sala a desechar el recurso, de acuerdo con el artículo 569 del C. de P. P.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, de acuerdo con su colaborador Fiscal, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso de casación a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES

Por no resultar probados los cargos relacionados con el desconocimiento del derecho de defensa del recurrente, y aplicación indebida del Art. 34 del C. P., no son viables las causales 4ª y 1ª de casación invocadas. — La Sala ratifica su doctrina, respecto a que el motivo previsto en el Ord. 2º del Art. 567 del C. de P. P., no es pertinente en los juicios con intervención del jurado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, septiembre diez de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 30 de agosto de 1963, por la cual le fue impuesta al procesado *Miguel Antonio Vega Medina*, la pena principal de diez años y tres meses de presidio, como responsable del delito de homicidio, cometido en la persona de Epimenio Roncancio y del de lesiones personales de que fue víctima María Ligia Pérez.

Conoció en primera instancia el Juzgado 8º Superior de esta misma ciudad

HECHOS Y TRAMITES DEL PROCESO

A este respecto, el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, hace la siguiente síntesis:

"El procesado Vega Medina, fue condenado en providencia de segundo grado, por el Tribunal Superior de Bogotá, a pagar la pena de diez años y tres meses de presidio, como autor responsable de los delitos de homicidio y lesiones personales. Los hechos en cuestión acontecieron en la madrugada del cuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y uno, en la calle 13 con la Avenida Caracas, de esta ciudad. Por emulaciones dimanadas de la explotación del mismo negocio —venta ambulante de café tinto— Vega Medina, en avanzado estado de embriaguez, agredió sorpresiva e injustamente a Epimenio Roncancio y a su concubina María Ligia Pérez, quienes explotaban un pequeño puesto de vender café en la dirección antes anotada. Antecedieron al ataque procaces insultos de Vega a la pareja citada, los cuales no fueron respondidos en forma alguna, mutismo que quizás exacerbó a Vega y le lanzó a agredir con puñal a Roncancio. Este pudo esquivar el primer golpe; visto lo cual, Vega, asimismo, atacó a la Pérez ocasionándole una lesión. Ante estos hechos, Roncancio armado de un trozo de tubo salió a la defensa de su querida, pero Vega le asestó una puñalada que le causó la muerte en forma casi inmediata.

"El caso fue dilucidado ante los jueces de conciencia en audiencias públicas, que tuvieron lugar el dos de octubre de 1962. Los jurados, a quienes previamente se les había hecho entrega por el juzgado de los cuestionarios que debían responder, emitieron su veredicto en forma unánime, consagrando la responsabilidad de Vega, tanto en el homicidio perpetrado en Roncancio, como en las lesiones ocasionadas a Ligia Pérez. Con fundamento en este veredicto, el *a-quo* emitió sentencia de primera instancia calendada el 13 de noviembre del año de 1962. Esta providencia de primer grado, condenó a Vega Medina a la pena principal de ocho años y cuatro meses de presidio, más las sanciones accesorias de rigor. En el acto de la notificación, Vega interpuso recurso de apelación contra la sentencia, la cual, subida al conocimiento del Tribunal, fue confirmada, salvo en lo atinente a la cuantía de la pena, que se aumentó a diez años y tres meses, como anteriormente se dijo".

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El demandante invoca las causales cuarta, segunda y primera de casación, a través de las cuales formula los siguientes cargos:

1º Causal cuarta

Dice que "tanto en la etapa instructiva, como ante el señor juez fallador, se incurrió en negligencia, ocasionando así grave perjuicio..." a los intereses del procesado Vega Medina, con "violación del artículo 26 de la Carta, negligencia, consistente en no haberse practicado, no obstante haber sido solicitadas oportunamente, las siguientes pruebas: diligencia de reconstrucción de los hechos; diligencia de careo, y examen de las armas..." Agrega el actor que "tampoco se llevó a cabo el reconocimiento en rueda de presos de su mandante".

2º Causal segunda

Pretende el demandante, a través de esta causal, demostrar que el *ad-quem* incurrió en error al dejar de reconocer, en favor del recurrente, la circunstancia atenuante prevista en el Art. 384 del C. P., pues asevera que "las piezas procesales establecen, sin lugar a dudas, una riña imprevista, ocasionada por el occiso y las dos mujeres que lo acompañaban".

3º Causal primera

Manifiesta el señor apoderado de Vega Medina que "el Tribunal, al elevar la pena impuesta..." a este procesado..., "acogió lo fundamentado por el señor Fiscal de esa corporación, relacionado con los antecedentes de su mandante..., siendo así que en contra de éste sólo existen tres solicitudes de antecedentes, por sospecha... y una condena por robo, si bien el fallo que la impuso data de más de doce años", y la reincidencia "deja de tenerse en cuenta, cuando el último delito fue sancionado diez o más años antes".

El señor Agente del Ministerio Público, luego de anotar cómo las causales cuarta y primera de casación no son viables, por no resultar probados los cargos, anota que el motivo previsto en el ordinal 2º del Art. 567 del C. de P. P. no es pertinente en los juicios que se adelantan con intervención del jurado, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte.

LA SALA CONSIDERA

No prosperan las causales cuarta y segunda de casación por cuanto, con respecto a aquélla, es evidente que el no haberse practicado las pruebas que

señala el actor no permite afirmar que al procesado Vega Medina se le haya conculcado, de manera absoluta, el derecho de defensa, y en relación con el segundo motivo, se tiene que la causal segunda de casación no es pertinente en los juicios en que intervienen los jueces de conciencia, como lo observa el señor Procurador 2º Delegado en lo Penal.

Y sobre la última causal alegada, cabe transcribir lo que el *ad-quem* tuvo en consideración para aumentar la pena impuesta por el juzgador de primera instancia, a saber:

"En el presente caso, como muy bien lo dicen los señores Fiscal de la corporación y juez de instancia, se trata de un concurso material de los delitos de homicidio y lesiones personales, por cuya razón la pena debe ser aplicada como lo manda el artículo 33 del Código Penal. El primero de esos ilícitos, que es el más grave, tiene señalada una pena de ocho a catorce años de presidio, y el segundo, arresto de dos a dieciocho meses. Según constancia visible al Fl. 54 v., firmada por el señor Jefe de la Sección Técnica del DAS, el justiciable fue condenado anteriormente por el delito de robo y por dos estados antisociales, lo cual, si bien no constituye la reincidencia de que trata el Art. 34 Ib., por cuanto que el delito que es hoy materia de juzgamiento, tuvo ocurrencia después de diez años, y además, no aparecen en el proceso las copias de las respectivas sentencias, sí configura la circunstancia de mayor peligrosidad prevista en el numeral 2º del Art. 37 del C. P. También obra en contra de Vega la circunstancia de mayor peligrosidad, de que trata el numeral 3º del mencionado artículo, pues obró en ausencia total de motivos, toda vez que ni el occiso, ni la lesionada dieron lugar al proceder injusto y violento de que los hizo víctimas. Pero es innegable, que a su favor concurren las circunstancias de menor peligrosidad consagradas en los numerales 5º y 11 del Art. 38 del C. P., pues cometió el delito en estado de embriaguez, no preordenado a la consumación de los hechos, y en la ejecución de éstos influyó mucho su ignorancia e indigencia. En esta suerte, considera la Sala que la pena aplicada por razón del delito más grave es la de diez años de presidio, aumentada en tres meses, con motivo del delito de menor entidad, es decir, en total, diez años y tres meses de presidio".

No le asiste, pues, razón alguna al demandante, cuando manifiesta que el Tribunal Superior de Bogotá, incurrió en aplicación indebida del Art. 34 del Código Penal, pues no tuvo en cuenta, al señalar la sanción, la reincidencia de que esta disposición se ocupa, como se desprende de lo antes transcrito.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, DESECHA el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.



SENTENCIA EN DESACUERDO CON EL VEREDICTO DEL JURADO. CAUSAL TERCERA. EXENCION DE RESPONSABILIDAD

Cuando el homicidio se califica de preterintencional y, al mismo tiempo, se reconoce que se ha realizado con alguna circunstancia de las especificadas en el Art. 363 del Código Penal, la sanción base, no es la que señala este artículo, sino la que indica el Art. 365, pero aumentada, de acuerdo con el Art. 36 del mismo Código. Incongruencia entre las penas previstas para el homicidio agravado y el homicidio preterintencional, en las hipótesis señaladas en los Arts. 363 y 375 del C. P. — Exoneración de responsabilidad que consagra el Art. 382 del Código Penal. — Absolución del procesado por el juez de derecho en el evento a que alude el precepto antes citado, cuando el jurado declara que no existe responsabilidad del agente del delito.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, septiembre dieciséis de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación, interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de 28 de agosto de 1963, por la cual le fue impuesta al procesado *Marino Alvaro Torres García*, la pena principal de tres años y tres meses de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Gregoria o Ana María Sánchez.

Conoció en primera instancia el Juzgado 3º Superior de Cali.

El procesado se encuentra en libertad, por haber cumplido la pena.

HECHOS Y TRAMITE DEL PROCESO

El día diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en el sitio denominado "Bolo Artonal", de la jurisdicción municipal de Candelaria, las mujeres Ana María Sánchez y Lucila Pecupaque fueron agredidas, al decir de las mismas, por el procesado Marino Alvaro Torres García. La primeramente nombrada, fue herida, y falleció al día siguiente, en el hospital de San Vicente de Paúl, de aquella población.

Clausurada la investigación, el Juzgado 3º Superior de Cali, llamó a juicio al recurrente, "como autor único y responsable de haber dado muerte con in-

tención de perpetrar una lesión personal a su legítima esposa Ana María Sánchez o Gregoria Hull Sánchez. El hecho se encuentra previsto en el Libro Segundo, Título XV, Capítulo I, del Código Penal".

En la parte motiva de este proveído, se dice lo que pasa a transcribirse:

"No existe ni la ira ni el intenso dolor en la conducta criminal de Alvaro Marino Torres García, a que alude el señor Fiscal en su concepto de fondo. Prácticamente ya estaba acostumbrado, por así decirlo, a perdonar las infidelidades de su esposa, y no desesperaba en su intento de hacerla cambiar, sólo que utilizó la fuerza de un cuchillo para lograr este cometido, y los resultados de su acción, encaminada a herir o a lesionar como escarmiento, excedieron los límites de su intención, y produjeron la muerte de Ana María Sánchez. De allí, que se diga que se trata de un homicidio preterintencional. El homicidio de que se habla es un homicidio agravado por la circunstancia de que Ana María Sánchez estaba católicamente casada con su victimario Marino Alvaro Torres García (Art. 365 del C. P., en armonía con el numeral 1º del Art. 363 de la misma obra)".

Tramitado el juicio y celebrada la audiencia pública, al jurado le fue propuesto el siguiente cuestionario:

"Marino Alvaro García Torres o Marino Alvaro Torres García... es responsable, sí o no, de haber herido, sin intención de matar, con arma blanca, a su legítima esposa Ana María Sánchez de Torres o Gregoria Hull Sánchez de Torres, en el hemitórax derecho, al nivel de la 4ª y 5ª costillas, cerca del esternón, que (sic) lesionó la aurícula derecha, produciéndose su muerte por hemorragia aguda, según hechos ocurridos el 10 de diciembre de 1958, en el sitio denominado 'Bolo Artonal', Corregimiento de 'Madrevieja', jurisdicción municipal de Candelaria?"

Los jueces de conciencia dieron la siguiente respuesta: "Sí mató, pero no es responsable dadas las circunstancias de la ira o intenso dolor, causadas por grave e injusta provocación".

El juzgador *a-quo*, mediante auto de 24 de agosto de 1962, declaró contrario a la evidencia de los hechos el veredicto transcrito, determinación ésta que no fue aceptada por el *ad-quem* (providencia de 28 de enero de 1963), por lo cual el Juzgado 3º Superior de Cali debió proferir la correspondiente sentencia. En ésta, fechada el 22 de abril del año próximo pasado, el *a-quo* absuelve a Marino Alvaro Torres García.

Devuelto el proceso al Tribunal Superior de Cali, en consulta del fallo de primera instancia, y oído el señor Fiscal de la Corporación, quien solicitó que fuera confirmado, el *ad-quem*, mediante la sentencia recurrida de 28 de agosto de 1963, revoca la del Juzgado 3º Superior de Cali y dispone condenar al procesado recurrente a la pena principal de tres (3) años y tres (3) meses de presidio.

En este proveído, dice el Tribunal Superior de Cali, lo que pasa a transcribirse:

"Pero la falta de técnica de parte de los jueces de conciencia, para responder al cuestionario que se les había propuesto, no impedía el reconocimiento de la atenuante consagrada en el Art. 28 del Código Penal, pues en el proceso había fundamento suficiente para tener en favor del procesado este nuevo beneficio, y así también lo pidió el Fiscal en el momento de la audiencia pública, aunque su exigencia la hizo de acuerdo con el Art. 28 del Código Penal. La ley acepta la conmoción sicológica como base para otorgar el perdón judicial, sin que en este caso se requiera la vida honesta de la mujer, pues lo que la ley tiene en cuenta es el estado afínico con que obra el autor del hecho. Y no podría ser de otra manera, pues como dice *Manzini*, 'la agitación síquica producida por la pasión o por la emoción, podrá viciar el proceso intelectual de reflexión, podrá hacer difícil y confusa la maquinación, pero no excluirla'. Y quien sufre de un fenómeno de esta naturaleza, no puede desconocérsele en ningún momento la atenuante de que hablan los Arts. 28 y 2º inciso del 382 del Código Penal. Lo que ocurre es que en este último caso, se requieren otros elementos para otorgar el perdón judicial, o eximir de responsabilidad al sindicado, entre otros, el de no haber abandonado el hogar o estar (sic) separado o divorciado, como lo dice el Art. 383 de la misma obra.

"Si estas dos atenuantes reconocidas por el jurado de conciencia, no las consideró el juzgador de primera instancia, suficientes para otorgar el perdón judicial, menos aún podía tenerlas en cuenta para absolver al procesado, actitud ésta, que sí es contraria a la realidad procesal y al mismo veredicto del jurado de conciencia, razón por la cual la Sala habrá de revocarla, y en su lugar condenar al reo de acuerdo con lo que en providencia anterior había expuesto: 'Teniendo en cuenta las dos atenuantes antes dichas, la reconocida por el juzgado en el auto de proceder —Art. 365— y la reconocida por el jurado de conciencia —Art. 28—, el procesado tiene derecho a su libertad por pena cumplida, como lo dispone el Art. 411 del C. de P. P., ya que del 18 de julio de 1959, fecha en que fue capturado, según informe de la Inspección de Policía de 'Madrevieja', municipio de Candelaria, v. a Fl. 13, a la fecha de esta providencia, ha transcurrido un tiempo superior a tres años y tres meses, tiempo que se puede dar como pena imponible al reo, teniendo en cuenta la gravedad del hecho delictuoso, o sea por haber recaído la herida en la esposa del procesado, como lo manda el Art. 36 del C. P., razón por la cual la Sala la decretará en esta providencia'. Las razones anteriores son las que ahora tiene en cuenta esta Sala, para revocar la sentencia absolutoria consultada, y en su lugar, condenar a Marino Alvaro Torres García a la mencionada pena, como responsable del delito de homicidio, de que fue víctima su esposa Ana María Sánchez o Gregoria Hull Sánchez, y de acuerdo con la respuesta dada por el jurado de conciencia al cuestionario propuesto".

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor apoderado del recurrente, doctor Rafael David Aponte García, invoca la causal tercera de casación, pues considera que la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de que se ha hecho referencia, está en desacuerdo con el veredicto del jurado.

Afirma que "la defensa logró que el jurado eximiera de responsabilidad al procesado, pues no otra cosa significa el veredicto de 'sí mató', pero no es responsable dadas las circunstancias de la ira e intenso dolor, causados por grave e injusta provocación'. Si se acogía este veredicto era preciso dictar dicha providencia. Se fundamentó en dos situaciones de comprobación en el expedien-

te: 1) Que Ana María Sánchez, no era una mujer de vida honesta, como bien lo sabía el heridor, y, 2) Que Marino Alvaro Torres García, jamás sorprendió a su esposa en adulterio, es decir, nunca presenció que ella realizara el acto carnal extra-matrimonial con alguien. Por estos dos razonamientos se dijo que no cabía el veredicto en la hipótesis prevista en el Art. 382 del Código Penal, que precisamente contemplan las dos ya dichas.

Anota que en auto de 24 de agosto de 1962, el Juzgado 3º Superior de Cali, consigna lo siguiente:

"Al jurado no se le preguntó si el procesado había matado o no, porque tal extremo se acreditó suficientemente, y es elemento indispensable para apoyar el llamamiento a juicio. Por otra parte, ni el mismo procesado lo ha negado, y sólo alegó en su favor que no tuvo la intención de hacerlo, toda vez que movió su brazo armado solamente para lesionar a su esposa, para que no siguiera manejándose mal con él. Por eso en el auto de proceder se habló de un delito preterintencional. De manera que la primera parte del veredicto, debe eliminarse y decir, que está verdaderamente contenido desde donde dice: 'no es responsable...' Como puede verse, contiene dicho veredicto una verdadera absolución, porque no a otra cosa equivale la eximente de responsabilidad que reconoce. Sobre el particular, el profesor Antonio Vicente Arenas dice: 'Y cuando el jurado niega la responsabilidad, ello quiere decir que otorga la eximente (la consagrada en el Art. 382 del Código Penal), y entonces la sentencia del juez de derecho, debe ser absolutoria, a menos que se trate de un veredicto contrario a la evidencia de los hechos, caso en el cual, así debe declararse' (Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad, Pág. 160, edición de 1962)".

Expresa igualmente el actor, que el *a-quo* "reconoce estas verdades: 'Por su parte, la defensa se apoyó en el alegato sobre ira e intenso dolor, causados por grave e injusta provocación, excluyó una legítima defensa del honor y, por medio de un escrito que no aparece de autos, pero del cual se da cuenta en el acta de audiencia, solicitó del jurado la eximición de responsabilidad para el procesado, mediante una respuesta ajustada a lo previsto en el Art. 382 del Código Penal, que expresamente citó en su alegato. Quiere ésto decir, que el señor defensor ilustró suficientemente el criterio de los señores miembros del jurado, acerca de todos los elementos que son necesarios para reconocer una eximente de tal naturaleza, y obtuvo de ellos una respuesta acorde con sus pretensiones'."

Observa más adelante lo que pasa a transcribirse:

"Al jurado se le inquiere sobre si una persona, es o no responsable de tal o cual hecho, y debe responder afirmándolo o negándolo. Las demás frases, ni quitan ni ponen a la voluntad del juri. Esto, claro, es elemental, pero es mi obligación consignarlo. La expresión, pues, de 'dadas las circunstancias de la ira e intenso dolor causadas por grave e injusta provocación...' es como si no estuviera escrita, o en caso extremo, de tomársela en consideración, no es, como lo ha hecho el honorable Tribunal Superior, perjudicando la situación jurídica del procesado, sino admitiendo ser la fórmula prevista en el ordinal 3º del Art. 382 del C. P., entre otras muchas razones, porque de ello fue de lo que se trató por la defensa, según se lee en el acta, cuando se dice: '... con el fallo del Tribunal de Bogotá ha variado el criterio jurídico, y hoy puede abogarse por la eximente de responsabilidad', y cuando se expresó: '... para

este caso, qué fórmula debe aplicarse? No otra que la contemplada en el ordinal 3º del Art. 382 del Código Penal'."

Pide que se tenga en cuenta, cómo el Fiscal de la corporación, refiriéndose a la providencia del *ad-quem*, por la cual le concedió la libertad por haber cumplido la pena, dice que "analizadas las circunstancias que llevaron a Torres García a proceder en la forma que lo hizo, y estudiada la personalidad del agente..." quien... "es un hombre trabajador, honrado, de buen crédito entre sus conocidos, de buenos antecedentes y limpio pasado judicial, quien hizo todo lo que estuvo a su alcance, para lograr el buen comportamiento de su esposa, sin que nunca lo alcanzara...", corresponde concluir que "por la nobleza de ánimo demostrada, no ofrece ninguna peligrosidad social".

Por último, manifiesta el actor lo que sigue:

"Mis observaciones a la sentencia... se pueden limitar a anotar que la defensa no ve por parte alguna; no encuentra las bases científicas, ni halla los fundamentos legales, para que el H. Tribunal diga o piense o crea, que la atenuante reconocida por los señores miembros del jurado, fue la consagrada en el artículo 28 del Código Penal, y no la del 382 de la misma obra.

"Tampoco el defensor comprende, el por qué de haberse omitido en el caso *sub-judice* la enseñanza de aceptación universal, según la cual 'toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla'. Se abogó, es de repetirlo, durante el acto público de juzgamiento por la eximente de responsabilidad, y no por la atenuante señalada en el Art. 28 del ordenamiento jurídico ya indicado. Sería válida esta decisión del día 28 de agosto de 1963, si el veredicto hubiese sido concebido así: 'Sí mató, pero es responsable dadas las circunstancias de la ira e intenso dolor, causadas por grave e injusta provocación'. O de esta forma: 'Sí mató, es responsable dadas las circunstancias de la ira e intenso dolor causados por grave e injusta provocación'..."

"Dada la causal alegada, corresponde invalidar el fallo y dictar el que deba reemplazarlo".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, pide que no se case la sentencia impugnada.

Se funda el señor Agente del Ministerio Público, en los argumentos siguientes:

"No halla este Ministerio Público discrepancia o falta de consonancia o desacuerdo entre el veredicto y la sentencia que se acusa; las razones son las siguientes:

"Si bien en el momento de producirse la audiencia pública dentro de la causa que se siguiera a Torres, el señor defensor de éste pugnó por conseguir a su favor la atenuante prevista en el Art. 382 del Código Penal, no es menos verdadero que el agente de la sociedad, enderezó toda su actividad a demostrar que la posición jurídica del mismo, encuadraba dentro del Art. 28 de la misma obra,y consecuente con su exposición pidió a los jurados que respondieran el cuestionario, así: 'Sí, pero en ira e intenso dolor, causados por grave e injusta provocación'. La defensa recalcó que a Torres debía reconocérsele la atenuante del ordinal 3º del Art. 382 del Código Penal, 'para así darle esta oportunidad a

Torres, de volver al seno de la sociedad y convertirlo en un pionero defensor de la patria'. Esta petición fue pasada por escrito a los miembros del Tribunal de Conciencia. Debe entonces aclararse, que la situación sobre la cual deliberara el jurado, se prestaba a reconocer dos atenuantes: La del Art. 365 del C. P. y la del 28 de la misma obra, propuesta por el Agente del Ministerio Público. El jurado, al dar su respuesta, acogió estas dos atenuantes; y, en consecuencia, el juez de derecho debia proceder a interpretar el veredicto en la correspondiente sentencia. Pero esta interpretación del veredicto fue, en concepto de este despacho, incongruente e injurídica y con falsa sustentación en el Art. 382 del Código Penal, luego de primeramente haberlo declarado contraevidente (el veredicto), optó por la absolución de Torres García. La actuación del Tribunal al desatar la consulta de esta inopinada sentencia, se ciñó estrictamente a la correcta interpretación del veredicto, y a dár cumplimento de la sentencia al reconocimiento que éste hacia favorable a Torres, de las atenuantes de los Arts. 365 y 28 del Código Penal. Desafortunado habria sido el Tribunal al interpretar falsamente la decisión del jurado, suponiendo que éste habia reconocido a favor de Torres García la atenuante específica de la ira e intenso dolor contraída al Art. 382 del Código Penal. La libertad por pena cumplida (Art. 411), que se concedió a Torres no ofrece, tampoco, objeción alguna qué formular. Las anteriores consideraciones son concluyentes para considerar que la causal tercera invocada por el opositor, no tuvo la correspondiente demostración".

LA SALA CONSIDERA

Antes de entrar en el examen de la causal de casación invocada por el demandante, *cabe anotar que el a-quo, al llamar a juicio al recurrente, incurre en el yerro de estimar como pertinentes al homicidio preterintencional de que se ocupa el Art. 365 del Código Penal, las circunstancias específicas de agravación que señala el Art. 363 de la misma obra, pues de acuerdo con éste último precepto, éllas se refieren únicamente al homicidio simplemente voluntario, de que trata el Art. 362 de dicho Código. Otra cosa es, que se las tenga en cuenta para llevar a cabo la dosimetría de la pena, tomando como base la sanción prevista en el Art. 365 del Código aludido, de conformidad con lo que se preceptúa en el Art. 36 del mismo. Mas no como circunstancias específicas que corresponda citar en la parte motiva del auto de proceder, ni que deban ser propuestas al jurado, pues, como todas las que se refieren a la mayor o menor peligrosidad del agente, competen sólo al juez de derecho.*

En providencia de 9 de febrero de 1951 (G. J., T. LXIX, Pág. 169), dice la Sala lo siguiente:

"Las circunstancias de asesinato no son incompatibles con el homicidio preterintencional, pues es posible y así sucede algunas veces, que un sujeto, con la intención de herir solamente, ocasione la muerte de su cónyuge o pariente, o para realizar otro delito o aprovecharse de su ejecución, o, en fin, en alguna de las eventualidades que hacen que el homicidio tome la denominación de asesinato.

"Pero el Código no ha consagrado la figura de asesinato preterintencional, como tipo específico, pues al señalar la sanción del homicidio de esta última especie, se refirió al homicidio simplemente intencional (Art. 362).

"No era ese el pensamiento de la Comisión redactora del Código, que no contemplaba el homicidio con la denominación de asesinato, sino que simple-

mente consideraba las circunstancias que hoy lo configuran de esa manera, como modalidades de agravación (Art. 383 del proyecto).

"Mas ello no implica que un homicidio preterintencional no pueda realizarse en alguna o algunas de las circunstancias de las contempladas en el Art. 363, que están señaladas clara y expresamente en el Código y que, al configurarse, deben recibir el aumento de sanción adecuado, tal como acontece con el evento de lesiones personales (Art. 379), aunque en el homicidio no se hubiera fijado la pauta o límite del aumento.

"Lo anterior significa, que cuando el homicidio se califica de preterintencional o ultraintencional y, al mismo tiempo se reconoce que se ha realizado con alguna circunstancia de las especificadas en el Art. 363, la sanción, base no es la que señala este artículo (383), sino la que indica el 365, pero entonces debe aumentarse la sanción, de acuerdo con la norma general del Art. 36, que entre otros motivos, para una mayor cantidad de pena, trae la gravedad y modalidades del hecho, y las circunstancias de mayor peligrosidad".

También *observa la Sala que el hecho de no haber sido aprobado el Art. 363 del Código Penal, como estaba concebido en el proyecto, y en cambio sí haberse indicado como circunstancias específicas de agravación en el delito de lesiones personales, las señaladas en el Art. 363, lleva a la incongruencia, de que el evento de lesiones, previsto en el Art. 375, cuando se comete en alguna de las eventualidades que le dan al homicidio, simplemente voluntario, la denominación de asesinato, en su sanción máxima, resulte reprimido con la pena de doce años de presidio, y , en cambio, el homicidio preterintencional o ultraintencional, en las mismas hipótesis, únicamente acarree como represión máxima, la pena de nueve años y diez meses de presidio (Arts. 365, 362 y 36 del Código Penal).*

Pues bien:

Al fundamentar el motivo de casación alegado, dice el actor, que el veredicto de los jueces de conciencia, contiene una clara absolución del recurrente, Marino Alvaro Torres García, y que, por tanto, la sentencia que lo condena está en discordancia con esa decisión del jurado.

La Sala está de acuerdo con lo que asevera el demandante, por las siguientes razones:

a) El artículo 382 del Código Penal, consagra una exoneración de responsabilidad, para cuando "el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, hermano o hermana, contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vida honesta, a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto..."; o tales hechos se lleven a cabo "en estado de ira o de intenso dolor, determinados por tal ofensa...", siempre que "las circunstancias especiales del hecho demuestren una menor peligrosidad en el responsable".

Esta exoneración de responsabilidad fue propuesta al jurado por el defensor de Torres García, durante la audiencia pública.

Y los jueces de hecho la aceptaron, al decir que aquél "sí mató", pero no es responsable, dadas las circunstancias de la ira e intenso dolor, causados por grave e injusta provocación".

Si el jurado, de acuerdo con el veredicto transcrito, afirma que el recurrente dio muerte a su cónyuge, pero declara que no es responsable de tal hecho, atendidas "las circunstancias de la ira e intenso dolor, causados por grave e injusta provocación", es obvio que absuelve al procesado.

Otra cosa resultaría si hubieran expresado que Torres García sí es responsable, en estado de ira e intenso dolor, causados por grave e injusta provocación.

Si los jueces de conciencia niegan la responsabilidad, y el juez de derecho, sin embargo, profiere sentencia condenatoria, es evidente que ésta resulta en contradicción con aquel veredicto.

b) Al señalar el jurado que juzgó la conducta de Torres García, que éste "no es responsable, dadas las circunstancias de la ira e intenso dolor, causados por grave e injusta provocación", alude, concretamente, al caso de que se ocupa el inciso 2º del Art. 382 del Código Penal, que dice: "Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al que en estado de ira o de intenso dolor, determinados por tal ofensa, cometa el homicidio o cause las lesiones en las personas mencionadas, aun cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal".

Y para este evento procede, como se ha visto, la exención de responsabilidad, de acuerdo con el tercer inciso del mismo artículo.

c) Esta decisión del jurado llevó al a-quo *a declarar contrario a la evidencia de los hechos el aludido veredicto, por no ser Ana María Sánchez, mujer de vida honesta. Pero el* ad-quem *revocó esa determinación del juzgador de primera instancia y dispuso, en consecuencia, que se profiriera el fallo correspondiente.*

En estas condiciones, no quedaba otro camino que aceptar la exoneración de responsabilidad, declarada por los jueces de conciencia, así resultará que al considerar éstos a la víctima como mujer honesta, hicieran una afirmación contraria a la evidencia de los hechos.

El yerro cometido por el ad-quem *al no confirmar la declaratoria de contraevidencia del veredicto, hecha por el Juzgado 3º Superior de Cali, no podía corregirse, dándole a la determinación de los jueces populares el alcance de una decisión condenatoria, así para ello se trajera la circunstancia específica de atenuación señalada en el Art. 28 del Código Penal, pues, como se ha insistido, el veredicto de aquéllos niega la responsabilidad del recurrente.*

d) Cuando el jurado, en los casos a que alude el Art. 382 del Código Penal, declara que el enjuiciado no es responsable, corresponde al juez de derecho absolver, pues, como es obvio, es presupuesto de la sentencia condenatoria que exista la responsabilidad del agente.

Procede, según lo dicho, casar la sentencia con fundamento en la causal tercera, alegada por el demandante.

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 señor Procurador 3º Delegado en lo Penal, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de que se ha hecho mérito, por la cual le fue impuesta al procesado *Martino Alvaro Torres García*, la pena principal de tres (3) años y

tres (3) meses de presidio, como responsable del delito de homicidio cometido en la persona de Gregoria o Ana María Sánchez, y, en su lugar, lo **ABSUELVE** de los cargos que le fueron hechos.

Cópiese notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Análisis de los elementos de juicio traídos al proceso. — Permuta de inmuebles. — A quién corresponde pagar la comisión. — Naturaleza y fines de la causal 2ª de casación. — Instrumento tachado de falso, y carácter técnico y objetivo de exámenes realizados por peritos oficiales. — Dictamen grafológico. — Sistema legal de apreciación del dictamen pericial. — La prueba indiciaria y el criterio del juzgador para deducir la afirmación de responsabilidad del acusado.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre dieciséis de mil novecientos sesenta y cuatro).

(Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo).

VISTOS

Cumplidos los trámites propios, se procede a resolver el recurso extraordinario de casación, propuesto por el defensor del procesado *Carlos J. Bernal Contreras*, contra la sentencia de fecha marzo 3 de 1961, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante la cual se condenó a dicho procesado a sufrir la pena principal de cuatro años de presidio, y a las correspondientes sanciones accesorias, como responsable del delito de falsedad en documentos "de que fueron víctimas José Alejandro Quijano, y heredero o herederos de Tomás Prieto, hecho consumado en el transcurso del tiempo comprendido entre el 15 de julio de 1952 y el 6 de agosto de 1954, en esta ciudad".

El ad-quem, en la sentencia recurrida revocó el fallo de primera instancia dictado por el Juez 4º Superior de Bogotá, el 18 de junio de 1959, en la que se absolvió al sindicado Bernal Contreras, por los delitos de falsedad en documentos y estafa imperfecta, por los que había sido llamado a juicio. El fallo de primera instancia, únicamente fue confirmado, en cuanto se dispuso absolver, "en relación con el delito de estafa imperfecta".

ANTECEDENTES

Los que dieron origen a este proceso, han sido resumidos, en forma bastante objetiva y ajustada a la realidad procesal, en diversas providencias, en los siguientes términos:

"De las distintas piezas procesales, especialmente de la denuncia con que se inició el sumario, se infiere que el sindicado Carlos J. Bernal Contreras y los señores José Alejandro Quijano y Tomás D. Prieto, efectuaron varios negocios en el año de 1951, tales como las ventas que aquél le hizo a éstos, de

una trituradora, de una fábrica de hacer ladrillo y de un bien raíz, situado al sur de esta ciudad, y que además, en las postrimerías de ese mismo año, Bernal sirvió de intermediario-comisionista en una permuta de varios bienes raíces de propiedad de Prieto y Quijano, situados en este Departamento, por otras fincas pertenecientes a los sucesores de Juan B. Calderón, ubicadas en el Departamento del Magdalena.

"Para esta última negociación —la de la permuta se extendió, el primero de febrero de 1952, una promesa de venta, en la cual figura Bernal, firmándola, como simple intermediario-comisionista. Y el otorgamiento de la escritura definitiva se efectuó el día último de junio de ese mismo año de 1952.

"Según los denunciantes, a Bernal le fueron giradas dos letras de cambio, una por mil pesos y otra por tres mil, por causa de los primeros negocios habidos entre él, Prieto y Quijano, antes de tener lugar la mentada permuta. El librador de esas dos letras lo fue don José Alejandro Quijano y el aceptante o girado don Tomás D. Prieto. Este último, antes de su muerte, ocurrida el 16 de abril de 1954, le reclamó a Bernal en varias ocasiones, ya personalmente, ya por interpuesta persona, la entrega y devolución de esos instrumentos, por cuanto los había pagado en su oportunidad debida. Pero Bernal, no obstante aquellas reclamaciones, dizque se negó siempre a entregarlos, alegando unas veces, que los tenía en la casa guardados en un baúl, o que los mantenía en un banco, respaldando una operación financiera, o cosa parecida. En esta situación, el señor Prieto falleció, y los tales instrumentos quedaron en poder de Bernal.

"Muerto el señor Prieto, en la fecha aludida, Bernal demandó por vía ejecutiva ante el Juzgado 6º Civil del Circuito de esta ciudad a José Alejandro Quijano, presentando como título de recaudo, una letra por la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) en que él aparece como beneficiario, y Quijano y Prieto, como girador y girado, respectivamente. También presentó en ese mismo juicio otra letra por cuantía de tres mil pesos. Esto dio pie para que el demandado Quijano y la señora viuda de don Tomás D. Prieto, denunciaran criminalmente a Bernal, pues afirman que la tal letra por cuarenta mil pesos "jamás ha existido", y que lo que ha ocurrido, es que Bernal falsificó una de las letras que retenía indebidamente —la de mil pesos— adicionándola en esa cuantía, que no corresponde a ninguna negociación o deuda".

La denuncia que motivó este proceso, fue formulada por la señora Virginia viuda de Prieto y por el señor José Alejandro Quijano, ante el Juzgado 1º Permanente, quienes confirieron poder al abogado, doctor Pablo Salah Villamizar, para constituirse en parte civil, y quien presentó la correspondiente demanda que fue aceptada.

A solicitud del apoderado de la parte civil, se practicaron numerosas pruebas al principio de la investigación, en la que solamente intervino el sindicado Bernal Contreras, después de que la instrucción se encontraba bastante adelantada.

Perfeccionada la investigación, y practicada la mayor parte de las pruebas solicitadas, el Juzgado 4º Superior de Bogotá, en providencia del 14 de enero de 1956, sobreseyó definitivamente a favor de los señores Carlos J. Bernal Contreras y Guillermo Bernal Muñoz, por los cargos por los cuales fueron obligados a rendir indagatoria.

El Tribunal Superior de Bogotá, al revisar, en virtud del recurso de apelación, el auto de sobreseimiento definitivo, lo revocó, en providencia del 12 de diciembre de 1956, en relación con el sindicado Carlos J. Bernal Contreras, y en su lugar se abrió causa criminal contra el mismo, como autor de los delitos de falsedad en documentos y estafa, el primero consumado, y el segundo imperfecto. En cuanto al sindicado Bernal Muñoz, el Tribunal confirmó el sobreseimiento que fue proferido a su favor.

Adelantada la causa y agotados los trámites correspondientes, el juzgado de conocimiento, en sentencia de 18 de junio de 1959, absolvió a Bernal Contreras, "de los cargos que en el presente proceso le fueron formulados como presunto autor de los delitos ya enunciados de falsedad y estafa".

Habiendo sido apelado por la parte civil el fallo absolutorio de primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá lo revocó, para en su lugar dictar el fallo condenatorio, que ha sido objeto del recurso extraordinario de casación.

El fallo acusado fue proferido con salvamento de voto del Magistrado, doctor Alberto Quintero Delgado, y en desacuerdo con el Fiscal 1º del Tribunal Superior, quien solicitó se confirmara en todas sus partes, la sentencia absolutoria de primer grado.

DEMANDA DE CASACION

Fue propuesta oportunamente por el distinguido abogado, doctor Agustín Gómez Prada, en un extenso escrito (Fls. 69 a 82), en el que se invoca como única causal, la segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La demanda se ciñe a las exigencias formales propias del recurso de casación, y en ella, después de hacer referencia a la parte resolutiva del fallo acusado, se da una versión de los hechos que se ajusta al concepto de la defensa en relación con la interpretación de los mismos. En la parte que se refiere a la actuación procesal, el actor pone de manifiesto, que el apoderado de la parte civil "dirigió la investigación criminal en forma exclusiva, durante casi tres meses, hasta que por intervención del Ministerio de Justicia, se pasó el negocio al Juzgado 4º Superior".

En relación con los conceptos rendidos y decisiones adoptadas, el actor recuerda que el Fiscal del Juzgado Superior, solicitó un sobreseimiento temporal; que el juzgado del conocimiento "sobreseyó definitivamente en favor de Carlos J. Bernal Contreras, por los cargos que le hicieron los denunciantes; que el señor Fiscal del Tribunal rindió concepto favorable al citado sobreseimiento, apelado por los denunciantes; pero que el Tribunal, al revisar el sobreseimiento definitivo resolvió revocarlos, y en su lugar llamar a juicio al señor Carlos J. Bernal Contreras..., en providencia que no accedió a reponer; que el Juzgado 4º Superior "absolvió por los delitos de falsedad en documentos y estafa, en providencia del 18 de junio de 1959", por considerar que la inocencia del procesado Bernal Contreras, había quedado clara y manifiestamente demostrada.

Recuerda también el actor, que el Fiscal del Tribunal de instancia, "pidió que se confirmara la sentencia absolutoria, porque "no existe comprobación alguna frente a los delitos de falsedad y estafa imperfecto". También observa el demandante que el ad-quem, en desacuerdo con uno de los magistrados de

la Sala de Decisión, resolvió revocar la absolución proferida, y condenar al acusado Bernal Contreras, como autor y responsable del delito de falsedad en documentos.

La referencia especial que el demandante hace en relación con los distintos y opuestos criterios de los varios funcionarios que han intervenido en este proceso, ya a título de representante del Ministerio Público, o bien como jueces, tiene como finalidad hacerle ver a la Corte, que no se presenta "sólo a alegar en favor del señor Carlos J. Bernal Contreras", sino que "lo hace acompañado" del señor Fiscal del Juzgado, del señor Juez 4º Superior, del señor Fiscal del Tribunal y del Magistrado que salvó su voto, los que han sido de concepto de que el acusado Bernal Contreras sea absuelto. De ésto concluye el actor que, "La soberanía de los falladores de instancia queda así, en términos muy precarios: dos funcionarios que condenan contra cinco distintos que opinan sobre la absolución".

Causal segunda

La sustenta y trata de demostrar el demandante, en dos grandes capítulos, que se procurarán compendiar en cuanto sea posible, y en los que se exponen las críticas que se hacen a la sentencia acusada.

En el primero de dichos capítulos, el actor inicia su acusación en los siguientes términos:

"... por errada interpretación o apreciación de los hechos o pruebas, que señalaré, en la sentencia, se les atribuyó un valor probatorio que no tienen, o se les negó el que sí tienen, y sobre todo, no se tuvieron en cuenta las pruebas o hechos que aquí indicaré, y por eso el Tribunal tuvo como demostrados, el cuerpo del delito de falsedad en documentos y la responsabilidad del acusado.

Pretendo demostrar, en cambio en este capítulo, que no existe prueba alguna del cuerpo del delito, ni de la responsabilidad.

"Y como no se puede dictar sentencia condenatoria, sin que exista la prueba plena o completa de la infracción, por la cual se llamó a juicio, y la de que el procesado es responsable de ella (Art. 203 del C. de P. P.), de una vez solicito que se invalide la sentencia recurrida de que se ha venido hablando, y en su lugar se absuelva al acusado Carlos J. Bernal Contreras, de los cargos que se le hicieron en el auto de proceder (Art. 570, ordinal a) del C. de P. P.)".

En este primer capítulo, el actor procede a analizar los hechos que en su opinión el Tribunal no tuvo en cuenta al fallar, y que estudia en el orden siguiente:

1º En relación con este primer punto, el actor expresa, "que el Tribunal no tuvo en cuenta el documento de promesa de venta, celebrado entre Pedro Calasanz Calderón y Demóstenes Calderón (el primero en representación también de los herederos de Juan B. Calderón) por una parte, y Tomás D. Prieto y Alejandro Quijano, por la otra, el 1º de febrero de 1952".

En relación con este contrato, no de venta, sino de promesa de venta, el actor anota que si una de las partes, la formada por Pedro Calasanz y Demóstenes Calderón, se comprometieron a pagar expresamente a Carlos J. Bernal,

una comisión del cinco por ciento sobre la suma de cuatrocientos cincuenta mil pesos en que se estimó el precio básico de los bienes de propiedad de los herederos de Juan B. Calderón, más el cincuenta por ciento del mayor valor en que se vendiera la finca, el sentido común y aun la ley, indicaban que la comisión también debían pagarla los contratistas permutantes Alejandro Quijano y Tomás D. Prieto.

A este respecto argumenta el actor que, el Tribunal apenas anota el hecho de que está probado dicho contrato de promesa de permuta, en el cual intervino el señor Bernal Contreras, firmándolo como "intermediario comisionista" de la transacción comercial, pero que no le dio la importancia que tenía, ya que dicho contrato significa que existía una causa para el cobro, por parte de Bernal, de una comisión del cinco por ciento a los señores Quijano y Prieto.

En relación con ésto, expresa que: "Pero el contrato con los Calderón no significa tampoco que la comisión tuvieran que pagarla ellos solamente. Adelante se verá que hay prueba plena de que Bernal Contreras exigió la comisión a los señores Prieto y Quijano".

Termina afirmando que, el Tribunal incurrió en error, al no tomar en cuenta una prueba que tanto contenido probatorio ofrece a favor del acusado.

Se contesta:

Es indiscutible, porque aparece debidamente comprobado en autos, con el documento de promesa de permuta (Cuad. 1º, Fls. 173 a 181), que entre los señores Pedro Calasanz Calderón y Demóstenes Calderón, por una parte, y Tomás D. Prieto y Alejandro Quijano por la otra, se celebró un contrato en que los primeros se comprometían a permutar unos terrenos, situados en los municipios de Fivijay, Aracataca y Pueblovicjo, en el Departamento del Magdalena, a cambio de otros predios que los señores Prieto y Quijano tenían, situados en los Municipios de Quipile, Jerusalén y Puli en el Departamento de Cundinamarca, más una casa en Fontibón, un lote en Bogotá y veintiún mil pesos en semovientes y bienes raíces, "para completar la suma de ochocientos mil pesos en que se fijó el precio de la negociación". Este contrato aparece firmado también por el señor Carlos J. Bernal Contreras como testigo, y en su calidad de "intermediario comisionista" en el negocio.

Este contrato de promesa de permuta, que el actor estima que no fue debidamente apreciado por el Tribunal, no tiene, sin embargo, el valor que pretende darle para demostrar que la letra por cuarenta mil pesos que fue impugnada por falsedad, por los denunciantes, tiene una explicación o causa legítima en dicho contrato. Si bien es cierto que el sindicado lo firmó en calidad de "intermediario comisionista" en el negocio, realmente en él no intervino el señor Bernal Contreras, sino únicamente como representante y comisionista de una de las partes, o sea los señores Calderón, con quienes anteriormente había suscrito un contrato, en que éstos se comprometían a pagarle una comisión del cinco por ciento sobre el valor básico de cuatrocientos mil pesos, en que estimaron sus bienes, más un cincuenta por ciento sobre el mayor valor en que fueran vendidos o permutados dichos bienes. Este contrato de comisión se celebró únicamente entre los Calderón y el acusado Bernal, el 3 de diciembre de 1951 en Bogotá (Fls. 283 a 286 del Cuad. principal). Fue en cumplimiento de este contrato, como el señor Carlos J. Bernal puso en contacto a los señores Calderón con los Quijano y Prieto, a quienes ya conocía, y con quienes había tenido

negocios anteriormente. Por lo tanto, debe lógicamente entenderse que, al celebrarse el negocio de promesa de permuta entre los Calderón y los señores Prieto y Quijano, el señor Bernal únicamente obraba como comisionista de aquéllos, a quienes de acuerdo con el contrato de comisión, tenía derecho de cobrarles la comisión estipulada, una vez celebrada la negociación en que intervino.

El Art. 88 del Código de Comercio, que el actor cita, expresamente se refiere al caso de que no haya pacto respecto de la persona que debe pagar la comisión, es decir, que esta norma, como otras del mismo Código y del Código Civil, tiene el carácter de supletoria, en cuanto se aplica a falta de un convenio expreso entre las partes. Pero estando establecido que, el señor Bernal obraba como comisionista de una de las partes, o sea, los señores Calderón, quienes se habían comprometido a pagarle una comisión determinada, si celebraba la negociación, venta o permuta, de todo o parte de los bienes, lógicamente no puede deducirse, como lo pretende el demandante, que por haberse celebrado la negociación prevista en el contrato de comisión, también los señores Prieto y Quijano debían pagarle la misma comisión que expresamente había pactado con los Calderón. *Es cierto que, en casos de permuta de inmuebles, se suele pagar la comisión, dando cada uno de los permutantes lo que a él corresponde, en relación al valor de los bienes que entrega. Pero no es corriente que cada una de las partes deba pagar comisión por el valor total de la permuta, pues ello equivaldría al pago de una doble comisión por un mismo concepto.*

En consecuencia, el solo contrato de promesa de permuta a que se refiere este hecho, no tiene de por sí el alcance que pretende atribuirle el actor en orden a demostrar que él es la causa u origen legítimo de la letra por cuarenta mil pesos, pero que el acusado asegura que es auténtica y que representa la comisión del cinco por ciento sobre el valor de $ 800.000.00 que Prieto y Quijano le habían reconocido por su gestión en el negocio de permuta, celebrado con los Calderón.

Por lo tanto, el Tribunal al no darle al expresado contrato de promesa de permuta el alcance que el actor pretende, y al no tenerlo en cuenta en la sentencia impugnada, como una prueba en favor del acusado, no incurrió en error alguno.

La segunda objeción a la sentencia impugnada la hace consistir el actor en que, el Tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones de los testigos, señores Alonso Pinilla Herrera, Rafael A. Rozo, José Joaquín Muñoz, Luis Alberto Carrera, Miguel Preciado Maldonado y los propios contratantes Tomás D. Prieto, Alejandro Quijano, Demóstenes Calderón y Juan Evangelista Calderón, con las cuales se demuestra el contrato de comisión celebrado por Carlos J. Bernal con los señores Prieto y Quijano.

El señor demandante procede a transcribir la parte pertinente de los testimonios invocados, los cuales, con excepción de los señores Tomás D. Prieto y Alejandro Quijano, claramente declaran que les consta que éstos convinieron en pagarle al asindicado Bernal Contreras, una comisión del cinco por ciento sobre la cantidad de ochocientos mil pesos en que se estimó el valor del negocio de permuta celebrado con los Calderón.

Se observa que, el Tribunal sí menciona y estudia las declaraciones a que se refiere el actor en esta objeción. En efecto, el ad-quem dedica parte de los considerandos de la sentencia al estudio y crítica de dichos testimonios, y termina

por desecharlos por no considerarlos merecedores de credibilidad, por las razones que al respecto expone así:

"Siguiendo este fundamental criterio en la valorización de la prueba testimonial citada por el acusado, antes de hacer la crítica que ella merece, resulta indudable que las declaraciones rendidas por Alfonso Pinilla Herrera, Rafael A. Rozo, José Joaquín Muñoz, Luis Alberto Carrera, Juan Bautista Calderón y Miguel Preciado Maldonado, no permiten un conocimiento exacto de los hechos que refieren, por las numerosas contradicciones en que incurren y la falta de unidad en los detalles de mayor trascendencia, que no se complementan mutuamente, todo con la pretensión de involucrar y confundir de tal manera el criterio del juzgador, que la verdad y la certeza se escapan fácilmente, sin conseguir la fijación necesaria de los sucesos, en orden a corroborar las afirmaciones consignadas por el acusado en su indagatoria, para demostrar su inocencia.

"En efecto, Alfonso Pinilla Herrera sostiene en su declaración testifical, que en los últimos días del mes de abril de mil novecientos cincuenta y dos, se acercó a la oficina de Carlos J. Bernal, donde pudo personalmente presenciar que entre éste último y Tomás Prieto y José Alejandro Quijano "convenían un negocio de permuta de unas fincas situadas en la Costa Atlántica y otras aquí en Cundinamarca", y "al mismo tiempo que pactaban una comisión a favor del señor Bernal, del cinco por ciento sobre la cantidad de ochocientos mil pesos a que ascendía el negocio de permuta", pudiendo ver directamente cuando Tomás Prieto y José Alejandro Quijano le firmaron dos letras de cambio a favor de Carlos J. Bernal, que éste mismo escribió con su puño y letra, "una por valor de cuarenta mil pesos, valor de su comisión y otra por una pequeña cantidad, sin conocer por qué concepto", afirmación ésta que se encuentra plenamente desvirtuada, no sólo con la copia auténtica del contrato de promesa de permuta, visible al folio 173 del expediente, en el cual aparece que la negociación aludida se llevó a cabo con fecha primero de febrero de mil novecientos cincuenta y dos, y que "cerró en casa de Carlos Bernal", en donde "se escribió y firmó" dicho contrato, como enfáticamente lo afirma en su testimonio Luis Alberto Carrera, quien además lo suscribió como testigo, conforme puede verse su firma en el texto del mismo.

"Si el dicho de Alfonso Pinilla Herrera se halla desvirtuado por Luis Alberto Carrera, ocurre lo mismo con el testimonio de Rafael A. Rozo, quien manifiesta que por ser vecino de oficina de Carlos J. Bernal, le prestó su máquina portátil para redactar el contrato de permuta, teniendo, por lo mismo, la oportunidad de enterarse cuando fue celebrado por Tomás Prieto y José Alejandro Quijano el mismo día que en él se hallaba presente en dicha oficina, en compañía "un señor Pinilla que trabaja en el poder judicial", viendo personalmente que éstos dos últimos le "firmaron una letra de un talonario que sacó Bernal de su escritorio", sin que hubiera presenciado que le hicieran el giro de alguna otra letra de cambio, puesto que no vio "firmar sino una sola letra", mientras que José Joaquín Muñoz, pariente de Guillermo Bernal, sobrino y socio de Carlos J. Bernal, refiere que el día y hora en que se encontraban reunidos en la oficina de éste con Alfonso Pinilla Herrera y Rafael A. Rozo, pudo ver cuando Tomás Prieto y José Alejandro Quijano suscribían allí mismo a favor de Carlos J. Bernal dos letras de cambio, una por cuarenta mil pesos y otra por tres mil pesos.

"Las contradicciones en que incurren estos testigos, no sólo sobre la fecha de la celebración del contrato de promesa de permuta, sino del lugar donde se elaboró el documento y se firmó por las partes, que resultan de afirmar unos,

Alfonso Pinilla Herrera y Rafael A. Rozo, que fue en la oficina de Carlos J. Bernal, en tanto que otro, Luis Alberto Carrera, dice que ocurrió en la casa de habitación de éste último, lo mismo que sostener que el negocio se pactó a fines de abril de mil novecientos cincuenta y dos, cuando la copia del contrato indica la fecha del primero de febrero anterior, vienen a ser más ostensibles y todavía, si se quiere, completamente opuestas, con la versión que suministra Juan Evangelista Calderón, cuando refiere que el día que él y sus hermanos José Calasanz Calderón, Juan Bautista Calderón y Demóstenes Calderón, hacían la entrega de la finca "Corralitos" a Tomás Prieto y José Alejandro Quijano, presenció el convenio a que llegaron estos últimos para reconocer a Carlos J. Bernal el cinco por ciento de comisión sobre el valor total de la permuta, afirmación que su propio hermano, doctor Demóstenes Calderón, se encarga de desvirtuar enfáticamente, en su declaración visible al folio 188, en la cual, dice: "En ningún momento de las varias entrevistas que hubo tanto para la iniciación como para la finalización del negocio, tuve yo conocimiento alguno de que los señores Quijano y Prieto le hubieran prometido o pactado comisión al señor Carlos J. Bernal. Tampoco en ninguna oportunidad me dijo el señor Bernal nada al respecto, y mal podía contarnos de otra comisión, es decir que ganara doble comisión. Dada mi condición de interesado y de abogado en la negociación de la permuta, intervine en todos los detalles de este negocio, tanto con Bernal, nuestro intermediario, como con los señores Quijano y Prieto, y repito por ésto, que nunca oí ni tuve conocimiento de que pudiera existir comisión alguna a favor de Bernal, por parte de los Quijano y Prieto".

"Si el doctor Demóstenes Calderón, como 'interesado y abogado en la negociación de la permuta', no tuvo conocimiento en ningún momento de que Tomás Prieto y José Alejandro Quijano le hubieran prometido comisión alguna a Carlos J. Bernal, fuerza es concluir que el testimonio de su hermano Juan Evangelista Calderón carece de veracidad y, por lo mismo resulta sospechoso, como lo viene a demostrar, además, la conducta equívoca que observó luego, mediante la firma del memorial que al folio 225 obra, en el cual pide, en asocio del apoderado de la parte civil, que se le reciba declaración sobre hechos de excepcional gravedad en contra de Carlos J. Bernal, para a continuación suministrar una versión contraria al interrogatorio que el mismo suscribió. Igualmente no merece credibilidad, por las mismas razones, la versión que suministra respecto a su intervención en transacciones propuestas por José Alejandro Quijano, Virginia v. de Prieto y el apoderado de éstos, doctor Pablo Salah Villamizar, para que Carlos J. Bernal aceptara veinticinco mil pesos por la letra de cambio en referencia".

El recurrente considera infundada la crítica hecha por el Tribunal, para desechar los testimonios, con los que se ha pretendido establecer que, José Alejandro Quijano y Tomás Prieto convinieron verbalmente reconocerle a Carlos J. Bernal, una comisión que algunos dicen fue del cinco por ciento sobre el valor de la permuta celebrada por aquéllos con la familia Calderón.

En relación con la crítica que el ad-quem hace a estos testimonios, el actor arguye que:

"El Tribunal dice que estas declaraciones "no permiten un conocimiento exacto de los hechos que refieren, por las numerosas contradicciones en que incurren y la falta de unidad en los detalles de mayor trascendencia" (Fl. 107). En seguida el Tribunal hace un análisis de circunstancias de lugar y tiempo, para hacer ver las contradicciones, sin parar mientes (sic) en que cada decla-

rante no se refiere al mismo tiempo ni al mismo lugar, sino que de todas y de cada una no se desprende sino un detalle, que es el que queda demostrado: que Bernal habló con Prieto y con Quijano del negocio (claro que ello hubo de realizarse en diferentes momentos y sitios), y que convinieron éstos en reconocerle una comisión del 5% sobre $ 800.000.00, o sea, $ 40.000.00. La tramitación del negocio duró varios meses.

"El juzgado, en cambio, hace un detenido análisis de cada una de las declaraciones, haciendo ver cómo exponen circunstancias que hacen creer en su verosimilitud (véanse folios 57 a 61 del cuaderno 9º).

"El Magistrado disidente cree, en parte, en la veracidad de los testigos, pero considera que si estos testimonios "no favorecen la causa del señor Contreras, tampoco le perjudican", por existir muchos indicios 'que sacan avante la tesis de la defensa sobre la inocencia del procesado' (Fl. 139 del C. 10). Pero sí admite la declaración del testigo Precindo y las de los contratantes Calderón".

El Magistrado disidente estima que, es acertada la crítica hecha por el Tribunal a las declaraciones que se han venido estudiando, expresando al respecto lo que sigue:

"Los HH. Magistrados Rocha y Rozo, hacen en su sentencia una muy juiciosa crítica de las declaraciones de los testigos Alfonso Pinilla Herrera, Rafael A. Rozo, José Joaquín Muñoz, Luis Alberto Carrera, Juan Evangelista Calderón y Miguel Preciado, y llegan a la conclusión de que, ante la sana crítica testimonial, los citados testigos no ofrecen serios motivos de credibilidad, toda vez que incurren en contradicciones y declaran sobre hechos muy difíciles de captar para éllos.

"Yo comparto en este punto el criterio de los HH. Magistrados Rocha y Rozo. Y dudo también de la veracidad del dicho de estos testigos, por lo menos en muchas de sus afirmaciones".

Como se ve, se trata aquí, por parte del demandante, de oponer y hacer prevalecer su personal criterio de apreciación al adoptado por el Tribunal en relación con la estimación probatoria de estos declarantes, lo que de por sí resulta inoperante para la prosperidad de la causal invocada, pues como se ha dicho en otras oportunidades, *a la Corte le está vedado en casación emprender nuevo estudio de las pruebas que analizó el juzgador para sustentar el fallo acusado, salvo que se demuestre que el sentenciador incurrió en un error extremo y evidente que contraríe abiertamente los principios fundamentales de la lógica judicial y de la sana crítica al hacer el estudio de las pruebas, pues de lo contrario, se desvirtuaría la naturaleza del recurso extraordinario de casación, convirtiéndolo de hecho en una tercera instancia, y se desconocería la necesaria autonomía del Tribunal para formar su convicción racional, sustituyendo así el criterio del juez de instancia por otro que se considera más o menos acertado, lo cual es propio de las instancias, en donde está abierto el campo para un amplio debate probatorio, pero no en el recurso de casación, en donde este debate queda restringido a los casos en que se comprueba que se ha incurrido en la apreciación de los hechos en un yerro evidente y notorio.*

No habiéndose demostrado que el Tribunal incurrió en un grave error, al desechar los testimonios con los que se ha tratado de establecer el hecho de que, los señores José Alejandro Quijano y Tomás Prieto convinieron pagarle al acusado Carlos J. Bernal, una comisión por su gestión en el contrato de permuta que aquéllos celebraron con la familia Calderón, no es posible sostener que el ad-quem estuvo desacertado al no tener como existente este hecho en el fallo acusado.

El tercer hecho, que en concepto del actor no fue tenido en cuenta por el Tribunal, consiste en "la letra de cuarenta mil pesos", que en opinión de aquél, "hace patente la deuda y la absoluta inocencia del acusado Carlos J. Bernal".

El demandante después de copiar en su escrito el texto completo de la letra por cuarenta mil pesos, que ha sido tachada de falsa por los denunciantes, y que ha dado origen al presente proceso, trata de demostrar la autenticidad y legitimidad de dicho instrumento con la invocación de tres clases de pruebas, que son:

a) Los testimonios de quienes vieron extenderlo; b) Lo que dicen quienes lo suscribieron, y c) Lo que el documento mismo, per se, demuestra en forma patente.

Los declarantes a que hace referencia en el punto a) son: Alfonso Pinilla Herrera, Rafael A. Rozo, José Joaquín Muñoz y Luis Alberto Carrera, quienes dicen presenciaron cuando se extendió el documento negociable por cuarenta mil pesos.

El actor transcribe la parte que considera pertinente de estos testimonios, así:

"*Alfonso Pinilla Herrera* (Fl. 94 del C. 1º): 'Una vez arreglado tanto el negocio como la comisión, el señor Bernal sacó un talonario de letras y giró de su puño y letra dos, una por valor de cuarenta mil pesos, valor de su comisión, y otra por una pequeña cantidad, sin conocer por qué concepto la extendía, *documentos éstos que fueron firmados por los señores Quijano y Prieto en mi presencia*".

"*Rafael A. Rozo* (Fl. 97 ibidem): 'Llegaron los señores Quijano y Prieto, se pusieron a charlar de su negocio en el escritorio de Carlos J. Bernal, nosotros seguimos charlando y *ví cuando ellos firmaron una letra de un talonario que sacó Bernal de su escritorio, esa letra* la firmaron el señor Quijano y el señor Prieto, en letra que Bernal escribió... La cantidad precisa no la supe, sino apenas decían que era por la comisión'.

"*José Joaquín Muñoz Domínguez* (Fl. 107 ibidem): 'Una vez acordada la forma y plazo para el pago, el señor *Carlos Bernal sacó del escritorio un talonario de letras, y con su puño y letra extendió dos letras, una por la suma de cuarenta mil pesos*, valor de su comisión, y otra por tres mil pesos, no sé por qué concepto sería. En seguida se las pasó a los señores Quijano y Prieto, éstos las leyeron, movían la cabeza, quizá por el alto valor de la comisión que tenían que pagar, *y en seguida las firmaron juntos las dos letras*. A Carlos J. Bernal lo conozco hace más de treinta años, por razón de que un hermano de él era casado con una hermana mía...'

"*Luis Alberto Carrera* (Fl. 105 ibidem), dice que 'fue don Tomás Prieto a solicitar un préstamo sobre un ganado'; que la finca marchaba 'divinamente, que lo que sí le había salido un poco cara la comisión que tenía que darle a Bernal como comisionista, la cual habían arreglado en la suma de cuarenta mil pesos, y *que él se había visto en la necesidad de firmarle una letra por ese valor, por estar escaso de dinero*'."

El señor demandante hace ver que estos declarantes coinciden en afirmar que vieron cuando se firmó la letra por cuarenta mil pesos, en las mismas circunstancias de lugar, tiempo y modo, con excepción de Carrera, que es de referencia, pero que concuerda con los otros.

Los testimonios a que se refiere el punto b), de quienes suscribieron el documento, son los de Bernal y Quijano.

El primero, o sea Carlos J. Bernal Contreras, afirma: "Esa letra la escribí yo, de mi puño y letra, por la suma de cuarenta mil pesos moneda corriente". También explica que con esta letra se extendió y suscribió otra por tres mil pesos "correspondiente a los gastos de viajes, arrendamientos de la casa y mejoras en el predio de la fábrica que yo les había vendido".

El señor José Alejandro Quijano, acepta que la firma es la de él, pero que el contenido de la letra es absolutamente falso.

En cuanto a la firma del señor Tomás D. Prieto, fallecido antes de este proceso, observa el actor, que dicha firma no ha sido controvertida.

De todo ésto, el recurrente arguye que tales firmas acreditan la autenticidad del documento, reforzadas por una serie de indicios que estima plenamente demostrados, y que procede a enumerar en la siguiente forma:

"*Primero:* es inconcebible que el instrumento haya sido adulterado, cuando lleva las firmas del girador y del aceptante, *pues no hay constancia alguna de que hubiera sido firmado en blanco.* Lo contrario, es lo que aparece probado, según se deja visto y se verá luego más a espacio, o sea, que Quijano y Prieto firmaron las letras una vez extendidas completamente por Bernal.

"'No es aceptable fácilmente —dice el Magistrado Quintero Delgado— que personas de las calidades de los precitados señores Prieto y Quijano, hubieran suscrito un instrumento negociable o letra en blanco, es decir, dejando un claro en la zona de seguridad, en donde hubiera podido haberse puesto una cantidad adicional al arbitrio del tenedor o beneficiario de la letra'.

"*Segundo,* el abogado Víctor E. Ríos Bustamante recibió las letras de tres mil y de cuarenta mil pesos de manos de Bernal, 'a solicitud mía', al hablarle la señora Virginia v. de Prieto de la deuda, las cuales 'fueron mostradas por mí a la señora Virginia v. de Prieto, al señor José Alejandro Quijano, quienes las examinaron e hicieron examinar, en mi presencia' (Fl. 23 del C. 1º), en la oficina del nombrado doctor Ríos. Lo cual confirma Pablo A. Quijano, que concurrió al examen a la oficina de este abogado, con el mentado Alejandro, su pariente, 'con Leopoldo Rojas y Carlos Julio Niño' (Fl. 27 ibidem). 'Ahora bien —se pregunta el Magistrado Alberto Quintero Delgado—, será posible que un individuo de buenos antecedentes tenga la audacia de presentar, con anterioridad a cualquiera acción judicial, un instrumento falsificado para que sea examinado por

las propias futuras víctimas de la falsedad? Es imposible. No creemos que haya persona alguna normal que sea capaz de cometer semejante tontería: entregar a terceras personas el cuerpo del delito'.

"Tercero, 'tampoco es concebible —según el Magistrado disidente— que una persona de buenos antecedentes y normal de la mente, como el procesado Bernal Contreras, inicie juicio ejecutivo con base en el instrumento de cuarenta mil pesos, por esa suma, y además, por la suma de tres mil pesos representada en otra letra por esta cantidad. No estaba contento el supuesto falsario con perjudicar a sus víctimas en la modesta suma de treinta y nueve mil pesos (la letra se dice era de mil), sino que, de encima, los ejecuta con otra letra por la suma de tres mil pesos'.

"La prueba de la existencia del juicio ejecutivo obra, entre otras probanzas, en el certificado presentado en la audiencia pública (Fl. 31 del C. 9º): cursa en el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá.

"*Cuarto*, en dicho juicio ejecutivo que cursa en el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, 'el ejecutado no ha propuesto excepciones, ni tampoco ha propuesto incidente especial de tacha del documento, base del juicio'. Solamente al intimarle el mandamiento de pago acusó la adulteración de la letra de cuarenta mil pesos (Fl. 31 del C. 9º).

"Pero se recordará que las letras fueron dos, la de cuarenta mil y la de tres mil pesos, que dizque habían sido pagadas y el señor Bernal no había querido devolverlas: ninguna de las dos. Por parte de los ejecutados —dice el Juzgado— 'no se propuso excepción alguna al notificarse al mandamiento ejecutivo promovido con base *en las dos letras*, la de cuarenta mil pesos y la de tres, *fuera de que en relación con ésta, ni siquiera se ha intentado el más mínimo reparo, a pesar de los inútiles esfuerzos por hacer creer que se trataba de instrumentos que ya habían sido cancelados o pagados*".

"Llamo la atención sobre esta última circunstancia, de incontrastable fuerza probatoria: que sobre la letra de tres mil pesos, dizque también pagada, no han discutido los denunciantes. Luego no fue adulterada, y entonces tampoco lo fue la de cuarenta mil pesos; o si fue adulterada, y entonces el proceso debe adelantarse por falsedad en ella también.

"Y *quinto*, 'tampoco es fácilmente aceptable que personas adultas, capaces, solventes y negociantes de profesión, como los señores Prieto y Quijano, cancelen instrumentos negociables, letras, para hablar más concretamente, sin exigir el recibo de cancelación o la devolución de tales instrumentos o al menos un recibo o constancia del pago o de la cancelación', dice el Magistrado Quintero Delgado".

Se observa:

En relación con esta objeción, cabe observar, en primer lugar, que los testimonios rendidos por Alfonso Pinilla, Rafael A. Rozo, Joaquín Muñoz y Luis Alberto Carrera, según se vio anteriormente, fueron estudiados y desechados por el ad-quem, por razón de las graves contradicciones en que incurren, no siendo posible desconocer en casación la apreciación que de dicha prueba se hace en la sentencia acusada, por no aparecer que en esta apreciación hubiera incurrido el Tribunal en error manifiesto.

En relación con quienes suscribieron la letra, o sea el denunciante José Alejandro Quijano y Tomás Prieto, el primero de los cuales reconoció como suya la firma que aparece en el instrumento tachado de falso, nada arguye este hecho, para demostrar la autenticidad de la letra por cuarenta mil pesos, puesto que la falsedad de ella no se ha hecho consistir en que se hubieran imitado o contrahecho las firmas, sino únicamente el contenido de dicho documento, que según el denunciante, fue adulterado, cambiando la cantidad de mil pesos, porque originalmente había sido suscrito, para convertirla en cuarenta mil pesos. En consecuencia, lo mismo cabe observar en relación con la firma de Tomás Prieto, que aparece en el instrumento, y que no ha sido tachada de falsa. En cuanto a lo que manifiesta el acusado Carlos J. Bernal, de que él escribió de su puño y letra el contenido o el texto de la letra por cuarenta mil pesos, no tiene mayor significación para establecer la autenticidad de este instrumento; al contrario, esta circunstancia más bien viene a comprometer su responsabilidad, al comprobarse, por otros medios, que el documento fue adulterado.

Como se sabe, la falsedad del instrumento se ha hecho consistir en que se rectificó una letra girada por José Alejandro Quijano, y aceptada por Tomás D. Prieto, a favor del acusado Carlos J. Bernal, que originariamente era por mil pesos, cambiando esta cantidad, posteriormente, por cuarenta mil pesos, por haber intercalado en el renglón en que se escribió la cantidad en cifras, la palabra cuarenta antes de la palabra mil.

Los indicios a que el actor se refiere, y con los cuales pretende demostrar la autenticidad de la letra tachada de falsa, son hábiles argumentaciones fundadas principalmente en las consideraciones del señor Magistrado disidente, quien parte de ciertos supuestos generales, que, aunque de cierto valor lógico, no alcanzan a destruir la eficacia de otras pruebas incriminatorias de mayor fuerza probatoria, principalmente los dictámenes periciales rendidos por los cinco peritos oficiales que han examinado la letra impugnada por falsa.

No se ha afirmado que el instrumento tachado de falso, hubiera sido firmado por el girador y el aceptante, dejando completamente en blanco los espacios destinados a poner la cifra en letras y números, y la fecha. Lo que demuestra el resultado de los exámenes practicados por los peritos grafólogos oficiales, es que sí se dejó en blanco, por lo menos, el espacio en que actualmente aparece la palabra cuarenta, pues ésta fue escrita con posterioridad a la palabra mil, sobre la cual se superpone.

El hecho de que el acusado Bernal Contreras, hubiera enviado a su abogado el doctor Víctor E. Ríos las letras, que después presentó como recaudo ejecutivo, para que se las mostrara a la señora Virginia v. de Prieto y al señor José Alejandro Quijano, quienes las examinaron en presencia de aquel abogado, no induce a demostrar la autenticidad del instrumento por cuarenta mil pesos, puesto que si el acusado lo había falsificado, era con intención de lograr su pago, acudiendo a cualquier medio, extrajudicial o judicial, como en realidad lo hizo, al demandar ejecutivamente al girador, señor Quijano, quien para defenderse, era natural que acudiera también a la justicia, bien fuera proponiendo excepciones dentro del juicio civil ejecutivo o acudiendo a la justicia penal, denunciando, como lo hizo, al autor de la falsificación.

El que los denunciantes no hubieran propuesto excepciones en el juicio ejecutivo que el acusado inició en el Juzgado 6º Civil del Circuito de Bogotá, se explica, por cuanto habiendo una denuncia penal, que tenía influencia sobre

el juicio civil, éste se suspendió mientras se decide la acción penal, lo cual impedía que se continuara actuando dentro de este juicio.

Para demostrar el punto señalado con la letra c), o sea, que el documento mismo establece por sí, en forma patente, su autenticidad, el actor argumenta de la siguiente manera:

"La letra fue extendida por el señor Carlos J. Bernal Contreras, como aparece plenamente demostrado, salvo las firmas de los otros interesados, como es obvio.

"Pues bien, según el dictamen grafológico que es la base de la condena del Tribunal, o mejor de los dos Magistrados que condenan, dice que en cuanto a 'la cantidad en número en el ángulo superior derecho ... *no hay allí signo o vestigio alguno que permita establecer alteración alguna*' (Fl. 51 del C. 1º). Y entonces aparece una rigurosa armonía entre la palabra escrita en números, que no ha sufrido alteración alguna, según los peritos y según salta a la vista, y la cantidad en letras: '40.000.00' y 'cuarenta mil pesos'.

"Además, y, en cuanto a la cantidad en letras, tampoco hay signo o vestigio alguno que permita establecer alteración alguna, como salta a la vista, al observar la leyenda de *'cuarenta mil pesos moneda corriente'*. Y ello resalta, de otro lado, de estas triviales observaciones:

"La primera, que la palabra 'mil' aparece escrita en el centro de la letra, dejando en dicha zona un amplio espacio, de más de tres centímetros, hacia la izquierda de la palabra 'mil' y no hay que suponer a los señores Prieto y Quijano tan mentecatos, que firmaran una letra en que detrás de la palabra 'mil', puesta en la mitad de la zona destinada a escribir en letras, cupiera cualquier cantidad: cuarenta, treinta, veinte, o mejor aún, *cien*, que menos letras tiene, o sesenta, setenta, u ochenta de siete letras las dos primeras y de ocho la última.

"La segunda que es preciso no olvidar que la letra la firmaban, no uno sino dos sujetos, comerciantes de profesión, adultos, poseedores de cuantiosos bienes de fortuna, que no incurren en semejantes ingenuidades.

"Y la tercera, que debe tenerse en cuenta que es de uso corriente, conocido aun para los ignorantes en la materia, que cuando una letra o cheque figura por la suma de $ 1.000.00, se antepone a la palabra 'mil' la de 'un'. Un instrumento negociable, en Colombia, nunca se extiende por la suma de 'mil pesos', sino por la suma de 'un mil pesos'. Hecho tan trivial y de conocimiento público, que no necesita demostración. Tanto es así, que en el denuncio se escribe 'que Bernal era tenedor de dos letras de cambio, una por valor de *un mil pesos*' (Fl. 4 del C. 1º)".

El dictamen pericial a que el recurrente se refiere, y que critica en esta parte de su demanda, como lo vuelve a hacer más adelante, y que sirvió de fundamento principal para proferir la sentencia condenatoria impugnada, es el rendido por los peritos Miguel Aguilera y Carlos Sáenz, empleados del Servicio Técnico de Inteligencia Colombiano, que obra a Fls. 50 a 51 del cuaderno principal y que expresa lo siguiente:

"No podemos nosotros calificar de adulteración, ningún hecho gráfico anormal, que se haya podido ejecutar en el instrumento referido, porque esa es

cuestión de fondo, que le está reservada al fallador. Con esta advertencia, podemos manifestar a usted que, después de minucioso estudio del delicado problema científico planteado, hemos llegado a la conclusión de que tal letra fue originalmente girada por la suma de *'mil pesos moneda corriente'*, y luego rectificada, aumentando la cantidad a cuarenta mil pesos. Son tres los fundamentos que invocamos para llegar a la conclusión que exponemos:

"1º Al trazar la palabra 'cuarenta' la cima de la letra 'a' hizo contacto con el arranque en signo de Duparchy de la letra 'm' de la palabra 'Mil' superponiéndose el trazado de la última letra de 'cuarenta' sobre la primera de 'mil'. El microscopio permite ver con claridad el trazado anterior debajo del posterior en porción sensible y suficiente para emitir este concepto.

"2º La tendencia espatiforme o gladiolada de la palabra 'cuarenta' obedece no a un hábito motor del autor de la escritura, sino a la necesidad de aprovechar el campo libre de la zona de seguridad del instrumento que había sido calculada como para palabra de tres o cuatro letras, y no de ocho, como la que se trazó con posterioridad.

"3º El uso de la 'a' final de la palabra 'cuarenta' revela el propósito de ubicarse con alguna comodidad en el campo libre mencionado, diferente de la expresión de los finales restantes de las demás palabras.

"Lo que no nos es posible decir, es qué tiempo medió entre el instante en que se ejecutó el texto original por la suma de mil pesos, y la adición posterior para que resultara cuarenta mil.

"Parece probable que la cantidad en números en el ángulo superior derecho, hubiera sido trazada en el segundo momento gráfico, o sea cuando se hizo la modificación aditiva, para lo cual no sería raro que hubieran dejado en blanco la pequeña zona de seguridad del mentado lugar.

"No hay allí signo o vestigio alguno que permita establecer alteración alguna".

El dictamen transcrito, que sin éxito fue impugnado por error grave en las instancias, con fundamento en los mismos argumentos que ahora se ha pretendido hacer valer en casación, revela, como resultado de los exámenes del laboratorio, que la última 'a' de la palabra cuarenta, escrita en el renglón correspondiente a la cifra en letras, "se superpone" al rasgo inicial de la letra "m" de la palabra mil, lo que de por sí demuestra una notoria anormalidad, de la que se induce, lógicamente, que aquella palabra fue escrita con posterioridad a la frase "mil pesos moneda corriente", lo que además establece que al ser extendido el documento, se dejó un espacio en blanco en la margen izquierda del renglón destinado a escribir la cantidad en letras, circunstancia que fácilmente pudo ser aprovechada por el sindicado, tenedor y beneficiario de la letra, para hacer la rectificación o efectuar la adulteración del instrumento, cambiando la cantidad de mil pesos, por la de cuarenta mil pesos, después de que fue firmado por el girador, señor José Alejandro Quijano, y por el aceptante, Tomás D. Prieto.

También, de dicho dictamen se deduce, como consecuencia rigurosamente lógica, que habiéndose escrito la palabra "cuarenta", con posterioridad a la cantidad "mil pesos", que el instrumento negociable impugnado de falso, no fue

redactado en su integridad en un solo momento gráfico. Esto, como es natural, le resta credibilidad a los declarantes que afirman que presenciaron el momento en que dicho documento fue escrito por el acusado, por la cantidad de cuarenta mil pesos, habiéndose firmado así por los señores Alejandro Quijano y Tomás Prieto.

En vista de la importancia y gravedad del dictamen pericial transcrito, que indudablemente refuerza las afirmaciones de los denunciantes, y que es de una fuerza probatoria indiscutible para establecer la responsabilidad del procesado, la defensa, en las instancias, tachó por error grave, dicho dictamen. La tacha se tramitó en la forma legal, y se solicitó el concepto de otros peritos oficiales. Así rindieron concepto, primeramente, el doctor José María Garavito, Director del Laboratorio Forense del Instituto de Medicina Legal y el señor Octavio Luque, Bioquímico Ayudante del mismo, quienes después de haber sometido la letra tachada de falsa, a un minucioso examen microscópico con varios aumentos, rayos ultravioleta, microscopio con adaptación de contraste de fase (iluminador Tri-Vert), filtros de distintos colores, procedimientos fotográficos con materiales de uso corriente y fotografías con material infrarrojo, pudieron constatar lo siguiente:

"a) La cima o parte superior de la última letra 'a' de la palabra 'cuarenta' alcanza parcialmente a montar sobre el trazo de iniciación de la 'M' de la palabra 'mil', como se puede constatar al observar las ampliaciones fotográficas Nos. 3 y 4 y las microfotografías Nos. 5 y 6, tomadas con iluminador Tri-Vert, para contraste de fases, la número 5 corresponde al ángulo izquierdo y la Nº 6 al ángulo derecho. En esta última se alcanza a observar claramente la primer línea de la zona de seguridad, y que sirve de referencia para apreciar la superposición de las capas de tinta, notándose que la masa de tinta seca de la letra 'a' no está interrumpida con la masa de tinta de la 'M'.

"b) El óvalo o cuerpo de la última letra 'a', de la palabra 'Cuarenta' presenta notoriamente reducido el eje transversal con relación a todas las demás letras 'a', que figuran en el texto manuscrito de este documento. El asa final de esta letra, está dirigida hacia abajo y no hacia arriba que es lo corriente, y que es lo que se ve en la letra 'a' final de la palabra 'moneda' del mismo renglón, véanse sitios indicados con tinta de color rojo en la fotografía Nº 7.

"c) Examinado el número '40.000.00' que aparece en el ángulo superior derecho del anverso de la letra, en los tres últimos ceros, se observan varios trazos de tinta que engruesan sus paredes, especialmente en las partes superior e inferior, y que agrandan el tamaño de éstos. Véanse zonas indicadas con tinta de color verde en la fotografía Nº 8, y en detalle, en la ampliación Nº 9.

El primer cero que sigue al número '4', es de tamaño y forma diferente a los ceros que le siguen, notándose especialmente que la parte superior de este cero, es mucho más ancha que la de los ceros siguientes, lo mismo que con relación a la parte inferior del mismo cero, que es mucho más reducida.

"d) No se encontró diferencia en la clase ni en el color de la tinta con que está escrita la palabra 'Cuarenta' y la tinta con que está escrito, el resto del renglón.

En algunas partes del manuscrito a tinta negra, a los exámenes al microscopio, se observa tinta azul. Véanse sitios indicados con flechas de tinta de color

verde en la ampliación fotográfica Nº 10, ésto se puede constatar observando el documento al microscopio o con una lupa muy potente y buena iluminación. Puede tratarse de dos tintas diferentes o virajes de una misma tinta. Por análisis químicos es posible llegar a resolver esta fase del estudio, cuando se cuenta con cantidades no tan pequeñas como en el presente caso, además al intentarlo se dañaría el documento, lo mismo sucede en lo relacionado con determinación de diferencias de antigüedad de tintas".

Ante una solicitud de ampliación del anterior dictamen, y en vista de que los peritos Garavito y Luque, expresaron que ella no era de competencia de los laboratorios, el juzgado dispuso enviar el expediente a la Sección Técnica del Servicio de Inteligencia Colombiano, cuyo Grafólogo oficial, el señor Alberto Posada Angel, rindió el concepto que obra al folio 47 del Cuad. Nº 6 y en el que este experto llegó a las siguientes conclusiones:

"1º) La 'a' final de 'Cuarentá' fue postescrita a la 'M' de 'Mil', si se atiende al hecho, claramente perceptible al microscopio, con iluminación oblicua, de que la tinta del trazo superior de la 'a' invade el canal del rasgo inicial de la 'M', el cual es subyacente. La demostración objetiva es de orden puramente experimental, y el juez o los interesados que quieran comprobarlo, pueden llevar por sí mismos a cabo la práctica de Laboratorio, la cual les permitirá distinguir con total evidencia el relieve descrito. En regla, como prueba de lo observado, debe descartarse la ilustración fotográfica, por cuanto el predominio de lo más obscuro en la placa sensible engaña de suyo y se presta a más de un error (al respecto léase, entre otros, a Locard; citado por uno de los peritos).

"2º) Desde un estricto punto de vista grafonómico, la expresada palabra 'Cuarenta', prescindiendo de detalles adjetivos, como mensuras, formas gladioladas, distancias, ubicación, acomodo, etc., no resulta homogéneo dentro del contexto de la cifra en letras, más que todo, por no ser unitaria en intensidad y apoyo de la pluma (más fuerte aquí) con el integrante 'Mil pesos moneda corriente' (de acento energético menor). El episodio se patentiza siguiendo con lente de aumento la huella dejada por la punta del instrumento, más profunda en la zona de aplicación mayor, o sea, en la de la palabra 'Cuarenta' indicada. Y ésto explica por qué el matiz de la tinta es de colorido un poco más intenso aquí que en el resto de la leyenda transcrita.

"3º) En el renglón $ '40.000.00' esta cifra es normal, si se descarta el engrosamiento de los ceros '000' mayúsculos. El '4', por ejemplo, fue trazado con ejecución simple, sin que en ningún caso pueda decirse que allí originariamente estuvo escrito un '1', toda vez que su grama segundo cruza superpuesto al ángulo '4 (a)', su componente natural. De otra parte, no aparecen trazas de tinta borrada, ni falta de apresto en el papel, ni fibras sueltas, etc.

"4º) En puro rigor científico no hay base para admitir o eliminar la probabilidad de que la cantidad en números hubiera sido puesta en un segundo momento gráfico, ni con ocasión de la mal llamada modificación aditiva de la palabra 'Cuarenta'. Cualquier experimento para prueba de una u otra hipótesis daría al traste, ante todo, por cumplirse ya en una época en que las tintas han alcanzado su máximo de oxidación. Esto mismo impide, en principio, precisar el tiempo que medió entre la escritura de las diversas partes del documento. Por otro aspecto, el análisis químico ofrece los inconvenientes señalados por los expertos del Laboratorio Forense en su informe Nº Fl. 3790 del 14 de septiembre pasado".

En atención a los resultados de los conceptos rendidos por los grafólogos oficiales que se han citado últimamente, el juzgado del conocimiento, en providencia del 17 de abril de 1958, negó la objeción, por error grave, propuesta por el defensor del procesado. Como el juzgado no repuso dicha providencia, se surtió el recurso de apelación interpuesto subsidiariamente, el que fue desatado por el Tribunal, en providencia del 3 de febrero de 1959, en la que se confirmó lo resuelto por el juzgado.

En consecuencia, no habiendo prosperado la objeción, por error grave, que en las instancias se propuso contra el primer dictamen pericial, rendido en este proceso por los grafólogos oficiales Miguel Aguilera y Luis Carlos Sáenz, dicho dictamen adquirió mayor valor probatorio, pues fue confirmado en sus conclusiones, por las observaciones técnicas hechas por los otros grafólogos oficiales que examinaron la letra impugnada de falsedad.

No obstante las hábiles e inteligentes críticas, que por parte del actor y del señor Fiscal 1º del Tribunal de Bogotá, así como por el juez del conocimiento, se han hecho al dictamen pericial, que ha servido de fundamento principal al fallo acusado, no puede desconocerse que él constituye la prueba más grave de la responsabilidad del acusado Bernal Contreras, porque induce lógicamente a establecer, que por parte del procesado, efectivamente se realizó la adulteración de la letra de cambio por cuarenta mil pesos, con base en una letra que originariamente fue extendida a su favor por la cantidad de mil pesos, por el denunciante José Alejandro Quijano, y por el finado, señor Tomás D. Prieto.

Las conclusiones que se pueden deducir del dictamen grafológico a que se ha venido haciendo referencia, son las siguientes: a) Que la palabra "cuarenta", que aparece en el renglón correspondiente a la cifra en letras, fue escrita con posterioridad a la palabra "mil pesos moneda corriente", que le sigue en el mismo renglón; b) Que originariamente la letra no fue escrita, en su cifra en letras por la cantidad de cuarenta mil pesos, como actualmente aparece, sino únicamente por la cantidad de mil pesos; c) Que la letra en todo su contenido no fue escrita, por lo tanto, en un solo momento gráfico; d) Que originariamente se dejó un espacio en blanco en el margen izquierdo en que se puso la cantidad en letras, que posteriormente fue utilizado para escribir en él la palabra "cuarenta"; e) Que siendo el sindicado Bernal Contreras el poseedor y beneficiario de la letra, y quien la presentó para su cobro, por la cantidad de cuarenta mil pesos, lógicamente se deduce que fue el autor de la intercalación de la palabra "cuarenta", pues él mismo ha aceptado que la escribió de su puño y letra, tal como aparece actualmente.

Del hecho de que los peritos no hubieran podido observar, por los medios de laboratorio que emplearon, "signo o vestigio alguno que permita establecer adulteración alguna" en la cifra en números, puesta en la parte superior izquierda de la letra, y, dado lo observado por ellos, en relación con la palabra "cuarenta", se pueden suponer tres hipótesis que expliquen el desacuerdo o contradicción que, aparentemente existe en el dictamen pericial, así:

1ª. La hipótesis que acogen los mismos peritos, de que originariamente se dejó en blanco el renglón destinado a la cifra en números, que posteriormente fue utilizado poniendo la cifra 40.000.00 cuando se hizo la rectificación de la cifra escrita en letras. Esta hipótesis es lógica, y aunque contra ella cabe la

observación que hace el actor, de que no es de suponer "a los señores Prieto y Quijano, 'tan incautos, que firmaran una letra en que detrás de la palabra 'mil' pudiera caber cualquier cantidad". Sin embargo, la misma defensa, en alegato presentado en las instancias, ante la evidencia de que la palabra "cuarenta" fue escrita con posterioridad a la palabra "mil", acepta la posibilidad de que se dejó un espacio en blanco que se utilizó para escribir la palabra "cuarenta", para hacer la rectificación posteriormente, haciendo armonizar la cifra de 40.000.00, puesta en números, con la escrita originariamente en letras por la cantidad de mil pesos. Es claro que la defensa al aceptar esta evidencia trata de demostrar que ello no entraña la prueba de ninguna falsedad y que lo que se debe aplicar es lo previsto en la ley de instrumentos negociables, en relación con el efecto que produce un documento de esta clase, en el cual se dejan espacios en blanco. Esta argumentación puede tener validez para estudiar los efectos comerciales de una letra firmada en blanco, pero naturalmente esto supone que la letra no sea tachada de falsedad, como ocurre en el presente caso.

2ª. La segunda hipótesis es, la de que la letra originariamente se escribió llenando el renglón correspondiente a las cifras, con la cantidad de $ 40.000.00, como actualmente aparece, aun cuando en el renglón correspondiente a la cifra en letras se puso únicamente la de "mil pesos moneda corriente". Esta hipótesis resulta más inverosímil que la supuesta por los peritos, si se tiene en cuenta que la letra fue escrita en su contenido por el propio beneficiario y sindicado, quien siendo una persona experimentada en la expedición o factura de instrumentos negociables, no iba a incurrir en la notoria disparidad de extender una letra firmada a su favor y por la cantidad de cuarenta mil pesos, escribiendo la cifra en números por esta cantidad y la cifra en letras por la cantidad de mil pesos únicamente.

3ª. Otra hipótesis que se puede deducir de lo observado por los peritos grafólogos, consiste en que la letra originalmente se extendió por la cantidad de $ 1.000.00, y que esta cantidad fue puesta, no solamente en el renglón correspondiente a la cifra en letras, sino a la cifra en números, y que, posteriormente se adicionó o adulteró, no solamente por la intercalación de la palabra "cuarenta", sino por la modificación de la cifra en números, rectificando la de $ 1.000.00 por $ 40.000.00; esto naturalmente debió realizarse con todo cuidado, tratando de evitar el dejar huellas que revelaran la adulteración. Esta hipótesis, es la más verosímil y lógica, aunque realmente no tenga un fundamento técnico en el dictamen y aparentemente contradiga lo observado al respecto, en dicho dictamen, en relación con la cifra en números.

Pero ninguna de estas hipótesis que pueden plantearse para explicar la aparente contradicción en cuanto a las conclusiones u observaciones realizadas, por los peritos, excluyen la responsabilidad del acusado Bernal Contreras, ni la inexistencia del elemento objetivo del delito de falsedad, por el cual ha sido condenado en la sentencia acusada.

No es exacto, por lo tanto, que en cuanto a la cantidad en letras escrita en el instrumento negociable por cuarenta mil pesos, no exista signo o vestigio alguno que permita establecer su adulteración, como lo sostiene el actor, pues aunque a simple vista no se observa irregularidad notoria, los peritos oficiales, después de someter dicho instrumento a un minucioso examen de laboratorio, empleando para ello distintos instrumentos y procedimientos técnicos, sí pu-

dieron observar la irregularidad que anotan en relación con la palabra "cuarenta", lo que forzosamente demuestra que el documento que actualmente figura por cuarenta mil pesos, originalmente no fue escrito por dicha cantidad, sino únicamente por la de "mil pesos moneda corriente", con lo que establecen que este documento sí sufrió una alteración, lo que destruye los argumentos con los cuales se ha pretendido demostrar su autenticidad.

Dada la naturaleza de las observaciones verificadas por los peritos, con el auxilio de instrumentos de laboratorio, que fueron confirmados por los demás peritos oficiales que han examinado también el instrumento negociable tachado de falso, es indiscutible que dichos dictámenes tienen un innegable valor probatorio de fuerza acriminatoria superior a cualquier otra argumentación que contra él se pueda hacer, con fundamento en que con respecto a la cantidad en números puesta en el ángulo superior derecho, los peritos no pudieron observar signo o vestigio que pueda establecer adulteración alguna. Al respecto, es importante la observación del perito Alberto Posada Angel, cuando expresa en su dictamen, que: "en puro rigor científico no hay base para admitir o eliminar la probabilidad de que la cantidad en números hubiera sido puesta en un segundo momento gráfico"; este perito explica, además, que "cualquier experimento para prueba de una o de otra hipótesis daría al traste, ante todo, por cumplirse ya una época en que las tintas han alcanzado su máximo de oxidación". Por lo tanto, el que los peritos no hubieran podido observar en relación con la cantidad en números, signo o vestigio alguno que permita establecer alteración, no es argumento decisivo para descartar la posibilidad de que realmente esta cifra también hubiera sido puesta en un segundo momento gráfico, cuando se agregó la palabra "cuarenta".

4ª. Como cuarto hecho no tenido en cuenta por el Tribunal en el fallo acusado, el actor señala la transacción propuesta a Carlos J. Bernal Contreras.

Con el fin de establecer la existencia de la transacción propuesta, al acusado, el recurrente transcribe las partes que considera pertinentes de las declaraciones rendidas por el señor Juan Evangelista Calderón, quien manifiesta primeramente lo siguiente: "Más tarde me informó el señor Tomás Prieto que iba a hablar con el señor Bernal para conseguir una transacción con él respecto a la cuota del cinco por ciento que debían Prieto y Quijano entregarle a Bernal. Entiendo que conversaron sin conocer a qué arreglo llegarían (Fl. 152 del Cuad. 1º)".

Este mismo testigo, tanto en la declaración extrajudicial rendida ante el Juez Penal 1º del Circuito, como en la que obra al Fl. 237 del Cuad. 1º, relata las varias entrevistas que tuvo con el apoderado de la parte civil y con la señora Virginia V. de Prieto y el señor José Alejandro Quijano, en las que el testigo intentó, como intermediario espontáneo y oficioso, buscar un arreglo o transacción, y como resultado de las cuales, explica que aquellos señores estaban dispuestos a pagarle al sindicado Bernal si "rebajaba algo", habiendo obtenido ofertas sucesivas desde diez mil hasta veinticinco mil pesos, que el señor Bernal rechazó.

El Tribunal se refiere a la declaración rendida por este testigo, aunque no la acepta, porque en su concepto no merece credibilidad alguna, fundado en lo siguiente:

"...Fuerza es concluir que el testimonio de su hermano Juan Evangelista Calderón carece de veracidad y, por lo mismo, resulta sospechoso, como lo viene

a demostrar, además, la conducta equívoca que observó luego, mediante la firma del memorial que al folio 225 obra, en el cual pide, en asocio del apoderado de la parte civil, que se le reciba declaración sobre hechos de excepcional gravedad en contra de Carlos J. Bernal, para a continuación suministrar una versión contraria al interrogatorio que él mismo suscribió. Igualmente no merece credibilidad, por las mismas razones, la versión que suministra respecto a su intervención en transacciones propuestas por José Alejandro Quijano, Virginia V. de Prieto y el apoderado de éstos, doctor Pablo Salah Villamizar, para que Carlos J. Bernal aceptara veinticinco mil pesos por la letra de cambio en referencia".

El actor estima que los dichos de este testigo son de una realidad evidente "que hurga los ojos y la conciencia imponiendo su verosimilitud, como lo piensan de consumo todos los funcionarios que la aceptan, en número de cinco, contra los magistrados que condenan".

En relación con el hecho de la transacción, de que habla el testigo Juan Evangelista Calderón, que le fue propuesta al acusado Bernal, mediante su intervención, se observa que las personas, que según el declarante, hicieron las ofertas de transacción, niegan rotundamente este hecho.

Pero lo que hace dudar del testigo Calderón en cuanto se refiere a las propuestas de transacción, que por su conducto le hicieron a Carlos J. Bernal, es la circunstancia de que ni el mismo sindicado hace referencia a dichas propuestas, ni en su indagatoria ni en los careos, lo cual es bastante extraño, dada la importancia que para él tenía este hecho.

Además, lo que el testigo Juan Evangelista refiere en cuanto a la transacción, aparece virtualmente desmentido por testimonios como el de Carlos Julio Niño, quien habla de que el sindicado Carlos J. Bernal le propuso que interviniera para que le arreglaran "alguna cosa", por los gastos que había hecho en su viaje a la Costa, llegando a ofrecerle a este testigo la suma de mil pesos si lograba que le pagaran algo.

De lo anterior se deduce que la declaración del señor Juan Evangelista Calderón, con la cual se ha pretendido establecer las propuestas de transacción hechas al acusado Carlos J. Bernal, por parte de los denunciantes, es por lo menos bastante sospechosa, no pudiéndose, por ello, dar como plenamente establecido con dicho testimonio, un hecho que el Tribunal, con fundamento, rechaza en la sentencia acusada.

Es posible que realmente el señor Juan Evangelista Calderón, como amigo y relacionado del acusado Carlos J. Bernal y de la señora Virginia V. de Prieto y del señor José Alejandro Quijano, hubiera intentado servir de mediador para propiciar un arreglo entre aquéllos, y aun, hubiera conversado al respecto en varias ocasiones, para intentar lograr el buen éxito de su gestión oficiosa, pero ello no prueba que realmente por su conducto le hubieran hecho a Bernal ninguna propuesta concreta, pues de haber ocurrido ésto, es seguro que éste lo habría manifestado en alguna oportunidad, por ser un hecho que indudablemente constituía un indicio que lo favorecía.

5º. Otro hecho que el actor dice que el Tribunal no tuvo en cuenta, es la inexistencia de la letra por mil pesos que dicen los denunciantes que sirvió para la falsificación.

Aquí el recurrente estudia los documentos que hacen relación a algunos negocios celebrados por Carlos J. Bernal con Tomás Prieto y José Alejandro Quijano, y a los que el Tribunal también hace referencia, entre ellos las ventas de una trituradora, de una fábrica de hacer ladrillo y un lote de terreno situado en el sector sur de la ciudad, así como un recibo por $ 1.200.00 y un talonario de cheques.

En relación con este punto afirma el actor que, nada tienen qué ver las letras por cuarenta, y tres mil pesos, que Bernal ha intentado hacer efectivas ejecutivamente, con las letras por mil pesos que suscribieron Prieto y Quijano a favor del acusado, para garantizar el resto del precio de la venta que Bernal hizo a aquéllos de una trituradora, pues las letras por mil pesos a que hace relación el documento de compraventa de esta maquinaria (Fl. 253. C. 1), figuran con una fecha de vencimiento diferente a la letra de cuarenta mil pesos que ha sido tachada de falsa, pero no en cuanto a su fecha de vencimiento.

Igualmente, hace ver el actor que la letra tachada de falsa, tampoco tiene relación alguna con la venta hecha por el procesado de un lote de terreno de su propiedad a Prieto y Quijano, que consta en la escritura Nº 3781 del 5 de noviembre de 1952, otorgada ante la Notaría 8ª de Bogotá (Cuad. 1º Fl. 67 y ss.).

También el actor hace referencia al talonario de cheques, que obra al Fl. 167 del Cuad. 2º, haciendo notar que ninguno de estos cheques por mil pesos girados a favor de Carlos J. Bernal, coinciden en la fecha de su expedición con la de la letra por cuarenta mil pesos, cuyo vencimiento es del 15 de junio de 1952.

Así mismo hace alusión el demandante, a un recibo por la suma de mil doscientos pesos, en el que consta que el sindicado recibió del señor Tomás D. Prieto la expresada cantidad, para abonar "por cuenta de las letras giradas a su favor y por mayor suma", recibo que obra al Fl. 170 del cuaderno 1º. En relación con este recibo, observa que no contiene la partida de $ 1.000.00 sino la de $ 1.200.00.

En este punto el demandante alude a los testimonios rendidos por Marco Emilio Fonseca Infante (Fl. 17 C. 1º), Carlos Julio Niño (Fl. 19 y Vto. C. 1º), Fernando Mayorga Díaz (Fl. 21, C. 1º) y Pablo A. Quijano, citados en la sentencia acusada, con el fin de establecer un indicio más en contra del acusado. En relación con estos testimonios el demandante argumenta que ninguno de tales testigos "dice haber visto la letra por mil pesos y por tres mil pesos"; que todos declaran de referencia, sucediendo, además, como se comenta en el salvamento de voto, que "Fonseca dice no recordar la cantidad precisa de las letras, Niño no dice la cantidad de las letras que le pidieron reclamar a Bernal y que éste le habló de la existencia de dos letras a su favor, una de cuarenta y otra de tres mil pesos; y Mayorga Díaz dice que el señor Prieto *le había contado* que Bernal le tenía dos letras canceladas, una de tres mil y otra de mil pesos".

A este respecto, el demandante expresa lo siguiente:

"Es absolutamente inexplicable, además, que el testigo Pablo A. Quijano diga que las cinco letras que se extendieron por el negocio de los chircales y el pedazo de tierra, Bernal hubiera devuelto *tres* y se hubiera quedado con *dos*.

"¿Cuál la razón —pregunta el Juzgado en su sentencia absolutoria— para que tuviera en su poder las otras dos letras que, según los denunciantes, también le habían sido canceladas?"

"*Pero es el propio José Alejandro Quijano* quien echa por tierra la supuesta existencia de la tal letra de los mil pesos. En efecto, Bernal Contreras niega enfáticamente haber recibido nunca una letra por valor de mil pesos a los señores Prieto y Quijano y en la diligencia de careo entre Bernal y Quijano, ante las preguntas que le hiciera Bernal sobre el origen de la letra de mil pesos, Quijano no pudo dar explicación alguna y tuvo que decir: *"En la actualidad no puedo recordar en el instante ni puedo darle a ciencia cierta el informe de dónde vino la letra de mil pesos, por ese motivo no puedo darle una contestación a la pregunta del señor Bernal.* Preguntado el señor Quijano por el señor Bernal: *¿Puede decirme, señor Quijano, aun cuando usted acaba de afirmar que no sabe la procedencia de la tal letra de mil pesos, puede decirme quién la escribió y en dónde está?* Contestó: *No puedo contestarle a esa pregunta, no recuerdo".* (F. 114 V. del C. 1º).

"Pero es que desde la ratificación del denuncio le pregunta el Juez al señor Quijano *"¿Por concepto de qué suscribió usted a favor de Carlos J. Bernal las letras por mil y tres mil pesos, de que habla en la denuncia?* Contestó: *"En la actualidad no recuerdo bien. Era por varias cuentas que teníamos".* (F. 10 del C. 1º).

"Sin comentarios es forzoso dejar la respuesta del señor Quijano, que habla por sí sola en contra de la existencia de la letra de los mil pesos que hubo de servir para la falsificación. Pero es que la letra no aparece del talonario de cheques, ni de la escritura, ni del recibo, ni de las declaraciones de los llamados testigos (que no fueron testigos de nada), ni siquiera de la del pariente Quijano, ni de la del propio José Alejandro.

"Y es la misma denunciante Virginia V. de Prieto que en careo con Bernal no explica la existencia de la letra: "Mi marido me dijo, *porque siempre me contaba todo lo que hacía*, que le había dado *una letra de cambio de mil o por mil pesos al señor Bernal y otra por tres mil pesos"*, expone (Fl. 82 del C. 5º). Y al preguntarle Bernal "¿Qué origen tenía la letra que ella, es decir, la de mil pesos y qué fecha o vencimiento, si es que ella sabía, como dice, todos los negocios de su marido? Contestó. Por lo que mi marido me decía yo tenía conocimiento de que tenía negocios con esta señora era de carbón, y supongo que de eso, porque no tenía otros negocios con él. *De la fecha y vencimiento yo no tuve conocimiento porque mi marido fue quien firmó esas letras, o sea, la de mil pesos y la de tres mil"* (F. 64 del C. 5º).

"Con razón le pregunta Bernal a Quijano en el careo: "El señor Quijano no ha podido contestar ni explicar de una manera clara la existencia ni procedencia de la letra de mil pesos, pregunto, ¿por qué, señor Quijano, si *no ha existido esa letra, si no sabe usted de dónde procede, por qué se ha atrevido a ponerme una denuncia criminal sin tener fundamento en letra que hubiera existido?"* (F. 116 del C. 1º). La respuesta tenía que ser clara, precisa, terminante y hubiera dejado mal parado al señor Bernal. Pero, todo lo contrario, fue totalmente negativa: *"No le puedo explicar en el momento de dónde es la procedencia de esa letra que ya he dicho que es de varios negocios".* (Ibidem. Lo mismo dijo Quijano desde la ratificación de su denuncio, como ya se vio.

"Esto no es un indicio negativo, de no existir simplemente la letra de mil pesos. Es que si se afirma que esa letra existió por ese valor como proveniente de anteriores negocios y que precisamente por tenerla Bernal sirvió para la adulteración o falsificación, era forzoso comprobar la existencia del tan trajinado instrumento negociable, porque no se puede adulterar lo que no existe".

Se observa:

Con respecto a la objeción hecha en este punto, se anota que, si bien es cierto que los documentos que obran en autos y a los cuales se refiere el actor, y que prueban algunas negociaciones entre el sindicado Carlos J. Bernal y los señores Prieto y Quijano, no hacen referencia a una letra por mil pesos, que coincida en la fecha de su vencimiento con la letra por cuarenta mil pesos, que se dice tuvo su origen en una por aquella cantidad; de esto no se puede deducir, con seguridad, que la letra por mil pesos no hubiera realmente existido en poder del acusado, por cuanto entre éste y los Prieto y Quijano, no solamente se celebraron los negocios contenidos en los documentos que obran en el proceso, sino otros negocios menores como los de carbón y ladrillo de que habla el testigo Marco Emilio Fonseca (C. 1º Fl. 17) y a que se refiere la denunciante Virginia V. de Prieto cuando se le preguntó sobre el origen de la letra por mil pesos.

Se trata aquí, por el actor, de establecer una prueba negativa, muy difícil, y por lo tanto, poco convincente.

Además, debe tenerse presente, que el Tribunal acoge los testimonios de Marco Emilio Fonseca Infante, Carlos Julio Niño, Fernando Mayorga Díaz, por considerarlos dignos de credibilidad, con los que se demuestra que el sindicado retuvo dos letras que el señor Tomás D. Prieto le había cancelado y cuya devolución le había reclamado en repetidas ocasiones, sin resultado alguno.

Para el actor, estos testimonios no tienen valor ninguno porque dizque se trata de testigos de referencia, argumento demasiado simplista, que no sirve para desecharlos, por cuanto se refieren a las manifestaciones hechas en vida por el señor Tomás Prieto, en reiteradas oportunidades, y que los testigos escucharon de sus labios. De acuerdo con el criterio del señor demandante, no se podría probar el dicho de una persona por medio de declaración de testigos, y así nunca habría medio de establecer, por ejemplo, el delito de injuria o calumnia verbal, que se expresa por medio de palabras que pueden ser escuchadas por terceras personas, a cuyo testimonio habría que acudir necesariamente. Las palabras pronunciadas por una persona y las manifestaciones verbales que haga de un sentimiento, idea o concepto, también son hechos que pueden tener alcance o significación jurídica y cuya prueba puede establecerse por medio de testimonios.

Además, los testimonios a que se refiere el actor y que no le merecen ningún mérito probatorio, adoptando con ello un criterio de apreciación distinto al del Tribunal, no solamente se refieren a las expresiones que oyeron de labios de Tomás Prieto, en el sentido de que el acusado Bernal retenía y no quiso devolver unas letras por valor de mil y tres mil pesos, que le habían sido canceladas, sino que algunos de ellos relatan las entrevistas efectuadas personalmente con el sindicado para lograr, sin éxito, la restitución de dichos documentos al señor Prieto.

Por otra parte, resulta que, si por medio de otras pruebas se establece que la letra por cuarenta mil pesos, originariamente fue expedida por la cantidad de mil pesos, sirviendo para efectuar la adulteración, es indudable que en poder y a favor del sindicado, sí existió una letra por este valor, firmada por el denunciante Quijano y por el señor Prieto, que viene a confirmar los dichos de los testigos a que el actor se refiere en este punto y a los que les pretende desconocer todo mérito probatorio, adoptando a este respecto y pretendiendo hacer prevalecer una estimación probatoria distinta a la adoptada por el Tribunal en la sentencia acusada y en relación a dichos testigos.

Además, el recibo por valor de mil doscientos pesos, firmado por el sindicado y reconocido por éste, el 27 de junio de 1952, si bien no hace relación a una letra de cambio determinada, indica que en esa fecha sí existían en poder de Carlos J. Bernal otras letras giradas a su favor por Tomás Prieto, a quien le fue expedido el recibo, pues en éste de modo expreso se hace constar que la suma por mil doscientos pesos es "para abonar por cuenta de las letras giradas a mi favor por mayor suma".

También conviene observar en relación con esta cuestión que, tampoco de los documentos que figuran en el proceso y a que el actor se refiere, aparece el origen de la letra por tres mil pesos, que indudablemente existía en poder del acusado, ya que éste la presentó, junto con la de cuarenta mil pesos, como recaudo ejecutivo contra Alejandro Quijano y los herederos de Tomás Prieto, sin que el contenido de aquella letra haya sido tachado de falso por éstos, quienes solamente aseguran que había sido también cancelada en vida de Tomás Prieto, pero que el acusado no la había querido devolver, reteniéndola en su poder, como retuvo la letra por valor de mil pesos que sirvió de medio, según los denunciantes, para realizar la falsedad de ella transformándola en cuarenta mil pesos.

6º. El último hecho, que según el demandante no fue tenido en cuenta por el Tribunal, se refiere a los dictámenes periciales rendidos por el Laboratorio Forense de Medicina Legal (Fls. 19 y 20 C. 4º) y por el perito de Identificación Dactiloscópica y Técnica Policial, doctor Alberto Fernández Méndez (Fls. 47 a 51 C. 5º).

Aquí el actor contrapone los términos del dictamen del Instituto de Medicina Legal con el rendido primeramente por los peritos Aguilera y Sáenz, para tratar de establecer que dichos dictámenes llegan a conclusiones opuestas en cuanto a que la palabra "cuarenta" se superpone a la palabra "mil" escrita en la letra en el renglón correspondiente a las cifras, y para llegar a la conclusión siguiente:

"Si no se encontró diferencia en la clase ni en el color de la tinta con que está escrita la palabra *cuarenta* y la tinta con que se escribió el resto del renglón, y si es imposible determinar tiempos diferentes para la escritura de la palabra *cuarenta* y la palabra *mil*, es porque la letra se escribió en un solo tiempo, y es, por lo tanto, auténtica".

En relación con este hecho, el actor, después de hacer algunos comentarios sobre la validez procesal que pueda tener el concepto emitido extrajudicialmente por el perito grafólogo titulado, Alberto Fernández, copia este concepto el cual llega a las siguientes conclusiones:

"1º. Que la cúspide de la "A" final de la palabra *"cuarenta" no se superpone al rasgo inicial de "M" de "MIL"*, sino que hace contacto *por razón de abombamiento* artificial en el entintado del trazo inicial de la "M" *que circundó o rodeó la cúspide de la "A", lo cual observé claramente con utilización del microscopio, sin que haya localizado ningún elemento científico que permita afirmar lo contrario.*

"2º. *Que la letra de cambio fue girada originalmente por la suma de* "cuarenta mil pesos moneda corriente", *por el mismo actor y en un mismo acto gráfico.*

"3º. *Que la palabra* "cuarenta" *fue escrita antes de la palabra* "mil" *y, por tanto, no fue adicionada a esta última.*

"4º. Que la palabra *"cuarenta"* no presenta signo gráfico alguno que signifique deformidad o cambio voluntario en la acción motora común al escribiente, hallándose ubicada en forma normal, sin que la anchura, proporción de sus elementos, presión y nivelación, indiquen *haberse trazado dentro de un campo destinado a una palabra con menor número de letras.*

"5º. Que la "A" de *"cuarenta"* fue elaborada inicialmente como una especie de "U" y luego cerrada en su parte superior, debido a la particularidad gráfica del actor de trazar con frecuencia ciertas letras de cúspide curva en dos tiempos".

Debe observarse con relación a esta objeción, que el Tribunal sí tuvo en cuenta el dictamen emitido por el perito Alberto Fernández Méndez, aunque él no podía ser estimado en este proceso, por cuanto se trata de un concepto dado extrajudicialmente a la defensa, que legalmente no puede tener valor para desvirtuar el concepto de los otros peritos oficiales que fueron rendidos por orden del Juzgado y por designación que éste les hizo, de acuerdo con lo que establece el C. de P.P.

También fue tenido en cuenta en la sentencia acusada el concepto rendido por el perito Grafólogo Oficial Alberto Posada Angel, y con respecto a este peritazgo y al rendido por el Grafólogo Fernández Méndez, se expresa en la sentencia lo siguiente:

"No tienen el mismo vigor objetivo los razonamientos en que se apoya el concepto emitido por Alberto Fernández Méndez, solicitado por la defensa, para concluir que la letra de cambio fue girada originalmente por la suma de *"cuarenta mil pesos"*, porque la cúspide de la "a" final de la palabra "cuarenta" no se superpone al rasgo inicial de la "m" de la palabra "mil", sino que hace contacto por razón del abombamiento artificial en el entintado del trazo inicial de la "m" que circundó o rodeó la cúspide de la "a", observación que no corresponde a la realidad material, como así lo demuestra el concepto del experto Alberto Posada Angel.

"....

"Por lo expuesto, no es posible admitir como expresión de la verdad técnica la opinión emitida por el señor Alberto Fernández Méndez, como tampoco aceptar sus conclusiones, mucho más si se tiene en cuenta que carece de valor de una peritación, por no reunir ni en el fondo ni en la forma las condiciones consagradas por la ley y haber sido incorporada a los autos de manera irregular.

"Y respecto al concepto rendido por el doctor Alberto Posada Angel, en el que sostiene que la forma de la palabra "cuarenta" no resulta homogénea "dentro del contexto de la cifra en letras, más que todo, por no ser unitaria en intensidad y apoyo de la pluma", menos fuerte con la palabra "cuarenta" que con el integrante "mil pesos moneda corriente", debe aceptarse por cuanto en sus fundamentos coincide exactamente con el dictamen pericial practicado por la Sección Técnica del extinguido Servicio de Inteligencia Colombiano, complementándose reciprocamente, no ocurriendo lo mismo con la segunda parte del mismo concepto, que en modo alguno ofrece valor probatorio, en razón a la manifestación que él mismo consigna en su texto cuando dice que se "abstiene de admitir o eliminar la probabilidad de que la cantidad en números hubiera sido puesta en un segundo momento gráfico, ni con ocasión de la mal llamada modificación aditiva de la palabra "cuarenta", porque cualquier experimento para prueba de una u otra hipótesis daría al traste, ante todo, por cumplirse ya en una época en que las tintas han alcanzado su máximo de oxidación".

Anteriormente se transcribió el dictamen del Instituto de Medicina Legal, dado por los peritos Octavio Luque y José María Garavito, así como el rendido por el Grafólogo Oficial Alberto Posada Angel. Estos peritazgos fueron solicitados con ocasión de la objeción, por error grave, propuesta contra el dictamen pericial dado por los peritos Miguel Aguilera y Carlos Sáenz (Cuad. 1º Fl. 50), objeción que fue rechazada, precisamente por cuanto el concepto de aquellos peritos no desvirtuó las conclusiones de los rendidos por éstos, sino que vino a confirmarlo en lo que se refiere al punto de vista estrictamente técnico.

Es cierto que el concepto del Grafólogo titulado Alberto Fernández Méndez, llega a conclusiones diferentes de las de los otros cinco peritos oficiales que intervinieron en este proceso, pero aquel concepto, como se dijo, no tiene valor probatorio que pueda dar lugar a que se estime legalmente, por cuanto se trata de un concepto extrajudicial rendido al abogado defensor y agregado al proceso, sin que siquiera se hubiera corrido traslado de él, no pudiendo dársele un mérito probatorio de que carece para desvirtuar la eficacia de los otros dictámenes oficiales.

Estos peritos oficiales, como resultado del examen de la letra por cuarenta mil pesos, hecho con el auxilio de instrumentos de laboratorio, llegan unánimemente a conclusiones muy importantes, en orden a establecer la adulteración de este documento y son: a) que la "a" final de la palabra "cuarenta" se superpone, y por lo tanto, fue escrita con posterioridad a la letra "mil" escrita en el renglón de la cantidad en letras; b) que la palabra "cuarenta" no resulta homogénea dentro del contexto de la cifra en letras.

Estas conclusiones, más que resultado de un examen exclusivamente grafológico, tienen un valor de demostración experimental que se pueden verificar en cualquier momento, con la ayuda de instrumentos de aumento, como una lupa, especialmente observando la ampliación fotográfica que obra a Fl. 3º del cuaderno 3, la que aún a simple vista, revela la superposición de la última "a" de la palabra "cuarenta" sobre la letra "m" de la palabra "mil".

El carácter técnico y objetivo de los exámenes realizados por los peritos oficiales, le da una excepcional fuerza probatoria de valor demostrativo, superior a otra prueba testimonial o indiciaria, o a cualquier razonamiento con el cual se pretenda desvirtuarlo.

El demandante termina el primera capítulo relativo a la causal 2ª de casación, en el que se hace la crítica probatoria que se ha estudiado, formulando las consideraciones siguientes:

"Ahora bien, si aquí se ha presentado el contrato de promesa de permuta, en el cual intervino el acusado como comisionista en un negocio de cerca de un millón de pesos; si hay prueba fehaciente de testigos (artículo 224 del C. de P.P.) que demuestran que se celebró un contrato de comisión del 5% sobre la cuantía de la permuta en $ 800.000.00, lo que da el valor de $ 40.000.00 de la letra tachada de adulteración; si el documento mismo de la letra, en sus peculiares circunstancias de contenido gráfico y de lugar, tiempo, modo y personas, hace patente la deuda por la suma dicha, según el análisis que se deja hecho; si desde en vida del señor Prieto y luego durante bastante tiempo estuvieron los denunciantes buscando una transacción con el denunciado Carlos J. Bernal; si no aparece por parte alguna el origen o la existencia de la letra de mil pesos que se dice fue adulterada y la de tres mil pesos que la acompañó; y si, por último, dos conceptos periciales afirman la autenticidad de la trajinada letra de cambio por $ 40.000.00 que ha servido de fundamento a este juicio penal, síguese con evidencia patente, esplendorosa, que el citado documento es auténtico y que el señor Carlos J. Bernal Contreras no es responsable del cargo de falsedad que se le ha hecho en el auto de proceder.

"Pido, en consecuencia, nuevamente, que se invalide la sentencia recurrida de que he venido hablando, para que en su lugar se absuelva al acusado Bernal Contreras de toda responsabilidad en los hechos delictuosos imputados (artículo 570, ordinal a) del C. de P.P.)".

Capítulo segundo

En el segundo capítulo de la demanda, que contiene la acusación del fallo con fundamento en la causal segunda, el actor se refiere de modo especial a las pruebas allegadas al proceso por la parte civil, que en su concepto, constituyeron el único fundamento de dicho fallo.

Estas pruebas son tres, a saber: 1ª) El dictamen pericial del Servicio de Inteligencia Colombiano; 2ª) Las declaraciones de algunos deponentes que afirman que Tomás D. Prieto "estuvo en vida reclamándole a Carlos J. Bernal Contreras dos letras de cambio por $ 3.000.00 y por $ 1.000.00, la segunda de las cuales sirvió para la falsificación; 3ª) Una serie de indicios en número de nueve que corroboran la tesis de la adulteración de la letra por $ 1.000.00 anteponiendo a la palabra "mil" la palabra "cuarenta" para que apareciera por $ 40.000.00".

El dictamen pericial a que se refiere el actor, es el que aparece al Fl. 50 del cuaderno 1º, que se transcribió anteriormente, rendido por los peritos oficiales del Servicio de Inteligencia Colombiano, señores Miguel Aguilera y Luis Carlos Sáenz.

El recurrente critica el hecho de que, por parte del Juzgado que ordenó el peritazgo, no se hubieran formulado los cuestionarios que debieron ser absueltos por los peritos, según lo dispuesto en el artículo 263 del C. de P.P.

La demanda, después de transcribir este concepto pericial, y anotar que los magistrados que condenaron, no presentan razón distinta para fundamentar su fallo que dicho dictamen, que el actor considera que no vale nada, puesto

que su contenido se reduce a afirmar que el trazado de la última letra de "cuarenta" se superpone a la primera de "mil", procede a hacer la crítica de él en los términos siguientes:

"En el dictamen que se analiza se asientan tres premisas, a saber:

"La primera, que se dejó un campo libre en la zona de seguridad del instrumento, o sea, donde se escribe la cifra o cantidad en letras, *"que había sido calculada como para palabra de tres o cuatro letras, y no de ocho, como la que se trazó con posterioridad".*

"La segunda, que es probable o que "no sería raro" que hubieran dejado en blanco la pequeña zona de seguridad" en el ángulo superior derecho para escribir la cantidad en número de $ 40.000.00.

"Y la tercera, que en esta cifra en números, de $ 40.000.00, escrita en el ángulo superior derecho "no hay allí signo o vestigio alguno que permita establecer alteración alguna".

"A ello se observa, en primer lugar, que es absurdo suponer, que no uno sino dos comerciantes, dueños de cuantiosos bienes de fortuna, hubieran firmado un instrumento negociable en que la cifra en letras se hubiera comenzado a escribir en la mitad de la zona a ello destinada, dejando campo para que se pudiera escribir otra palabra indicadora de una cifra.

"Es infantil suponer, en segundo lugar, que *se calculó el espacio "como para palabra de tres o cuatro letras, y no de ocho",* pues en lugar de haber escrito "cuarenta mil pesos moneda corriente", hubiera escrito "cien mil pesos moneda corriente", pues la palabra "cien" no tiene sino cuatro letras o sesenta o setenta, que no tienen sino siete. El imaginario pícaro aquí acusado resulta así un pícaro mentecato, según el dictamen pericial.

"En tercer lugar, si la cifra en números de $ 40.000.00 no sufrió "alteración alguna", si esa cantidad es la verdadera, la cantidad en letras escrita en el centro del documento tampoco pudo sufrir alteración alguna y es también la verdadera, porque es el mismo número, porque contiene o expresa la misma cantidad. Sería un absurdo suponer que en un instrumento negociable figure una suma en un lugar y otra suma en otro lugar, si se refieren precisamente a la misma cifra o guarismo, porque una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo.

"Y en cuarto lugar, existe una prueba de valor absoluto, definitivo, irrefragable, de que el documento *no se firmó en blanco,* de que no se dejaron espacios o zonas sin escribir: *La de que todas las pruebas de los denunciantes se refieren a una letra de mil pesos, no sólo firmada, aceptada, sino también pagada,* y, por consiguiente, extendida o escrita en su totalidad, junto con otra letra de tres mil pesos".

A continuación el actor copia los apartes 1º, 2º y 3º de la denuncia criminal presentada por José Alejandro Quijano y Virginia Quijano V. de Prieto, en que el denunciante Quijano expresa que suscribió en asocio de Tomás Prieto, dos letras de cambio por valor de $ 1.000.00 y $ 3.000.00, respectivamente, con vencimiento para el mes de junio de 1952 a favor de Carlos J. Bernal; que Tomás Prieto pagó el valor correspondiente a estas letras, al vencimiento de ellas;

que este mismo señor, una vez pagadas las letras referidas, reclamó inútilmente del acusado Bernal, la entrega de estos documentos. Asimismo recuerda que en el texto de la denuncia se lee lo siguiente: "El citado Carlos J. Bernal las únicas letras de que era tenedor eran dos: una por mil pesos y otra por tres mil pesos, las cuales había pagado don Tomás Prieto y que Bernal venía eludiendo la entrega con diversos pretextos". En seguida se refiere el demandante a la ratificación de la mencionada denuncia, a los careos habidos entre Quijano y Bernal, a lo expuesto por la señora Virginia Quijano V. de Prieto, y a lo dicho por los testigos Marco Emilio Fonseca, Carlos Julio Niño, Fernando Mayorga y Pablo A. Quijano, con los cuales se establece que Bernal indebidamente conservaba en su poder unas letras que habían sido canceladas por el señor Prieto.

Después de transcribir lo que considera pertinente de los testimonios de Marco Emilio Fonseca Infante, Carlos Julio Niño, Fernando Mayorga Díaz y Pablo A. Quijano, en cuanto éstos afirman que oyeron del señor Prieto que Bernal Contreras conservaba en su poder unas letras ya pagadas por aquél, observa el recurrente que estos testimonios son de simple "referencia", pero que no indica que sea cierto el hecho a que las mismas palabras aluden.

En relación con lo dicho por estos testigos, el actor arguye lo siguiente:

"Estas declaraciones valen tanto como la afirmación de Tomás D. Prieto y no son atendibles en contra de Bernal. Pero si demuestran que Prieto tenía la idea de haber cancelado una letra por mil pesos que, según los denunciantes de ahora, fue la falsificada. Estaba pagada ya. Es más, dizque estaba en un banco garantizando una deuda.

"¿Cómo es posible que la letra por cuarenta mil pesos que figura en el expediente hubiera sido la misma letra de mil pesos, que retenía Bernal y que hubo de ser falsificada? Porque esa de mil pesos y no ninguna otra fue la que sirvió para la falsificación, según las pruebas mismas de los propios denunciantes.

"Si fue esa letra de mil pesos, y no pudo ser otra, la que sirvió para la adulteración, tenía en su parte superior escrito en números el guarismo de $ 1.000.00, que tuvo que ser borrado para escribir $ 40.000.00 y "no hay allí signo o vestigio alguno que permita establecer alteración alguna", dice el concepto de los peritos.

"Si fue esa letra de mil pesos y no pudo ser otra, la que sirvió para la adulteración, tenía en el cuerpo del documento escrita la expresión "mil pesos moneda corriente", y no se concibe que se hubiera dejado un espacio a la izquierda en donde podía escribirse otra cifra fácilmente, que hubiera podido ser la de "cien" por ejemplo, para que quedaran "cien mil pesos moneda corriente".

"Si fue esa letra de mil pesos, y no pudo ser otra, la que sirvió para la adulteración, tenía las firmas de Tomás D. Prieto y de José Alejandro Quijano, que no han sido discutidas en el instrumento, y entonces no es la misma letra que aparece en el proceso como cuerpo del delito".

En seguida, y con motivo de la crítica que hace de la prueba testimonial aportada por el apoderado de la parte civil, el actor se refiere, en forma hábil para los fines defensivos, a las declaraciones de Miguel Preciado Maldonado y María Olimpia Bernal, pues aquél sostiene, al declarar y al ser carcado con

José Alejandro Quijano "que supo de una comisión que debían pagar los señores Prieto y Quijano a Carlos Bernal, por una negociación de unas tierras por allá en Santa Marta".

Así mismo, pone de presente el actor, que la parte civil estuvo desacertada al "pretender allegar como prueba de cargo el dicho de María Olimpia de Bernal, pues lo cierto es que dicha mujer se retractó finalmente de las graves imputaciones que en un principio le hizo al sindicado Guillermo Bernal, imputaciones que a su vez perjudicaban la causa de Carlos J. Bernal".

Se contesta

En relación con las críticas que el actor hace con respecto al dictamen rendido por los peritos oficiales señores Miguel Aguilera y Luis Carlos Sáenz, que fue acogido en la sentencia acusada como una de las pruebas de responsabilidad del acusado Carlos J. Bernal, y a que anteriormente en su demanda el actor se refiere para criticarlos también, se observa que esta Sala ya ha tenido oportunidad, con ocasión de las anteriores objeciones, de estudiar el valor probatorio de dicho dictamen, llegando a la conclusión de que él, por su naturaleza objetiva y técnica, y por haber sido confirmado en su aspecto fundamental por los otros peritos grafólogos, que han intervenido en este proceso y que examinaron con elementos adecuados la letra por cuarenta mil pesos, conserva el valor de un indicio grave de responsabilidad contra el acusado, que no es posible desconocerle con las argumentaciones más o menos hábiles expuestas por el actor con el objeto de desvirtuarlo o restarle la importancia probatoria que tiene.

En efecto, todos los peritos oficiales que han examinado el documento, cuya imputación de falsedad ha dado origen a este proceso, unánimemente han llegado, como resultado de sus experimentos técnicos, a la conclusión de que la "a" final de la palabra "cuarenta", se superpone o monta sobre el rasgo inicial de la letra "m" de la palabra "mil". De esto, forzosamente se concluye que aquella palabra fue escrita con posterioridad a la palabra "mil", con lo cual, así mismo se demuestra que la letra en cuestión no fue originariamente escrita por la cifra que actualmente aparece, o sea por cuarenta mil pesos, sino por la cantidad de mil pesos, de donde necesariamente también se deduce que se dejó un espacio en blanco a la izquierda del renglón en que se escribió la cantidad en letras, espacio en el que posteriormente se escribió la palabra "cuarenta".

El actor considera como un verdadero absurdo que los señores Prieto y Quijano, personas de experiencia y dueños de cuantiosos bienes de fortuna, hubieran firmado un instrumento negociable en que la cifra en letras, "se hubiera comenzado a escribir en la mitad de la zona a ello destinada".

En relación con las críticas al dictamen pericial se observa, con sólo mirar la letra a que se viene haciendo referencia, que no es exacto que la palabra "mil" se hubiera empezado a escribir en la mitad del renglón destinado para poner la cantidad en letras, pues el espacio dejado antes de esta palabra, únicamente viene a ocupar aproximadamente una sexta parte del renglón correspondiente.

Tampoco es "absurdo" suponer, como lo califica el actor, que los firmantes de la letra hubieran dejado espacios en blanco, pues la experiencia enseña

que, aunque ordinariamente en un instrumento negociable se escribe la cantidad en letras y en cifras, sin dejar espacios en blanco que puedan facilitar la adulteración del documento, a veces ocurre, que por la confianza que se tiene en el beneficiario, por parte de quienes firman el instrumento, o por descuido, se dejan espacios en blanco. Esta es una posibilidad que la defensa en alguno de sus alegatos presentados en la primera instancia admite, aunque trata de dar una explicación poco satisfactoria, acudiendo a la disposición de la ley de instrumentos negociables, que prevé el caso de que se dejan espacios en blanco (C. 1º. Fl. 162 y ss.). El señor Magistrado que salvó su voto en la sentencia acusada, también admite como hipótesis posible, el que se hubiera dejado en blanco el espacio en que aparece la palabra "cuarenta", cuando expresa en su salvamento de voto lo siguiente:

"Me parece extremista esa conclusión puesto que cabe una hipótesis más probable cual es la de que los otorgantes del instrumento lo firmaron "en blanco" al dejar en la zona de seguridad un claro o espacio considerable que permitía la inclusión de otra palabra que, en el caso de autos, fue la palabra "cuarenta".

El hecho de que los peritos grafólogos, por los medios del laboratorio que emplearon en el examen, no hubieran podido observar alteración alguna en la cifra en números de cuarenta mil pesos, no entraña contradicción con respecto a lo que ellos observaron con relación a la palabra "cuarenta", pues se limitan a hacer constar lo que pudieron apreciar de sus observaciones, dejando al fallador el interpretar los resultados o las conclusiones del dictamen. Ya se vio que el hecho de que no hubieran podido, los peritos, observar alteración alguna con relación a la cifra cuarenta mil escrita en números, y sí con relación a la palabra cuarenta de la cifra en letras, puede originar, las hipótesis que se analizaron anteriormente, ninguna de las cuales excluye la existencia de una falsedad, ni, por lo tanto, la responsabilidad penal del acusado Bernal Contreras.

En cuanto al argumento con que el actor critica el dictamen pericial, cuando expresa que se calculó el espacio "como para palabra de tres y cuatro letras y no de ocho", arguyendo que es "infantil" suponer que el supuesto falsario no hubiera utilizado dicho espacio para escribir la palabra "cien", que no tiene sino cuatro letras,, o sesenta o setenta que no tienen sino siete, en vez de la palabra "cuarenta" que tiene ocho letras, cabe observar que es un tanto especioso, por cuanto si el señor Bernal Contreras hubiera escrito estas palabras más cortas, pero de mayor valor, antes de la palabra "mil", no habría podido dar ninguna explicación verosímil sobre el origen de la letra, como la que ha dado, manifestando que dicha letra correspondé a una comisión del 5% que le reconocieron, por su intervención como intermediario en el negocio de permuta que valió ochocientos mil pesos. Es de suponerse que el acusado, para realizar la falsificación por cuarenta mil pesos, hubiera meditado mucho sobre la necesidad de justificar de alguna manera el origen de una letra falsificada, que al no ser aceptada como auténtica por los firmantes de ella, como tenía que suponerlo, iba a dar origen a un juicio civil y seguramente a un proceso penal, como el que realmente originó, para el cual debía prepararse, presentando, como lo hizo, una explicación que no fuera rechazada por lo inverosímil y que tuviera algún respaldo en antecedentes de los negocios celebrados anteriormente por el sindicado con el girador y aceptante de la letra.

Es cierto que el dictamen pericial, de acuerdo con el artículo 268 del C. de P.P., no es por sí plena prueba, y que "él debe ser apreciado por el Juez

o el funcionario de instrucción, quienes para acogerlo o desecharlo, ya en todo, ya en parte, deben expresar clara y precisamente las razones en que se funda".

En el presente caso el Tribunal acogió, después de expresar las razones que tuvo para ello, el dictamen que tanto critica el demandante y al que se le ha pretendido restarle todo valor probatorio por parte de la defensa, llegando, sin resultado, a objetarlo de error grave. Pero ni en las instancias ni en casación se ha podido demostrar que los peritos que lo rindieron, realmente hubieran incurrido en error, ni tampoco la sentencia que lo acogió, conservando, por lo tanto, el valor probatorio de un indicio grave contra el acusado.

El sistema legal de apreciación del dictamen pericial es de la libre convicción, y cuando el sentenciador lo acoge, con razones para ello, no se puede desechar en casación, a no ser que se demuestre, en forma clara, que las conclusiones a que llegó el ad-quem, son completamente infundadas y absurdas, lo cual no ocurre en el presente caso, en que el Tribunal de Bogotá hace un estudio comparativo del primer dictamen pericial dado por la Sección Técnica Científica del Servicio de Inteligencia Colombiano, con los otros dictámenes rendidos por los peritos Alberto Fernández Méndez y Alberto Posada Angel, para llegar a la conclusión, de que aquel dictamen merece plena credibilidad "porque los fundamentos en que se sustentan sus conclusiones son tan objetivamente incontrovertibles, reales, exactos y precisos, que la ilación lógica que existe entre esos fundamentos y las conclusiones no ofrecen objeción de ninguna índole".

En cuanto a los testimonios de Marco Emilio Fonseca Infante, Carlos Julio Niño, Fernando Mayorga Díaz y Pablo A. Quijano, recibidos a solicitud de la parte civil, y con los que se estableció que Bernal Contreras conservaba o retuvo en su poder dos letras por las cantidades de $ 1.000.00 y $ 3.000.00 a cargo del señor José Alejandro Quijano y Tomás Prieto, que éste había cancelado y cuya devolución había reclamado inútilmente, también esta Sala ha tenido ocasión de analizar las críticas que el actor hace a dichos testimonios, llegando a la conclusión de que no es posible en casación, desconocer la apreciación que el Tribunal hace de la mayoría de estos declarantes.

Si se exceptúa el testimonio del señor Pablo A. Quijano, que resulta bastante sospechoso, no solamente por el vínculo de parentesco que lo liga con los denunciantes, sino por el interés que ha demostrado en este proceso al buscar y citar declaraciones como la de la señora María Olimpia Puerto de Bernal, quien se retractó de las acusaciones que en un principio hizo contra su esposo el sindicado Guillermo Bernal, los dichos de los otros declarantes deben aceptarse por la estimación que de ellos hizo el Tribunal, pues no existe razón valedera que demuestre que al acogerlos, el *ad-quem* incurrió en un error grave, que obligue a desecharlos.

Para el Tribunal, merece especial credibilidad, por sus condiciones personales, o sea su honorabilidad, pulcritud y alto concepto de la moral profesional, el testimonio del señor Marco Emilio Fonseca Infante, concuñado del acusado Carlos J. Bernal, quien en su declaración visible al Fl. 17 confirma los hechos esenciales a que se refiere el denunciante José Alejandro Quijano, así:

"Respecto de esas letras me consta lo siguiente: Hace poco más o menos un año don José Alejandro Quijano y don Tomás David Prieto me refirieron que don Carlos Bernal les tenía unas letras que le habían pagado y que no había

sido posible que se las devolviera. Eso un día que concurrieron a mi casa de habitación a que les hiciera un trabajo relacionado con una compañía que tenía con un señor Pedro Calasanz Calderón. Aclaro: Que no es un año sino año y medio más o menos que sucedio la conversación con Quijano y con el señor Prieto. Luego el dos de julio de mil novecientos cincuenta y tres, volvió a mi casa don Tomás David Prieto a pedirme el favor de que le formulara una cuenta y le escribiera una carta, la cuenta relacionada con dos Carlos J. Bernal y la carta para don César Mendoza Morales, con residencia en Ibagué y volvió a decirme que le había sido imposible que don Carlos Bernal le devolviera las letras antes citadas. La cuenta se refería a ciento treinta y ocho mil ladrillos que le habían sido entregados al doctor César Mendoza Morales, por orden escrita de don Carlos J. Bernal, a razón de cincuenta y cinco pesos el mil, menos el valor de una letra a cargo del señor Prieto por cuatro mil pesos y un saldo de carbón por trescientos pesos, lo que suma cuatro mil trescientos pesos que descontados del valor del ladrillo, que montaba a la suma de siete mil quinientos noventa pesos, venía a quedar un saldo a favor del señor Prieto de tres mil doscientos noventa pesos, cuenta que hice por cuadruplicado, dejando en mi poder una copia con el objeto de que el señor Bernal le pusiera el Es corriente, o visto bueno a la susodicha cuenta. De manera que según ésto, colijo que el señor Prieto no debía suma alguna al señor Bernal, sino que por el contrario, el señor Bernal, le adeudaba al señor Prieto la cantidad ya indicada de tres mil doscientos noventa pesos. Días después volvió el señor Prieto a mi casa y me dijo que ya había arreglado lo relacionado a la carta escrita para el doctor Mendoza Morales, pero que don Carlos Bernal no le había querido firmar la cuenta que le llevaba, ni había querido devolverle las letras que le tenía ya pagadas. A fines del mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y tres, que volvió don Tomás David Prieto a mi casa de habitación, con el objeto de que le hiciera su declaración de renta volvió a hablarme del mismo asunto, diciéndome que el señor Bernal no le quería entregar las letras y que él tenía que irse para la costa, a lo cual le dije que si él quería podía dejarme una orden escrita para yo reclamarlas y tenérselas a su regreso, pero no me dio la orden. A su regreso de la costa que fue, si mal no recuerdo en febrero, volvió a presentarse a mi casa, y me dijo que venía muy enfermo, y que lo primero que iba a hacer era volver donde el señor Bernal, a insistir que le diera sus letras, y a informarse si le había entregado en la Administración de Hacienda su declaración de renta. Pasó así poco más o menos un mes o mes y medio, cuando se me presentó en la casa don José Alejandro Quijano, y me comunicó que don Tomás estaba sumamente enfermo, que lo habían operado, y que él creía no pudiera vivir por mucho tiempo, que le hiciera el favor de ir a la casa de don Tomás, que necesitaba hablar conmigo, a lo que le contesté que tenía mucho gusto, pero que no ese día, sino al día siguiente. Al día siguiente me presenté en la casa de don Tomás, habiéndolo encontrado en el corredor de la casa, sentado en una silla, recibiendo el sol. Y después de un rato de charla le manifesté que me tenía a la orden, que qué le pasaba, a lo que me contestó que me quería pedir el favor de que hablara con Bernal, a ver si era posible que le devolviera sus letras canceladas, y le pagara algo de lo que le debía. Eso sí no daba resultado la diligencia, que en esos momentos estaban haciendo don José Alejandro Quijano y don Julio Nieto, a quienes había comisionado. Cuatro o cinco días después volví a visitar a don Tomás y me manifestó que no había sido posible que don Carlos Bernal entregara las letras a don José Alejandro Quijano, y que ésto lo tenía muy molesto, pero no me dio ninguna orden para yo hablar con Bernal".

A continuación, expresa el mismo testigo lo siguiente:

"'Sí señor. Después de la muerte de don Tomás Prieto cité a Bernal a mi casa, y le hablé en relación con ésto, y le puse de presente la cuenta que se le había formulado y la carta que se le había escrito para el doctor César Mendoza Morales, pero no me contestó nada en concreto. Le pregunté también qué había de cierto con respecto a una letra de cuarenta mil pesos a cargo de don Tomás David Prieto y de don José Alejandro Quijano, y me dijo que sí que él tenía una letra por esa suma, y otra de tres o cuatro mil pesos, no recuerdo bien. Le pregunté que de qué provenía esa letra de cuarenta mil, y me dijo que de negocios que tenía con Prieto y Quijano.' Le hice observaciones como pariente que soy, informándole a la vez que había recibido una tarjeta del doctor Salah para que concurriera a su despacho, cosa que había hecho, y que allí se me había informado de lo relacionado con esas letras, que era bueno que tuviera cuidado con estos asuntos, pues eran muy delicados, que además yo en la conversación que había tenido con el doctor Salah y con la señora Virginia Quijano Vda. de Prieto, y por preguntas que me había hecho el doctor Salah, les había contestado que yo recordaba que él, Bernal, en alguna ocasión hablando de un pleito que tenía con los señores Calderón, por una suma mayor de cien mil pesos, que me había manifestado Bernal que había gastado doce o quince mil pesos, en viajes a la costa, que no los había recuperado, y que por ese motivo había tenido necesidad de entablarles el pleito a los Calderón. Como yo sabía que estas fincas de la costa, las había comprado Quijano y Prieto, le dije a Bernal que si luego Quijano y Prieto no le habían pagado, a lo cual me contestó que no, porque éllos no debían pagarle esa comisión sino a los Calderón. Luego volví a tener otra conferencia con Bernal, en que le supliqué que arreglara ese asunto, pues había hablado con don José Alejandro Quijano, y me había manifestado rotundamente que ellos no le habían firmado jamás letra de cuarenta mil pesos, y que don José Alejandro estaba resuelto a gastar su capital, con tal de dejar su nombre en limpio, pues ellos eran incapaces de negar suma alguna. Bernal me contestó que no podía hacer ningún arreglo sino por las buenas, porque todo negocio o en todo negocio, unas veces se perdía y otras veces se ganaba, y que lo que pasaba era que lo estaban amenazando o lo estaba amenazando el doctor Salah con llevarlo ante los Tribunales'."

Como lo considera el Tribunal, este testigo "ofrece un aporte valioso para precisar con exactitud la conducta observada por Carlos J. Bernal Contreras, en relación con los negocios comerciales que tenía con Tomás Prieto; la existencia de varias letras de cambio giradas a su favor por José Alejandro Quijano y Tomás Prieto, entre ellas, una por mil pesos y otra por tres mil pesos; la cancelación que de su valor hizo en vida éste último, después de lo cual resolvió Carlos J. Bernal Contreras, retenerlas indebidamente, para lograr, mediante esta maniobra que aquéllos le pagaran una comisión ilegítima por la permuta que celebraron con José Calasanz Calderón y Demóstenes Calderón, que como era obvio, le había sido reconocida por éstos últimos, en documento de fecha diciembre 3 de 1951; y la preocupación en el ánimo de quienes suscribieron las letras por las evasivas para devolverlas Carlos J. Bernal Contreras canceladas, produciendo serios temores e inquietudes sobre la futura actitud que pudiera asumir con dichas letras mantenidas abusivamente en su poder".

La última parte del capítulo segundo de la demanda, la dedica el actor a hacer una crítica de los nueve indicios de culpabilidad que sirven de fundamento al fallo acusado, con el propósito de demostrar el ningún valor proba-

torio de estos indicios, y que el Tribunal incurrió en error al tenerlos en cuenta, y que no existe, por lo tanto, prueba del delito de falsedad, porque se condenó al sindicado Carlos J. Bernal.

Dichos indicios, en su orden, son los siguientes:

1º La existencia de una letra de mil pesos, de que Carlos J. Bernal era beneficiario, entre otras, en cumplimiento de varios negocios de menor cuantía teniendo por lo mismo, dicha letra, causa legítima.

Con el propósito de demostrar que este hecho no está debidamente comprobado, el actor vuelve a hacer más o menos la misma crítica que anteriormente había formulado, para establecer que el Tribunal no había tenido en cuenta la inexistencia de la letra de mil pesos que el ad-quem da por existente, y que según los denunciantes, fue adulterada, cambiando la cantidad de mil pesos, por intercalación, haciéndola aparecer por cuantía de cuarenta mil pesos.

Así, con este propósito vuelve a referirse a los documentos que obran en autos, haciendo notar, primeramente, que las dos letras que quedaron debiendo Prieto y Quijano por la venta de una trituradora, tienen fecha de vencimiento del 7 de febrero de 1952 y el 7 de mayo del mismo año, mientras que la letra por cuarenta mil pesos aparece con vencimiento del 15 de junio de 1952, y que sobre dicha fecha no se ha hecho observación alguna.

Estudia también la cuestión concerniente al talonario de cheques que contiene vencimientos distintos al de la letra por cuarenta mil pesos.

Asimismo, hace referencia a la escritura Nº 3781 de 15 de noviembre de 1952; al recibo por la suma de mil doscientos pesos; a las declaraciones de los testimonios que invoca el Tribunal, a las cinco letras de que habla Quijano "dos pendientes de entrega por parte de Bernal"; a los dichos de los denunciantes, quienes no pueden dar a ciencia cierta explicación sobre el origen de la letra por mil pesos.

Se observa:

La Sala tuvo ocasión de referirse a los hechos, de los cuales el actor pretende deducir la inexistencia de una letra de mil pesos en poder del acusado Bernal, pero cuya existencia el Tribunal da por probado, con base en los testimonios de Niño, Infante, Mayorga y Pablo A. Quijano, a los que el recurrente les desconoce todo valor probatorio, según se ha visto al estudiar la crítica que se hace a dichos testimonios y en la que trata de oponer su personal criterio en la estimación de estos testimonios a la apreciación que de ellos hizo el Tribunal.

Debe observarse, que estos testimonios, en lo esencial, confirman el resultado del dictamen pericial acogido por el Tribunal, pues si de dicho dictamen se deduce que la letra por cuarenta mil pesos, no fue escrita originariamente por este valor, sino por la cantidad de mil pesos, lógicamente se concluye que en poder de Bernal Contreras, sí debió existir una letra por esta cantidad, girada a su favor por José Alejandro Quijano, y aceptada por Tomás D. Prieto, en cumplimiento o desarrollo de negocios anteriores, celebrados entre éstos y el acusado.

Por lo tanto, si está comprobado el hecho de la existencia de la letra por mil pesos en poder del acusado Carlos J. Bernal, que fue adulterada, cambiando la cantidad porque originariamente había sido expedida, en cuarenta mil.

2º Indicio. Este lo hace consistir el Tribunal en que "Está probado que la letra de mil pesos fue convertida en cuarenta mil pesos para ser exigible el 15 de junio de 1952, o sea 15 días antes de haberse perfeccionado el contrato de permuta, el cual podía o no cumplirse, siendo por lo mismo, absurdo que se pagara anticipadamente una comisión por una simple promesa y no al culminar en una forma definitiva la transacción".

En relación con este hecho indiciario, el actor contraarguye, expresando que, siendo así que quienes celebraron la promesa de permuta, convinieron en que a partir de la fecha en que firmaron el documento respectivo, o sea el 1º de febrero de 1952, se comenzaría a hacer la entrega material de las fincas, objeto de la permuta, era natural que Bernal Contreras considerara cumplida su intervención como intermediario comisionista, reclamando de Quijano y Prieto el pago de su comisión, lo que en efecto estos últimos hicieron al aceptar Tomás Prieto la letra por cuarenta mil pesos.

SE OBSERVA

Este hecho realmente no tiene un valor indicador para establecer la responsabilidad del acusado Bernal Contreras, ya que, efectivamente de acuerdo con lo estipulado en la promesa de permuta, la entrega de las fincas permutadas comenzaría a efectuarse a partir de la fecha de la celebración del contrato, o sea el 1º de febrero de 1952, por lo cual dicho acusado, bien podía dar por terminada su labor de intermediario comisionista, y exigirles a los señores Quijano y Prieto el pago del valor de su comisión, y éstos para asegurarle la efectividad de su pago, bien pudieron haberle firmado la letra por cuarenta mil pesos con vencimiento al 15 de junio de 1952, es decir, antes de que se hubiera formalizado o cumplido el contrato de promesa de permuta en su totalidad.

En consecuencia, el hecho de que la letra por cuarenta mil pesos aparezca con vencimiento del 15 de junio de 1952, antes de la fecha en que se dio total cumplimiento a la promesa de permuta, celebrada entre los señores Calderón y los señores Quijano y Prieto, y en que el acusado únicamente sirvió de intermediario, cuya gestión se agotó al celebrarse dicho convenio, no es indicador de la inexistencia de la letra por cuarenta mil pesos, ni de la falsedad de este documento, como equivocadamente lo ha considerado el Tribunal, dándole valor de indicio contra el acusado a un hecho que realmente no lo tiene. Son valederas, por lo tanto, las razones expuestas por el actor para demostrar la ineficacia del hecho que se analiza en este punto, como prueba de cargo contra el acusado.

Tercer indicio. El que analiza en tercer lugar el actor es el señalado con la letra c) en la sentencia, y él se hace consistir, por parte del Tribunal, en que los derechos de timbre de la letra no fueron pagados sino el 6 de agosto de 1954, más de dos años después de la fecha de su vencimiento, cuyo cobro se inició una vez ocurrido el fallecimiento de Tomás D. Prieto, quien era el aceptante y, por lo tanto, obligado en primer término a responder de su valor.

Con el objeto de desvirtuar el carácter indiciario de culpabilidad de este hecho, el actor recuerda, ante todo, lo que al respecto se expresó en el salva-

miento de voto, en el sentido de que la tardanza en que se incurrió en relación con el pago del impuesto de timbre, "nada significa en contra el sindicado Bernal, porque es costumbre no verificar esa revalidación, sino en caso de cobro judicial para evitar gastos, ya que lo corriente y normal es que no haya necesidad de recurrir a la ejecución para hacer efectivo el instrumento".

En cuanto al hecho de que Bernal Contreras no hubiera cobrado judicialmente las letras, sino dos años después de su vencimiento, el actor hace ver que el sindicado da una explicación satisfactoria, cuando manifiesta que él no esperó que se muriera el señor Tomás Prieto para cobrar, y que lo que ocurre es que cuando acudió ante éste y Quijano, en repetidas ocasiones, para solicitarles el cumplimiento de su obligación, dizque ellos siempre le decían "que no había plata", que había que esperar, hasta que resolvió darle un poder al doctor Gustavo Delgado, para que hiciera el cobro judicial.

El actor termina por calificar este indicio como "francamente infantil", pues explica que ni estando enfermo el señor Prieto "hubiera podido confiar en su fallecimiento para el cobro, por ser hecho tan incierto y eventual, "ya que sensatamente rara vez podrá una persona aguardar el fallecimiento de una persona para poder recaudar una deuda con seguridad". Observa además, "que tampoco podía confiarse en una ocurrencia tan futura e incierta, dado que como lo observa el Magistrado disidente, también debía haber esperado el fallecimiento del otro obligado", señor Quijano.

SE OBSERVA

El hecho de que la letra por cuarenta mil pesos no se hubiera estampillado o revalidado, sino pasados más de dos años después de su vencimiento, en realidad no constituye un indicio grave de la responsabilidad del acusado Bernal Contreras, aunque sí es sospechoso ante la explicación que se da al respecto.

Es extraño, en efecto, que el procesado hubiera dejado transcurrir más de dos años, después del vencimiento de la letra por cuarenta mil pesos, sin estampillarla, pues se trataba de una obligación de una cuantía importante, cuyo pago había sido demorado en exceso. Hay ocasiones en que el tenedor de una letra de cambio no se apresura a presentarla a la Recaudación de Impuestos para su estampillaje. Ello ocurre generalmente cuando entre girador y girado existe la suficiente confianza. Pero ésta no se podría presumir cuando la letra no es recogida oportunamente, cuando el deudor deja de cubrirla en el plazo estipulado, cuando pasan los años sin que se pague lo debido, como ocurre en este preciso caso. El acreedor, en tales situaciones, suele recurrir ante la autoridad judicial respectiva, en demanda del pago, previo el estampillaje correspondiente.

Por tanto, los hechos que se estudian en este punto, o sea la demora de más de dos años para la revalidación de la letra por cuarenta mil pesos, y para la iniciación de su cobro judicial, sí alcanzan a ser, en cierta forma, hechos indicadores de la inexistencia de la letra auténtica por este valor.

Cuarto indicio. Lo hace consistir el Tribunal en que "Está probado que tanto Carlos J. Bernal como los presuntos deudores, no denunciaron en sus respectivas declaraciones de renta, la existencia del supuesto crédito en favor del primero y la ficticia obligación a cargo de los segundos, no obstante las ventajas probatorias que para todos ellos implicaban, especialmente en relación con Tomás Prieto y José Alejandro Quijano, para los efectos fiscales".

Para rebatir el valor indiciario que tienen estas circunstancias anotadas por el Tribunal, el actor se refiere, en primer término a lo que explica el acusado cuando dice que no hizo figurar en su declaración tales letras, porque esperaba el recaudo de ellas para hacer la correspondiente declaración.

Además, el actor, para destruir la fuerza probatoria del indicio de que se habla, cita la opinión emitida sobre esta cuestión, por el Fiscal del Juzgado del conocimiento según la cual, "es corriente en todas las prácticas comerciales y aún entre quienes no ejercen el comercio, ocultar bienes al fisco para eludir el pago de impuestos", y los ciudadanos entre quienes se celebran operaciones comerciales suelen elaborar de común acuerdo sus declaraciones de renta "para no perjudicarse mutuamente", sea ocultando bienes o sea disminuyéndoles su valor real.

También, cita como ejemplo, que en este proceso está comprobado con las declaraciones de Tomás D. Prieto y José Alejandro Quijano, que en la escritura de permuta se hizo figurar el valor de los bienes en trescientos cincuenta mil pesos, pero "únicamente para efectos fiscales, pero en ningún caso con el ánimo de causarle un perjuicio a Bernal, pues el verdadero precio de los bienes permutados fue el de $ 800.00.00 que se fijó en la promesa de contrato" (Fls. 183 y 184 del C. 1º).

Asimismo, se refiere a lo declarado por Demóstenes Calderón, según el cual las letras de permuta y venta de ganado "no fueron estampilladas porque entre todos los herederos convinimos en que se hiciera así, y que sería innecesario estampillarlas hasta que no hubiera un cobro judicial. Tampoco fueron declaradas dichas letras en las denuncias de renta y patrimonio".

A continuación se refiere al testimonio de José Ramón Calderón, quien confirma lo dicho por el anterior testigo. Aquél manifiesta que eso lo hicieron, "porque así nos fue solicitado por Prieto y Quijano, y aceptado por nosotros con el fin de evitar no solamente complicaciones en las declaraciones, sino con el de evitar gravámenes".

Por último termina manifestando el señor apoderado del acusado, que él tiene "varios documentos que prestan mérito ejecutivo, uno por cuantiosa suma, que no he denunciado en mis declaraciones de renta, porque no tengo esperanzas de hacerlo efectivo".

SE OBSERVA

En relación con las objeciones que el actor hace a este indicio, se observa que es preciso distinguir entre la omisión, por parte del sindicado de incluir en su declaración de renta la letra por cuarenta mil pesos, de la no inclusión por parte de los deudores Prieto y Quijano, de esta obligación a cargo de ellos; pues si bien el primero se beneficiaba con dicha omisión, por ser un crédito a su favor, el que al denunciarse venía a aumentar el patrimonio, no ocurre lo mismo con los segundos, quienes se perjudicaban con la no inclusión de dicha deuda en sus declaraciones de renta, pues bien sabido es que las deudas se deducen y disminuye el impuesto sobre patrimonio.

No se ha establecido que entre los señores Prieto y Quijano, y el acusado, existiera un acuerdo para no incluir en sus correspondientes declaraciones de renta, el valor de la letra por cuarenta mil pesos, de donde se deduce lógica-

mente que la no inclusión por parte de los deudores, sí es un indicio de que ella en realidad no tuvo existencia y, en consecuencia, contribuye a reforzar los demás indicios que existen para demostrar esa falsedad.

Quinto indicio. Este indicio lo hace consistir el Tribunal en que "Está probado que no se celebró ningún convenio verbal o escrito para reconocer Tomás Prieto y José Alejandro Quijano ninguna comisión a Carlos J. Bernal por su intervención en la celebración del contrato de permuta, comisión que, en cambio, fue pactada con José Calasanz Calderón y Demóstenes Calderón, en documento debidamente legalizado, cuyo valor fue cancelado por éstos últimos, mediante transacción que llevaron a cabo".

Con el fin de desvirtuar este indicio el actor recurre, primeramente, a lo dicho por el acusado en el sentido de que sí es cierto que no fue suscrito ningún documento, en cuanto a la comisión que debían pagarle José Alejandro Quijano y Prieto, "se hizo el compromiso verbal". Y que al arreglar cuentas y en cumplimiento a dicho compromiso, Prieto y Quijano aceptaron la letra por cuarenta mil pesos.

También recuerda a este respecto el demandante, que el arreglo verbal a que se llegó y la firma de la letra, se encuentran respaldadas por los testimonios de los declarantes Carrera, Rozo, Pinilla y Muñoz.

Agrega que, pueden dejarse de lado estos testimonios, pero en cambio queda el de Miguel Preciado Maldonado, quien habla de la comisión que debían pagar los señores Prieto y Quijano a Carlos J. Bernal, explicando aquél, además, haber concurrido a la Caja Agraria a colaborar en la consecución de un préstamo que hizo el señor José Alejandro Quijano "para pagarle la comisión a don Carlos J. Bernal".

Asimismo observa que, quedan también los testimonios de Juan Bautista Calderón (Fl. 149, C. 1º) y Juan Evangelista Calderón (Fl. 152, C. 1º), transcritos anteriormente por el demandante, y respecto de los cuales "no existe motivo alguno, a través de los autos, que haga sospechar siquiera de la verdad de su testimonio", como dice el Magistrado disidente.

Por último, en relación con este indicio, el recurrente expresa lo siguiente:

"Y quedan otros indicios vehementes de la comisión: el contrato de permuta, firmado por Bernal como "intermediario comisionista", la transacción propuesta hasta por $ 25.000.00 y demás circunstancias que se han dejado probadas en el curso de esta demanda.

"Para qué firmaba Carlos J. Bernal un contrato especial de comisión con Prieto y Quijano, cuando tenía en sus manos un documento escrito en garantía del pago, cual era la letra de cuarenta mil pesos? Se explica el contrato con los Calderón, porque era lo inicial de sus actividades: conseguidos los adquirentes de las fincas de aquéllos, ya con Prieto y Quijano le bastaba un instrumento negociable en prenda de su solución, que precisamente para eso se inventaron tales documentos, casi equiparados a documentos públicos.

"De la falta de un contrato como el suscrito con los Calderón no 'se infiere lógicamente la existencia' de la adulteración de la letra de cuarenta

mil pesos (Art. 218 del C. de P. P.). Precisamente dicha letra es el equivalente o substituto del mentado contrato y una prueba fehaciente de la inocencia del acusado".

SE CONSIDERA

Los argumentos con que el señor recurrente trata de desvirtuar el indicio que se estudia, en relación con la no existencia de un contrato de comisión pactado entre el acusado Carlos J. Bernal y los señores José A. Quijano y Tomás Prieto, los deduce principalmente de lo dicho al respecto por los testigos Alfonso Pinilla Herrera, Rafael A. Rozo, José Joaquín Muñoz, Luis Alberto Carrera, Miguel Preciado Maldonado, Demóstenes y Juan Bautista Calderón, a que la Sala tuvo oportunidad de referirse anteriormente, con ocasión de la objeción relativa a que, el Tribunal no tuvo en cuenta estos testimonios, los que fueron desechados por el ad-quem, después de analizarlos, concluyéndose que no existía razón suficiente para considerar que se hubiera incurrido en error notorio en la apreciación que de ellos se hizo en el fallo acusado.

La Sala ha tenido oportunidad de referirse también, al alcance que debe dársele al contrato de permuta, firmado por Bernal como intermediario comisionista, y a la transacción propuesta a éste, hechos que de por sí no demuestran la existencia de la famosa comisión del 5%, a que se refiere el acusado, de que trata la defensa y a que se alude en la demanda de casación, de manera reiterada, con la pretensión de establecer el origen legítimo de la letra por cuarenta mil pesos tachada de falsa.

Sexto indicio. "Está probado, expresa el Tribunal, que por parte de José Alejandro Quijano y Virginia Quijano v. de Prieto no propusieron ninguna transacción a Carlos J. Bernal sobre el pago de la letra por cuarenta mil pesos, como lo pretendió establecer así Juan Evangelista Calderón, cuyo testimonio fue rechazado por falta total de veracidad, conforme al examen que se hizo en el curso de esta providencia, porque si ello hubiese ocurrido, no se justificaría la denuncia criminal formulada, sujeta a circunstancias menos favorables de las que se pueden derivar de un arreglo amigable".

A este respecto, el actor arguye, que el Tribunal considera que no hubo propuesta de transacción porque la declaración de Juan Evangelista Calderón, que habla de ella, no le merece crédito, por cuanto el hermano de éste, Demóstenes Calderón, lo desmiente, cuando dice que no tuvo oportunidad de cerciorarse de las varias entrevistas que hubo, tanto para la iniciación como para la finalización del negocio, de que los señores Quijano y Prieto le hubieran pactado comisión alguna, agregando que "mal podía contarnos de otra comisión, es decir, que ganara doble comisión".

No obstante, recuerda el actor que en otra oportunidad, Demóstenes Calderón expresa que, aun cuando no le consta la comisión que se le había ofrecido por parte de José Alejandro Quijano a Bernal, infiere que, "si el señor Bernal les trabajó a los Quijano y Prieto, sería para que le reconocieran también algo".

A continuación expresa el actor lo siguiente: "Ahora es indicio de inexistencia de una obligación la circunstancia de que no se proponga una transacción para evitar una acción penal? Sería curioso que como tal se tuviera".

El demandante termina insistiendo que, sí consta la transacción, y que fue propuesta desde en vida del señor Tomás Prieto, y que así lo declara el señor Juan Bautista Calderón, quien expresa: "Más tarde me informó el señor Tomás Prieto que iba a hablar con el señor Bernal para conseguir una transacción con él respecto a la cuota del 5% que debían Prieto y Quijano entregarle a Bernal".

SE OBSERVA

Anteriormente, también había tenido oportunidad la Sala de referirse en esta providencia a la propuesta de transacción y al testimonio del señor Juan Evangelista Calderón, que habla de ella reiteradamente, y de su intervención espontánea para lograrla, en varias entrevistas que tuvo con la señora Virginia v. de Prieto, especialmente, y con el señor Pablo Quijano, y con el mismo denunciante José Alejandro Quijano, y de las ofertas que por su conducto le hicieron a Carlos J. Bernal, ofreciendo pagarle hasta la suma de veinticinco mil pesos, que éste rechazó.

Entonces se vio que el Tribunal no había estado desacertado al rechazar el testimonio de Juan Evangelista Calderón, cuando habla de las propuestas de transacción sobre el pago de la letra de cuarenta mil pesos.

Séptimo indicio. De acuerdo con el Tribunal, este indicio consiste en que: "Está probado que Tomás Prieto y José Alejandro Quijano en ningún momento prometieron comisión alguna a Carlos J. Bernal por su intervención como intermediario en la permuta que llevaron a cabo".

Aquí el actor se refiere al ataque que el Tribunal hace del testimonio de Luis Alberto Carrera, en cuanto expresa haberle ayudado a Prieto a conseguir en la Caja Agraria un préstamo para pagarle la comisión a Carlos J. Bernal y para vestir la finca, por cuanto de acuerdo con el ad-quem, el testigo es sospechoso de haber recibido una confidencia de una persona muerta, y porque de acuerdo con los documentos visibles a Fls. 28 y 32 del Cuad. 5º, aparece que Prieto y Quijano recibieron, en cumplimiento de la permuta, 245 reses fuera de otros semovientes.

En cuanto a los argumentos que el Tribunal expone para desechar el testimonio de Luis Alberto Carrera, el actor contraarguye lo siguiente:

"En la crítica al testimonio de Luis Alberto Carrera demuestran los dos Magistrados que condenan andar mal en la sindéresis: estoy de acuerdo en que es sospechosa la afirmación de haber oído a una persona muerta determinados dichos, que ésta, como es obvio, no le puede desmentir. 'El mentir de las estrellas es el más dulce mentir, porque ninguno ha de ir, a preguntárselo a ellas", dice la copla castellana.

"Por eso me parecen sospechosas las declaraciones con que se alimentó este proceso en su primera etapa, llevadas todas por el doctor Pablo Salah Villamizar, y en que se dice en todas que le oyeron decir al difunto don Tomás D. Prieto, que estaba muy preocupdo por las letras de mil y de tres mil pesos, que Carlos J. Bernal no había querido devolverle.

"Pero el caso de Carrera es distinto, porque sus dichos están confirmados por otros, entre ellos, por Miguel Preciado Maldonado, quien habla de la solici-

tuó de préstamo a la Caja Agraria, y le sostiene con energía al propio José Alejandro Quijano, haberlo acompañado a la dicha Caja al asunto del préstamo, en relato circunstanciado, y le dice a Quijano que "le falla la memoria o por alguna conveniencia quiere tergiversar las cosas" (Fl. 261 del C. 1º).

También observa el actor que, el séptimo indicio que se estudia es el mismo marcado por el Tribunal en la sentencia con el ordinal e), de que "no se celebró ningún convenio verbal o escrito para reconocer Tomás Prieto y José Alejandro Quijano ninguna comisión a Carlos J. Bernal".

El demandante tiene razón en cuanto a que el indicio marcado con el número 7º, se basa en el mismo hecho de que habla la sentencia y que corresponde al indicio 5º, anteriormente analizado en la demanda y estudiado en esta providencia.

Octavo Indicio. Este que aparece señalado en la demanda con la letra h), lo hace consistir el ad-quem en que: "Está probada la solvencia económica de Tomás Prieto y José Alejandro Quijano, la que en modo alguno justificaba la demora de dos años para hacer efectivo su pago, ... hasta que ocurrió la muerte de Tomás Prieto, hecho que vino a determinar su registro en la Administración de Hacienda Nacional de Cundinamarca".

Con respecto a este indicio, y para desvirtuarlo, el demandante argumenta de la siguiente manera:

"Demuestran de nuevo los dos Magistrados, que condenan completamente la falta de sindéresis, al considerar que las gentes pagan sus deudas tanto más cumplidamente cuantos más dineros tienen. Y lo que en realidad ocurre es lo contrario: que los que mejor pagan son los que menos dineros tienen, pues el cumplimiento de las obligaciones depende más de su formación moral, que de sus posibilidades económicas. Eso lo sabe mejor cualquier profesional en ejercicio que quien haya consagrado su vida a la magistratura, y eso se aprende en penoso noviciado con tristes experiencias.

"Para no traer sino pruebas del expediente, los señores Calderón, que hicieron la permuta con los señores Prieto y Quijano y que, por tanto, también tienen una magnífica solvencia económica, tuvieron que ser ejecutados para el pago de su comisión y tuvo el señor Bernal Contreras que aceptar una suma muy inferior a la convenida en contrato expreso.

"Y el doctor Demóstenes Calderón, refiriéndose a los dineros pendientes por permutas de ganados, dice: 'A pesar de la solvencia de los señores Prieto y Quijano, estas letras no fueron canceladas a su debido tiempo' (Fl. 23 del C. 5º)".

SE OBSERVA

En relación con los razonamientos que expone el actor, para restarle importancia a este indicio, se observa que ello se basa en una afirmación que no aparece comprobada y que es imposible de comprobar, como es la de que: "los que mejor pagan son los que menos dinero tienen, pues el cumplimiento de las obligaciones depende más de la formación moral que de sus posibilidades económicas". La experiencia y la lógica enseñan lo contrario, o sea que, quien más medios económicos tiene, puede pagar con más facilidad sus obligaciones, y de hecho las paga cuando se le hacen efectivas acudiendo a la vía

judicial, que quien no tiene bienes suficientes para ello, aunque tenga la mejor voluntad de pagar, y a pesar de que su formación moral sea excelente.

Se anota que, aquí el actor pretende darle a este indicio, una significación que el Tribunal no tuvo en mientes, pues éste no se refiere a la voluntad o buen deseo de pagar que tuvieran los señores Quijano y Prieto, por el hecho de ser personas económicamente solventes, sino a la demora de más de dos años por parte del acusado para hacer efectivo judicialmente su pago, a pesar de la solvencia de sus deudores.

En efecto, tratándose de obligaciones, como las que constan en las dos letras por $ 40.000.00 y $ 3.000.00, que suman una cantidad cuantiosa, y que debían pagar personas de suficientes recursos para ello, como era el señor Prieto y lo es el señor José Alejandro Quijano, no es muy convincente lo que dice el acusado Bernal Contreras para explicar la demora de más de dos años, para iniciar el juicio ejecutivo, cuando afirma que las repetidas ocasiones en que habló con sus deudores para reclamarles el pago "ellos siempre le decían que no había plata". Esta excusa podría ser aceptable para que el acusado hubiera concedido una corta moratoria a sus deudores, pero no para que hubiera retardado por más de dos años su cobro judicial, porque pronto debió comprender aquél que ésto era un simple pretexto para eludir el cumplimiento de obligaciones que representaban una cuantía de consideración, y que no le quedaba otro remedio, para hacer efectivo su pago, que el acudir, cuanto antes, a la justicia.

Este, como los otros indicios, no es posible apreciarlo aisladamente, pues la naturaleza de esta prueba y las reglas racionales que la rigen, exigen estimarlas, no de modo aislado, sino coordinado y en su conjunto, con los demás indicios, ya que de otra manera se debilitaría el valor racional y lógico de las conclusiones que de ello pudieran deducirse.

Un hecho como el que se analiza aquí, que aisladamente considerado puede no tener mayor valor demostrativo en relación con el hecho que se trata de investigar, adquiere significación probatoria al apreciarlo en conjunto y en coordinación con otros indicios que lo refuerzan.

Por ésto, en relación con la prueba indiciaria, la Corte ha sostenido lo siguiente:

"El análisis independiente de los indicios, desnaturaliza la lógica del raciocinio, el principio de causalidad y la relación que de ellos guarda entre sí. El examen separado de la prueba indiciaria destruye el valor de acriminación, pero estudiados los medios en conjunto —sistema lógico jurídico y legal— la fuerza probatoria de ellos, difícilmente puede demeritarse, porque una vez valorados y precisados, cada uno —dentro del proceso— ocupa lugar preferente en orden a demostrar el hecho que se trata de probar.

"Esta síntesis de los hechos indicadores —dice Dellepiane— constituye una nueva piedra de toque para aquilatar la exactitud y el valor de los indicios, así como también para excluir la posibilidad de la intervención del azar o de la falsificación de la prueba".

Noveno indicio. De acuerdo con el Tribunal, este hecho indiciario que aparece marcado en la sentencia con la letra i) consiste en que: "Está probado

que Carlos J. Bernal se negó reiteradamente a devolver las letras por mil pesos y tres mil pesos que Tomás Prieto canceló en vida, manifestando siempre el propósito de que "esperaba que se le reconociera algo" por el admirable negocio celebrado por José Alejandro Quijano y Tomás Prieto, y con el cual obtuvieron una cuantiosa ganancia, siendo así que el mismo Carlos J. Bernal, que era quien había logrado devengar una considerable comisión por la permuta, que le fue cancelada por José Calderón, por José Calasanz Calderón y Demóstenes Calderón, en forma legítima".

En relación con este indicio, el actor observa, sin razón, que es el mismo marcado con la letra a) en la sentencia y, a que se ha referido anteriormente el demandante, en el señalado con el número 1º en el estudio que se hace en esta providencia. Pero él es distinto al que se analizó anteriormente, cuando se entró en el estudio de la prueba indiciaria, y en que se dijo por parte del Tribunal, que el señor Carlos J. Bernal era beneficiario de varias letras de cambio, giradas por Tomás Prieto y José Alejandro Quijano, entre las cuales figuraba una letra de mil pesos. Ahora se señala una circunstancia distinta, y es la de que el acusado "se negó reiteradamente a devolver las letras por mil y tres mil pesos que Tomás Prieto canceló en vida". Este hecho, lo da por probado el Tribunal con los testimonios de Marco Emilio Fonseca Infante, Carlos Julio Niño, Fernando Mayorga Díaz y Pablo A. Quijano, solicitados por la parte civil, y que el ad-quem considera que merecen credibilidad, pero cuyo valor probatorio le desconoce el actor con el argumento de que son testigos de referencia, de lo que les manifestó al respecto el finado señor Tomás Prieto, en relación con la circunstancia de que el acusado retenía en su poder, y no quería devolverle, dos letras ya canceladas por las cantidades de mil y tres mil pesos.

Anteriormente, también había tenido ocasión la Sala, de referirse a estos testigos y a las críticas que de ellos hace el recurrente, concluyéndose, que estas críticas no tienen eficacia para restarle el mérito probatorio que les ha otorgado el Tribunal, con excepción del testimonio del señor Pablo A. Quijano, el que, como se dijo, es sospechoso, no solamente por el parentesco que lo liga con los denunciantes, sino, principalmente, por el interés que a favor de éstos ha demostrado tener en este proceso.

El actor termina su demanda solicitando, como consecuencia de las acusaciones hechas a la sentencia, que se invalide el fallo recurrido, y en su lugar se absuelve al sindicado Carlos J. Bernal Contreras, de los cargos que se le han hecho en este proceso.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien ha intervenido en este proceso en casación, por haberse aceptado el impedimento, manifestado por el Procurador Segundo Delegado, doctor Rafael Perico Ramírez, en su vista que corre a Fls. 88 a 134 del cuaderno de la Corte, solicita que se case la sentencia, objeto del recurso, y en su lugar se absuelva a Carlos J. Bernal, del delito de falsedad que se le imputó, y por el cual fue condenado en el fallo recurrido.

El señor colaborador Fiscal, después de hacer un estudio del contenido formal de la demanda, y un resumen de los hechos, entra a referirse a los argumentos que el actor aduce para sustentar la causal 2ª de casación alegada, y de las objeciones propuestas al fallo acusado con fundamento en esta causal, acogiéndolas sin ningún reparo, por estimarlas fundadas.

Por último concluye, por hacer las siguientes consideraciones:

"La razón de ser de la minuciosa y fatigante relación, hecha en el capítulo inmediatamente anterior, de los cargos formulados por el demandante al fallo del *ad-quem*, radica en la circunstancia de que la Procuraduría considera que la causal segunda de casación invocada, debe prosperar, porque indiscutiblemente encuentra fundamento en la realidad procesal.

"Como consecuencia de esta consideración, es obvio que el suscrito haya patrocinado sin vacilación alguna, la mayor parte de las objeciones hechas en la demanda en obedecimiento al empeño abrigado por el doctor Gómez Prada, de hacer ver que con la sentencia que impugna, se incurrió en un protuberante error de apreciación probatoria, que proviene de no haber tenido en cuenta ciertos hechos, o de haberle dado a otros hechos una importancia probatoria, de la que ciertamente carecen.

"Y se incurrió en tal desacierto, porque las conclusiones del fallo recurrido descansan, antetodo o principalmente, en tres premisas mayores, de las cuales, la que estriba en dar por establecida la existencia de una letra de mil pesos, para afirmar en seguida que esta letra fue la que dio lugar a la falsificación denunciada, apenas tiene como asidero probatorio, los de por sí deleznables o quebradizos testimonios de referencia, citados por el Tribunal, agregándose a este defecto otro inconveniente, como es el de que uno de los supuestos obligados, al suscribirse tal instrumento, el señor José Alejandro Quijano, no supo jamás dar cuenta y razón del origen o causa de la misma letra, y sumándose otra desventaja, como es la de que los testigos de oídas, nunca manifestaron haber visto la pretendida letra. Y la segunda premisa, consistente en asignarle el fallador, categoría de plena prueba al dictamen del folio 50 del cuaderno primero, no es más que resultado de una desacertada valoración probatoria, puesto que en error se incurrió al reconocerle mérito a un dictamen, en el que contradictoriamente campea la afirmación de que fue rectificada la cantidad en palabras, puesta inicialmente en el instrumento examinado, con la empírica conjetura (inaceptable de por sí en un experticio grafológico) de que la cantidad en números fue probablemente trazada en un segundo momento gráfico, suponiéndose también por los peritos, de modo gratuito y reñido absolutamente con la verosimilitud de las cosas, que el imaginado falsificador, para hacer dicho trazado, *no es raro que hubiera dejado en blanco* la casilla de la letra destinada para escribir en números el exacto valor de la obligación en un principio contraída.

"Y la tercera premisa en que se apoyan las conclusiones del *ad-quem*, y la cual consiste en negar que entre Carlos J. Bernal Contreras, de una parte, y José Alejandro Quijano y Tomás Prieto, de la otra, no se celebró convenio verbal o escrito, en el sentido de reconocerle los últimos al primero, una comisión por su decisiva intervención en la firma del contrato de promesa de permuta, a que se refiere el expediente, es igualmente falsa, no sólo por lo que al respecto contraarguye el demandante (ver Págs. 33 y 34 del presente escrito), sino también porque si lo que se acordó fue una promesa de permuta, y no una simple compra-venta, es más que lógico concluir que Bernal obró como mandatario de una y otra parte contratante, por cuya circunstancia ha debido reconocérsele como acreedor de una comisión, que, según los usos comerciales y los propios textos legales, debían pagarle ambas partes contratantes, lo que a la postre hicieron los Calderón, y se obligaron a hacerlo Prieto y Quijano,

al aceptar la letra de cuarenta mil pesos, erróneamente tachada de falsa por el Tribunal sentenciador.

"Con todo lo expuesto de su propia cuenta por el apoderado, doctor Agustín Gómez Prada y de la recopilación hecha por el mismo apoderado de los motivos de hecho y de derecho, que para reconocer la inocencia del procesado, tuvieron en cuenta el señor Fiscal del Juzgado del conocimiento, el propio juzgado, el señor Fiscal del Tribunal y el señor Magistrado, que salvó el voto al ser proferida la sentencia recurrida, ciertamente que se concluye que ha quedado esclarecida de manera cabal la cuestión, objeto de controversia ante la H. Corte, debiéndose deducir, como necesaria secuela de dicha tarea, que en el proceso no obra la prueba plena o completa que demanda la ley para condenar a Carlos J. Bernal Contreras como falsario.

"Y si no obra esa clase de prueba, se infiere, obviamente también, que el criterio adoptado por el Tribunal de instancia, al condenar al acusado Bernal, con base en los indicios que el demandante enumera, y que con acierto desvirtúa, es un criterio manifiestamente equivocado, que como tal, debe ser enmendado por esa Superioridad.

"Aquí no se trata de la oposición de un criterio de juzgador a otro criterio. Aquí no es el caso de reconocer que el convencimiento legal-moral, adquirido por el *ad-quem*, es intocable, pues la verdad es que la resolución de condena impartida, carece de respaldo en la realidad procesal, ya que la prueba de cargo existente no resiste el contundente análisis hecho, no solamente por el señor demandante, sino también por el juez de primera instancia, el Fiscal colaborador de éste, y el Fiscal del Tribunal y el Magistrado discrepante de la resolución tomada por sus compañeros de la Sala de decisión, análisis que —como se ha dicho— comparte sin reservas la Procuraduría Primera Delegada en lo Penal".

Después de las anteriores consideraciones, el señor Agente del Ministerio Público, transcribe los apartes que considera pertinentes, del fallo proferido por esta Sala, en el proceso por falsedad documentaria y estafa, que se le siguió a la señora Graciela Acosta, a quien se absolvió, por estimar que tiene aspectos muy semejantes a los que se contemplan en este proceso, en el que también hubo discrepancias de criterios entre los funcionarios que en él intervinieron.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

En relación con la causal segunda de casación, que como se ha visto, es la única que se invoca en la demanda, la Corte en otras oportunidades ha expresado lo siguiente:

"La causal segunda de casación, hay que interpretarla en forma que no rompa los moldes especiales y limitados de este recurso extraordinario. Ella prevee 'una errada interpretación o apreciación de los hechos', en cuanto la sentencia les atribuyó una valor probatorio que no tienen, o les negó el que sí tienen, o no les tomó en cuenta, a pesar de estar acreditado en el proceso, o los admitió no obstante la manifiesta contradicción que ellos implican; y siempre que tales hechos sean "elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción".

"Por lo tanto, la causal mencionada se refiere a aquel yerro extremo y evidente en materia probatoria, cometido por el Tribunal, al afirmar la existencia de un hecho que no ocurrió, o al negar la del que si sucedió, o al admitir que se realizó, pero de modo distinto a la verdad.

"En el primer caso, se crea lo que no ha acontecido; en el segundo, se desconoce lo existente; y en el tercero, se le muta o altera en algo trascendental, todo como consecuencia de la equivocada apreciación de los elementos de juicio traídos al proceso, o de un mal entendimiento sobre el determinado valor que les otorga la ley.

"Fuera de estos graves eventos, a la Corte le está vedado en casación, emprender un estudio sobre las pruebas que analizó el juzgador para sustentar la sentencia demandada, pues, de lo contrario se acabaría con la técnica del recurso extraordinario; se convertiría éste en una tercera instancia, y se desconocería la libre y autónoma labor del Tribunal, para formar su criterio jurídico, sustituyendo una estimación probatoria por otra, a manera de un certamen académico que no influiría en la decisión práctica del asunto".

En este voluminoso proceso, el Tribunal dio por establecida la responsabilidad del acusado Carlos J. Bernal Contreras, con fundamento en varios hechos indiciarios que el actor critica, principalmente de acuerdo con su personal criterio, sin lograr hacerle ver a la Corte, a pesar de sus hábiles argumentaciones, que las apreciaciones que de los hechos procesales hizo el ad-quem, entrañan una manifiesta y extrema equivocación, porque los hechos analizados, antes de establecer la responsabilidad del acusado, demuestran, en cambio su absoluta inocencia. Debe tenerse presente, que tratándose de la prueba indiciaria, como es la que ha servido de fundamento al fallo acusado, la labor del demandante es muy ardua, toda vez que el juzgador al apreciarla goza de una amplia autonomía, por cuanto se basa en raciocinios e inferencias analógicas fundadas en las relaciones necesarias que se deducen de la naturaleza de las cosas.

Además, se debe tener en cuenta que el recurrente no señaló en su extenso libelo cuáles fueron las disposiciones legales sustantivas de carácter penal quebrantadas por el Tribunal, lo cual es indispensable en casación, porque este recurso por su naturaleza misma, y por los fines que persigue, necesariamente supone un debate en que se plantea un desacuerdo entre la sentencia acusada y la ley, lo que entraña que se indiquen de un modo concreto y claro, qué normas o norma de derecho positivo fueron violadas, y por qué concepto por el sentenciador. Por ésto se ha dicho, que en casación en esencia "todo se reduce a presentarle a la Corte un caso de violación de la ley en un proceso criminal".

Por lo tanto, no es admisible para el buen resultado de un recurso de casación, que la demanda que lo sustenta, omita la indicación de una manera precisa de las disposiciones procesales y de carácter positivo, cuya aplicación e imperio deba defender la Corte en este recurso extraordinario. Por ésto, entre los requisitos que debe cumplir la demanda según el artículo 531 del Código Judicial, figura el de la cita de "Los textos legales que el recurrente estime infringidos".

Por este aspecto, la demanda de casación que se ha estudiado, aunque técnica en su forma, en el fondo no pasa de ser un excelente alegato de instancia, en el que se repiten y amplían en forma muy hábil las críticas y

argumentaciones expuestas por la defensa en las instancias, pretendiendo con ello, plantear una amplia y exhaustiva controversia de carácter probatorio, impropio en el recurso de casación, porque en éste, dicha controversia solamente debe limitarse a demostrar el error evidente en que incurrió el sentenciador al apreciar las pruebas del proceso, al darles un valor que no tienen o al negarles el que sí tienen, en forma que se llegue a desconocer la realidad que consta en autos; ya que de otra manera se convertiría la casación en una tercera instancia, desvirtuando así la naturaleza de este recurso extraordinario, con lo que, además, se desconocería la necesaria autonomía que a los jueces les reconoce la ley para apreciar los hechos procesales.

Ya se vio, al estudiar cada una de las numerosas objeciones que el actor formula, para demostrar que el ad-quem incurrió en error al dejar de tener en cuenta algunos hechos procesales, y también al apreciar los indicios que sirvieron de fundamento al fallo impugnado, que no logró demostrar que realmente el Tribunal hubiera incurrido en una notoria equivocación, palmariamente contraria a la verdad que dichos hechos demuestran, lo cual no permite la prosperidad del recurso de casación propuesto exclusivamente con invocación de la causal segunda.

Es cierto que algunos indicios que sirvieron de fundamento a la sentencia recurrida, analizados separadamente, como lo hace el recurrente, pierden gran parte de su valor demostrativo, para establecer la responsabilidad del acusado Bernal Contreras, pero al apreciarlos en su conjunto, y al relacionarlos unos con otros, concurren a formar en el ánimo del fallador la convicción sobre la existencia del delito de falsedad que se le ha imputado, y por el cual fue condenado por el Tribunal.

No se puede negar, que el dictamen pericial rendido por los grafólogos oficiales del Servicio de Inteligencia Colombiano, que tan tenazmente ha sido criticado en casación y en las instancias por la defensa, indudablemente ha servido de principal fundamento a la sentencia acusada, pues él constituye el indicio más grave de la responsabilidad del acusado, dada su naturaleza técnica y objetiva, por los fundamentos en que se apoya, así como por la autoridad y competencia de los peritos que lo dieron. Pero este dictamen no es el único basamento del fallo condenatorio acusado, ya que éste también se apoya en otras pruebas indiciarias, que aunque de menor gravedad, contribuyen a robustecer el valor probatorio de dicho dictamen como elemento de convicción.

El método empleado por el recurrente, de criticar aisladamente cada uno de los varios indicios que tuvo en cuenta el Tribunal para formar su convicción, acerca de la responsabilidad del acusado, resulta, por lo tanto, poco eficaz y concluyente para demostrar que ellos no tienen ninguna significación para establecer dicha responsabilidad, ya que este modo de apreciar los indicios, no es el adecuado a su naturaleza, pues ellos deben examinarse bajo el principio de relación y conexidad que necesariamente debe existir entre todos, para deducir del conjunto el hecho que se trata de averiguar.

Por ésto ha dicho la Corte, en relación con la apreciación de la prueba indiciaria: "El criterio de convicción, no puede formarse sobre la apreciación aislada de un solo indicio. Lo importante es que el hecho indiciario se halle probado, y se guarde relación con lo que se pretende acreditar; es la pluralidad de indicios y la dependencia que ellos guarden entre sí, en orden a la demos-

tración de un hecho, lo que informa el criterio del juzgador para deducir la afirmación de responsabilidad, y es natural que sobre estos principios, se hará el estudio de la prueba indiciaria".

Los varios indicios que sirvieron de fundamento al fallo condenatorio acusado, con la excepción que se observó al estudiar los cargos formulados por el recurrente, son diferentes e independientes los unos de los otros, pero convergentes, para formar la convicción de la responsabilidad del acusado.

Por estos motivos, la causal alegada no prospera.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO INVALIDA el fallo a que se ha hecho mérito proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 3 de marzo de 1961.

Cópiese, notifíquese, publíquese.

Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, con salvamento de voto; *Julio Roncallo Acosta, Primitivo Vergara Crespo, Carlos Arturo Díaz,* Conjuez, con salvamento de voto.

Pioquinto León L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del doctor Gustavo Rendón G.

Aunque profundamente respeto la resolución acordada, por mayoría, en este proceso, en cuanto al recurso de casación interpuesto y sustentado por el representante legal de *Carlos J. Bernal Contreras*, me separo de dicha resolución, por considerar que en el caso sí prosperaba el recurso, con fundamento en la causal segunda, dado que el sentenciador incurrió en violación indirecta de la ley, principalmente por haber atribuido a determinados elementos de juicio un valor probatorio que no tienen, referidos ellos a la estructuración del delito de falsedad en documento, y subestimado hechos favorables a la conducta que al procesado se atribuye en los autos.

En juicios de puro derecho, como éste, lo preceptuado en el artículo 203 del C. de P. P., es mandato ineludible para el fallador, quien para adoptar una resolución condenatoria requiere encontrar en el proceso, la plena prueba del hecho delictuoso, objetivamente considerado, y la plena prueba de la culpabilidad del agente.

Siendo así, que el ilícito se da por demostrado con una prueba pericial no muy convincente, y en todo caso imposible de calificar de plena, constituyendo apenas un indicio grave, por este aspecto, el acotado artículo 203, a través del 217 ibídem, resulta violado.

Además la prueba de responsabilidad ameritada por el fallador, es deficiente, y de toda ella no surge la necesaria hipótesis de que el instrumento tachado de falso, haya carecido de causa, cuestión indispensable para la afirmación judicial de responsabilidad penal.

Estimo innecesario señalar en este salvamento los defectos probatorios del proceso, asunto que sería dispendioso, y que requeriría una extensa confrontación de todos los elementos de juicio. Lo importante, desde mi punto de vista, es destacar que la sobrevaloración de la prueba de cargo da lugar a la causal segunda, como a ella da lugar la subestimación de la prueba exculpativa, pues en uno u otro sentido se llega a la violación de los presupuestos indicados en el artículo 203 del C. de P. P.

Este planteamiento no pretende desconocer el arbitrio que la ley atribuye a los jueces para apreciar la prueba, sino a mantener vigente otra más fundamental interpretación de la ley al respecto, o sea, que el arbitrio judicial no es omnímodo ni caprichoso, sino que debe asentarse sobre todas las normas que el propio Código contiene, acerca del mérito de cada medio material de prueba, en particular.

Gustavo Rendón Gaviria.

Fecha ut supra.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Conjuez, doctor Carlos Arturo Díaz.

Por no estar conforme con la tesis que contempla la anterior sentencia, procedo a exponer los motivos, que me impiden suscribirla, no obstante la altísima autoridad de quien la redactó.

En los debates sostenidos, alrededor del proyecto presentado por el ilustre amigo, doctor *Vergara*, expuse ampliamente las objeciones que tenía, para no confirmar la sentencia del Tribunal, adoptada igualmente por mayoría de votos.

La sentencia ha sido recurrida invocando la causal segunda del Art. 567 del C. de P. P., que establece la casación "cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuido un valor probatorio, que no tienen o se les haya negado el que sí tienen, o no se les haya tomado en cuenta, a pesar de estar acreditados en el proceso, siempre que sean constitutivos de delito determinantes eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes".

A mi modesto juicio, aquí concurren las circunstancias de que habla el Art. transcrito, pero la sentencia sienta una nueva teoría, muy distinta del espíritu y de la letra de la disposición citada, cuando dice: Que no puede entrar a discutir las razones de la sentencia del Tribunal, porque de lo contrario "se desvirtuaría la naturaleza del recurso extraordinario de casación, convirtiéndolo de hecho en una tercera instancia y se *desconocería la necesaria autonomía del Tribunal*, para formar su convicción racional, sustituyendo así el criterio del juez de instancia, por otro que se considera más o menos acertado, lo cual es propio de las instancias, en donde está abierto el campo, para un amplio debate probatorio, pero no en el recurso de casación, en donde este debate queda restringido, a los casos en que se comprueba, que se ha incurrido en la apreciación de los hechos en error evidente".

Pero es lo cierto que esta doctrina se encuentra en oposición, con otras de la misma Corte, por ejemplo éstas:

"Atribuirle a los hechos un valor probatorio que no tienen; negarles el que sí tienen; no haberlos tomado en cuenta, a pesar de estar acreditados en el proceso; o haberlos tomado, no obstante la contradicción que entre los mismos se advierta, son motivos que —en su confusa redacción— ofrece al recurrente la causal segunda del Art. 567 del Código de Procedimiento Penal, para que los haga valer en la demanda.

"Es decir, que la invocación de esta causal y su adecuada sustentación, implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso; y de ahí que se haya dicho que al considerar esta causal, la Corte de Casación asume funciones de Tribunal de instancia. Se asemeja apenas, pero sin convertirse

realmente en una tercera instancia. Porque la casación es un juicio sobre la sentencia. Si el ataque a ella, a su construcción jurídica resulta comprobado, la sentencia cae y debe reemplazarse por la que corresponda. (Sentencia de Casación de José J. Mendoza, de 16 de octubre de 1946).

"Comparada la nueva reglamentación del recurso de casación con la anterior, se observa que el pensamiento de los autores de la reforma, fue ampliarlo en forma, que ya serán muy pocas las sentencias de la jurisdicción penal, que no sean susceptibles de intentarlo. Puede ser - -y ya está ocurriendo— que los recurrentes, acogiéndose a los términos de la causal segunda, planteen ante la Corte, el debate sobre la responsabilidad del acusado, ya concluido en las instancias, lo que sin duda pugna con los conceptos tradicionales sobre el objeto del recurso de casación. Sin embargo, esta sola consideración no autorizaría a la Corte para limitar el alcance de dicha causal, excluyendo de su radio de acción las sentencias dictadas en los juicios en que interviene el jurado (Casación, G. J., LII, número 1978, febrero 16 de 1942) ...

Pero es claro, que si la Corte no tiene facultad para analizar pruebas en las cuales se fundamentó el fallo, para saber si hubo una errada apreciación de los hechos, o se les ha atribuido un valor probatorio que no tienen, o se les ha dado el que sí tienen, entonces carecería de objeto el recurso, y son éstos y no otros, los elementos que la ley le señaló a la Corte, para que estudiara si existen o no existen en el proceso y nada más. La casación en sus causales es, restrictiva, y querer buscar por interpretación analógica, una opinión o un concepto distinto, es ir contra el sentido y el espíritu de la disposición legal.

La disposición, contenida en el Art. 203 del C. de P. P., es de carácter imperativo *"No se podrá*, dictar sentencia condenatoria en materia criminal, sin que obren en el proceso legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción, por la cual se llama a juicio". Esta prueba es la que no se encuentra acreditada en este proceso, según mi modestísimo concepto.

Pero el error grave de la sentencia, consiste a mi modo de ver, en que con un mismo indicio, se quiere demostrar, tanto el cuerpo del delito, como la responsabilidad del acusado. No de otro modo se puede considerar el siguiente concepto.

"No puede desconocerse que él (el dictamen grafológico) constituye la prueba más grande de la responsabilidad del acusado *Bernal Contreras*, porque induce lógicamente a establecer, que por parte del procesado, efectivamente se realizó la adulteración de la letra de cambio por cuarenta mil pesos, con base en una letra, que originariamente fue extendida a su favor por la cantidad de mil pesos, por el denunciante *José Alejandro Quijano*".

Es decir, viene la sentencia a revivir la vieja teoría del Canciller del Rey D'Agueseau, de que el cuerpo del delito es el delito mismo, teoría que sufrió la más tremenda derrota histórica, cuando debido a la elocuencia de su autor, se le acogió para condenar a unos inocentes, en el célebre proceso del señor de la Pivardiere, y que vino a constituir el descrédito del ilustre abogado, teoría que según Ortolan, no es otra cosa que una amplificación oratoria.

Si según la sentencia, la adulteración se comprueba por medio de un dictamen grafológico, que existe en autos, y en el cual se afirma que la palabra *cuarenta*, se agregó al instrumento después de hecho éste; ese elemento (dictamen), no puede servir para acreditar las dos cosas al mismo tiempo; cuerpo de delito y responsabilidad.

A mi modo de ver, ese dictamen no tiene fundamentos científicos ningunos. El se apoya en el hecho de que al trazar la palabra *cuarenta*, hizo contacto con el arranque en signo de Durpachy de la letra a, superponiéndose el trazado de la última letra de *cuarenta*, sobre la primera de *mil*.

Este es el fundamento del dictamen, Duparchy fue un grafólogo, empírico y charlatán del siglo pasado, autor de unos pocos libros sin fundamento científico ninguno, que resolvió inventar ese signo de que habla el dictamen, y al cual le dio su nombre, signo con el cual pretendió adivinar el carácter, la psicología de ciertas personas, y manifestó que este signo se encontraba en las personas aquejadas del espíritu de contradicción, e indicó, que era aquel signo caligráfico, con el cual se marcaba el fin de las letras mayúsculas, como la *M* y en ciertas minúsculas, como la a, la d, la m, la l y lo definió como la cola de un felino, gato, tigre, león y con una gran inclinación hacia arriba del final de la letra, en esta forma (signos ilegibles).

En algunas personas, muy dadas a la figuración de la escritura, se ve esto como adorno, especialmente en cierta clase de letras de las llamadas elegantes, en las retocadas, en las exuberantes, en las rizadas y en todas las cuales el calígrafo gusta de adornar las letras, imponiéndoles un signo característico. Así por ejemplo, ese signo que no fue descubrimiento de *Duparchy*, como dice el dictamen, puesto que ya había sido notado por *Jean Hyppolite Michon* (1806-1881), justamente considerado como el padre de la grafología moderna, a la cual dio el nombre en 1870.

Pero es lo cierto, que este signo no puede encontrarse en el principio en la letra M, principio igualmente de la palabra *mil*, como dice el dictamen, porque no es posible hacerlo, se puede hacer en el final de dicha letra así (*) en la a, así (*), en la e (*), en la l, así (*), en la m (*), y en otras letras, pero en la m, al principio de la misma, no puede existir porque es imposible hacerlo.

La sentencia le da a ese dictamen grafológico, el carácter de plena prueba contra lo expresado por esa misma Corte, en numerosas jurisprudencias, entre otras, las siguientes:

"Debido a que la grafología no es una ciencia exacta, que obedezca a postulados conocidos y de precisión matemática, la ley procedimental no les otorga a dictámenes de esa naturaleza, el valor de plena prueba, sino que les asigna el de un indicio más o menos grave o vehemente, según los fundamentos y los medios técnicos de que se hubiesen valido para rendirlo" (Cas., 7 julio 1944, G. J., LVII, 434).

Esta jurisprudencia de esa honorable Corte, es no sólo sabia, sino acorde con los principios de la lógica y del sentido común, porque no puede ser posible, que a través de un solo signo indirecto y mediato, como ese de que habla de Duparchy, fundamento del dictamen, elemento muy débil, en relación con los demás que suministra el proceso, se pueda aceptar como plena prueba de una falsedad, de una intercalación ese dictamen; ésto es, tanto como desconocer la ley de la causalidad universal, que es el único criterio de todo principio o de todo adelanto científico, en una palabra, de toda investigación de la verdad. Los principios en que se funda la grafología no son inconcusos, con los que se pueda formar una ciencia, ni siquiera un arte específico, porque la grafología no tiene principios demostrados como verdaderos o axiomáticos que admitan con-

* NOTA DEL EDITOR: Signos no usados en imprenta.

clusiones ciertas y evidentes, jamás se puede llamar ciencia a la grafología; sus aplicaciones apenas tienen una muy escasa *probabilidad* en los casos particulares, sometidos a su estudio, pero nunca evidentes.

La grafología por carecer de principios, abunda en hipótesis, y este sistema ha sido el adoptado por la sentencia.

Los peritos grafólogos, suelen ser dogmáticos, afirmativos, irrefutables, incontrovertibles, y por eso mismo son muchos los errores judiciales en que han incurrido, por aceptarle a esos grafólogos sus conclusiones, y el caso más notable de ese error lo fue el proceso seguido a *Alfredo Dreyfus*, y no es éste el primer error, hay otros en que después de que los testigos han visto poner las firmas en documentos, o escribirlos, vengan a decir, con ingenuidad digna de mejor causa, como en el presente caso, en donde arbitrariamente afirman "que el campo libre de la zona de seguridad, que había sido calculada como para palabra de tres o cuatro letras y no de ocho, como la que trazo con posterioridad".

Y ésto se afirma por simple conjetura, por opinión personalísima, sin prueba alguna, como se afirmó lo de *Duparchy*, y se cita como autoridad para respaldar un dictamen, cuando aquel charlatán fue desnudado por su fértil imaginación y sus lucubraciones anticientíficas, por sabios verdaderos como *Jean Crepirecurt Jami*, que llegó a ser el jefe de la actual grafología francesa, o como *Charles Samson Fere*, médico y psicólogo, uno de los principales representantes de escuela psicológica de *Ribot*.

Tanto la sentencia del Tribunal, como ésta de la Corte, le dan fe al denunciante, cuando afirma que la letra por cuarenta mil pesos, sólo fue girada por mil. Pero es lo cierto, que fuera de lo dicho por el denunciante, no existe indicio que demuestre ser cierta tal afirmación.

En repetidas ocasiones, se le preguntó al señor *José Alejandro Quijano*, que dijera, cuál era la causa o el origen para haber girado esa letra de mil pesos, y hasta la fecha la pregunta se ha quedado sin respuesta, al través de diez años, que lleva la investigación, tal como al través de veinte siglos, se quedó igualmente sin respuesta, la pregunta que el pretor romano le hizo a *Jesús*, sobre qué era la verdad.

Pero existe un argumento favorable en grado sumo, al señor *Bernal*, que las dos sentencias no estiman y aprecian, teniendo el valor de prueba en su favor, y es éste: los números de las letras no han sido tachados en forma alguna. La letra aparece muy claramente, puesta en números la cifra en esta forma: 40-000, es decir entre el cero de 40 y los siguientes, existe un guión, y son los mismos peritos los que afirman:

"En el renglón de $ 40-000, ésta cifra es normal si se descarta el engrosamiento de los ceros mayúsculos. El '4' por ejemplo, fue trazado con ejecución simple, sin que en ningún caso, pueda decirse que allí originariamente estuvo escrito un '1', toda vez que su grama segundo cruza superpuesta al ángulo, '4(a)' suponente natural. De otra parte, no aparecen trazas de tinta borrada, ni falta de apresto en el papel, ni fibras sueltas". Los peritos afirman también que todo lo escrito corresponde al mismo color de tinta.

Si ésto es así, cómo decir, que existe la prueba de la adulteración de la letra, tan solo por una circunstancia que puede se (sic) desfavorable para el acusado, y se deja de considerar y de apreciar, esta otra que si le es favorable?

No cabe imaginar siquiera que esa letra se dejó en blanco, para escribirla después, primero, porque los denunciantes no se atrevieron a hacer semejante afirmación, y segundo, porque no es posible que en personas de ajetreos comerciales, como los denunciantes, pueda firmar letras, dejando en claro o en blanco, las cifras numéricas de las mismas. Esto nadie lo hace, y hay motivos para pensar, que menos lo harían los señores *Prieto* y *Quijano*.

El Tribunal le da gran valor al testimonio de *Marco Emilio Fonseca Infante*, por ser concuñado de *Carlos J. Bernal*, pero olvida que dicho testigo es empleado con remuneración, o lo fue en esa época de *José Alejandro Quijano* y de *Prieto*, y que para testigos de esa naturaleza existe el Art. 669 del C. J., que dice:

"Están impedidos para declarar por parcialidad que se supone:

"En los que están viviendo de sueldo o remuneración, que la parte les pague". Y este testigo era el contabilista de los denunciantes, y la persona que les arreglaba y les llevaba sus cuentas.

La sentencia desestima la declaración de *Juan Bautista Calderón*, quien afirma con otros testigos, que presenció cuando *Prieto* y *Quijano* le ofrecieron la comisión a *Bernal* del cinco por ciento (5%), por la permuta de sus fincas, y para ello dice, que como su hermano *Demóstenes Calderón* no afirma lo mismo, esta declaración carece de credibilidad. Pero es lo cierto, que *Demóstenes Calderón*, dice es: "Que en las varias entrevistas que hubo para la iniciación, como para la finalización del negocio, tuve yo conocimiento alguno de que *Quijano* y *Prieto* hubieran prometido o pactado comisión al señor *Carlos J. Bernal*". De que una persona no tenga conocimiento de un hecho, no quiere decir que el hecho no exista o no se haya verificado, pero *Demóstenes Calderón* no era apoderado, representante o agente de *Quijano y Prieto*, sino que obró en la negociación, en su propio nombre y en representación de *Ildefonsa Castillo V. de Calderón*, *Juan Evangelista*, *Pedro José*, *José Ramón*, *Esther* y *María Joseja Calderón*. En cambio *Juan Bautista* da muy clara razón de su dicho, y dizque la comisión se la ofrecieron a *Bernal*, el día en que se verificó la entrega de *Corralito*, una de las fincas de *Quijano*.

Mucha credibilidad dice la sentencia, que merece la afirmación de *Demóstenes*, la merecería, si hubiera sido apoderado del denunciante, pero no lo fue, y consta además que después de haber pactado seriamente una comisión con *Bernal*, se resistió a pagar, y éste se vio obligado a ejecutarlo, y al fin transaron el pleito. Puede merecer esa credibilidad, quien desconoce sus propios compromisos?

Qué interés puede tener *Juan Bautista Calderón* en este negocio?, ninguno, de manera que no se ve de dónde surja la tacha de falta de credibilidad para este testigo.

Se arguye que no pudo existir la tal comisión, porque si hubiera existido, ella se habría distribuido por partes iguales entre los denunciantes *Quijano* y *Prieto* y los *Calderón*. Pero ello no es así, y esa no es la práctica corriente en

el comercio. Quien busca agente para que le venda una finca, le paga a éste la comisión respectiva, comisión que es de uso la pague el vendedor, pero si al mismo tiempo una segunda persona busca al mismo comisionista y encarga de que venda otra propiedad, son dos negocios y dos personas, y dos comisiones distintas, y cada cual debe pagar la comisión respectiva. Eso es lo usual, y la práctica establecida para esta clase de operaciones, y no basta agregar que porque hubo permuta, solamente una parte debe pagar su comisión y la otra también, porque la permuta es venta, y si cada cual le encargó al comisionista de la venta de su propiedad, es justo que pague la comisión que le corresponde al comisionista.

No existe contradicción entre las declaraciones de *Alfonso Pinilla* con las de *Luis Alberto Carrera* y otros. Tanto *Pinilla* como *Guillermo Bernal* y *Rozo*, afirman haber visto firmar las letras en la oficina de *Bernal*, al final del mes de abril de 1952, y *Carrera* afirma es haber visto firmar la promesa de permuta en casa de *Bernal*, son dos cosas distintas, que no deben confundirse la una con la otra.

Por lo demás, yo prohijo los conceptos muy dicientes expresados por todos los agentes del Ministerio Público, que han intervenido en este proceso, y por los muy distinguidos jueces superiores que absolvieron al procesado, sobre que no existe comprobado en este informativo la responsabilidad de *Bernal*, en esa adulteración.

Los exhaustivos estudios que sobre este asunto, hicieron los doctores *Rafael Perico Martínez* (sic) *Miguel Sánchez Méndez* y *Jorge Escobar Zapata*, como Fiscales, y el magnífico estudio que sobre la prueba hizo el señor Procurador Delegado en lo Penal, los conceptos de los jueces superiores, doctores *Santiago Jiménez Rojas* y *Aldemar Rodríguez Rojas*, y los expresados por el doctor *Alberto Quintero Delgado*, Magistrado del Tribunal, me relevan de entrar a hacer un mejor análisis, de lo que se considera como prueba indiciaria, pero no terminaré este aparte, sin expresar que los indicios, de que se habla para condenar no pueden constituir la plena prueba exigida por la ley; el hecho de no haber denunciado *Carlos J. Bernal* en su declaración de renta el crédito por cuarenta mil pesos, valor de la letra, es cosa muy explicable, por cuanto no había recibido esa cantidad, y el de haberse estampillado la letra tiempos después de su firma. Esto último es una práctica muy general entre los ciudadanos. Pero todo ésto, no puede constituir indicio para condenar. En este particular, la sentencia al considerar estos hechos como indicios suficientes para condenar, se aparta de numerosas doctrinas de la Corte, consignadas en numerosos fallos, entre los cuales me basta citar el siguiente:

"Entiéndese por indicio —dice Dellepiane—, todos los hechos o circunstancias que en virtud de las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas, pueden llevar por vía de inferencias, a la reconstrucción de un hecho delictuoso, en su naturaleza, autores, móviles, efectos, y demás particularidades del mismo".

"Es decir, para que se tenga un indicio como elemento de convicción de la responsabilidad, es necesario que la existencia material del delito esté plenamente demostrada que el hecho indiciario se halle plenamente probado; que sean varios y graves, cuando uno solo no es necesario o concluyente para la

demostración de la responsabilidad; que sean independientes unos de otros; que no tengan el mismo origen en cuanto a la prueba; que no constituyan momentos sucesivos de un solo hecho, que sean convergentes y que se coordinen entre sí en tal forma que su conclusión sea el resultado natural y lógico de un todo coherente y se puede decir indivisible.

"Es claro, que cuando muchos indicios se refieren a un solo hecho no necesario, y cuando sus modos probatorios dependen de un solo argumento, la suma de éstos, por numerosos que sean, no forma la plena prueba que exige la ley para condenar. Porque en este caso, todos ellos no serían la expresión de diversos hechos indiciarios, sino de uno solo con un mismo argumento; es decir, sería un indicio no necesario, demostrado por varios convergentes que tratan de vigorizarlo, pero no de multiplicarlo.

"En estas condiciones, los hechos indiciales no serían independientes unos de otros, ni en cuanto a su origen ni en cuanto al modo de probarlos. Si el indicio no es necesario, la demostración que de él se haga por medio de hechos convergentes, no significa que esas circunstancias demostrativas se tengan ante la ley como diversos hechos indiciarios, sino como uno solo, separado por momentos sucesivos que en último término son partes integrantes de un solo hecho. (Casación Penal, abril 28 de 1949, G. J., T. LXV, 2070-2071).

Lo más interesante indudablemente en cada proceso, es el estudio de los elementos espirituales de los personajes que intervienen en él. Todos los seres dentro de la naturaleza gozamos del mismo patrimonio, el aire, la luz, el calor, la tierra y nos ofrecen por igual sus dominios, la diferencia estriba en la transformación que cada sér imprime a sus especiales aptitudes y a sus propios estímulos. El amor, el heroísmo, la filantropía, la magnanimidad, el honor, el culto al deber, forman un lote para cada hombre, sea cual fuere la posición que ocupe y el cultivo que haya dado a su inteligencia, pero este patrimonio se fomenta por unos o se descuida o se adultera por otros, de manera que en cada individuo el tesoro moral, resulta mucho menos útil a los fines de la vida, según prevalezcan en él propensiones infecundas, buenas o malsanas.

Pero lo peor, no está en que lo malo se realice, sino que lo admita como bueno aquél que lo ejecuta, porque ello viola el sentimiento moral. El honor debe fundarse en la apreciación de las propias acciones, y en este sentimiento entra por mucho la delicadeza y la propia honorabilidad. Esta no puede admitir grados, se es perfectamente honorable con todos y en todo sentido, o no lo es. No puede aceptarse que esa honorabilidad no sufre mengua, por el hecho de que se defraude al tesoro público o se le trate de engañar, con el fin de obtener un mezquino interés de lucro, tan defraudador lo es, el que se vale del engaño con el tercero ingenuo, que aquél que hace lo mismo con los fondos nacionales.

Al leer el expediente, encuentro ciertos hechos, que no acreditan mucho la causa del denunciante. Estos hechos son los siguientes:

Al folio 33 del expediente, aparece un sospechoso memorial en el cual se afirma, que en la mañana, de ese día 3 de septiembre de 1954, el abogado del denunciante "recibió una llamada telefónica, de una persona que le manifestó que la señora *María Prieto* y un señor *Preciado*, conocían detalles de la investigación", y pedía se recibiera esas declaraciones.

Lo curioso del memorial, en cuestión, es que está escrito en papel del Juzgado, y para disimular el caso, se invirtió el margen que dicho papel tiene

al principio y al fin, es decir, se principió a escribir, por la parte de abajo, y la escritura se hizo en tinta colorada, en el mismo tipo de máquina de las que el juzgado había empleado, para escribir varias de las diligencias del proceso. Ese mismo día tres de septiembre, dice la diligencia "se presentó" en el Juzgado la declarante *María Olimpia Prieto de Bernal*, que indica que memorial y testigo llegaron al mismo tiempo al despacho del juez.

Posteriormente esta mujer descubrió el pastel, en declaración que obra al folio 131 y siguientes, refiriendo, que a su cigarrería, se presentó *Pablo B. Quijano*, hermano del denunciante, y le ofreció darle la suma de "dos mil pesos cachimoniados", si iba a declarar conforme lo que él le aconsejaba, o sea que su esposo, quien es primo del denunciante, le había contado que *Carlos J. Bernal* había falsificado una letra, y que se valió del hecho de que estaba celosa de su marido porque tenía una querida".

Qué pensar de una causa en donde para ganar una denuncia se apela a medios como éstos? Con respecto al memorial de *Juan Bautista Calderón*, basta leer su declaración para saber qué fue lo que pasó con ese escrito.

Otro detalle: la negociación se hizo por la suma de *ochocientos mil pesos*. Pero para defraudar al Fisco, se hizo aparecer en la escritura que éste no era el valor real, de cada una de las fincas de la permuta, y en la escritura número 2892 otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, con fecha de agosto de 1952, el negocio se hizo figurar por la suma de *trescientos cincuenta mil pesos*, para cada una de las fincas. Es decir, que por este concepto los señores *Demóstenes Calderón*, de cuya honorabilidad se hacen elogios, lo mismo que de su credibilidad y del señor *Quijano*, estos señores defraudaron al Fisco Nacional, en los diversos impuestos de registro de anotación y sobre la renta, en un capital de *novecientos mil pesos*.

Todo ésto hace sospechosa esa credibilidad, porque quien tal hecho comete en una escritura pública, no puede ser persona de absoluta credibilidad, según las reglas de la crítica del testimonio.

Por lo demás, no debe perderse de vista, que no obstante haber pactado la parte de los *Calderón*, su comisión con *Bernal*, rehusaron pagarla, por lo cual éste se vio obligado a ejecutarlos.

Las anteriores son las razones que me llevan a salvar el voto en esta delicada cuestión, no obstante el inmenso aprecio que tengo por los señores Magistrados, y especialmente por el ponente de ella, pero estimo y creo que aquí, como lo afirmaron los agentes del Ministerio Público, sin distinción, no se configura la prueba plena, para imponer una pena tan grave, como son cuatro años de presidio, por un hecho, que en mi modesto modo, no está plenamente comprobado.

(Fdo.) *Carlos Arturo Díaz.*

(Fdo.) *Pioquinto León L.*, Secretario.

Bogotá, septiembre 12 de 1964.

HOMICIDIO. COPARTICIPACION CRIMINAL

Tanto el autor único del delito como los copartícipes o cómplices necesarios, están sometidos a la misma pena. — Formas de participación criminal. — Unidad de intención y colaboración física de unos y otros para configurar un solo hecho. — Distinción entre autor y partícipe. — Cuestionarios sometidos al jurado. Causal 4ª invocada.

Corte Suprema de Justicia. — Sala Penal. — Bogotá, septiembre veintitrés de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez).

VISTOS

Procede la Sala a resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Montería, de 16 de diciembre del año próximo pasado, por la cual le fue impuesta al recurrente *Ramón Elías López Obando*, y a los procesados Julio Cósar Jaramillo Ríos y José Joaquín Torres, las penas de quince, dieciocho y doce años de presidio, respectivamente, como responsables del delito de homicidio.

El demandante invoca la causal cuarta de casación.

HECHOS

El Juzgado 2º Superior de Montería, hace la siguiente síntesis de lo ocurrido:

"En la mañana del expresado viernes 21 de junio de 1957, hallándose el señor Rodrigo Ricardo Martínez y el personal de trabajadores de la hacienda 'Venecia' dedicados a sus labores ordinarias, fueron sorprendidos por la inusitada visita de ocho sujetos desconocidos, mal trajeados y de aspecto sospechoso, sujetos éstos, que en un principio se expresaron en términos cordiales, solicitando se les diera algún alimento, porque todavía no habían desayunado, desarrollándose un diálogo amistoso, que no hacía preveer la proximidad de la tragedia. De un momento a otro uno de los del grupo recién llegado, que se hallaba frente a don Rodrigo Ricardo, inmotivada y sorpresivamente disparó su arma de fuego contra él, sin que le valieran las súplicas que le hacía para que no lo ultimara, actitud que fue imitada inmediatamente por el resto de personas recién llegadas. También una de éstas, en forma por demás alevosa y cruel, disparó en forma seguida contra Narciso Aduén Regino, quien se hallaba en la puerta de la cocina esperando la preparación del desayuno para servirlo a los recién llegados. Asimismo, esta agresión se perpetró sin atender las súplicas lastimosas que le hiciera Carmelina Cogollo, amante de Narciso. Otro grupo

arremetió contra dos obreros que allí arreglaban unas cercas de alambre. El ataque dio el resultado antes dicho, de cuádruple homicidio en la persona del administrador de la hacienda y en las de tres de sus trabajadores".

DEMANDA Y RESPUESTA DEL MINISTERIO PUBLICO

Invoca el actor la causal cuarta de casación, pues considera que la sentencia es violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Al respecto, anota lo que pasa a transcribirse:

"Las dos fugaces oportunidades que el auto de proceder ubica la responsabilidad de los tres imputados, según las transcripciones hechas antes, dicen que Julio César Jaramillo, es 'uno de los autores materiales de los hechos', lo cual indica que existen otros autores materiales, ésto es, que todos son coautores. Estos otros son, como agrega la misma pieza de enjuiciamiento, José Joaquín Torres y Ramón Elías López, quienes 'deben responder de los mismos hechos de aquél'. El pliego de cargos, pues, puntualiza la conducta criminosa de los tres sujetos en recíproca correspondencia, declarándolos coautores, aunque no utilice este término. Además, la coautoría conjuga con el desarrollo de la acción punible, según la prueba precaria que se adujo al informativo.

"El cuestionario propuesto al jurado, en lo que concierne al recurrente, está redactado así:

'El acusado Ramón Elías López Obando, es responsable de haber ocasionado la muerte a los señores Rodrigo Ricardo Martínez, Ramón Sayajón, Reyes Caldera y Narciso Aduén Regino, a quienes con el propósito de matar en forma cruel y alevosa les infirió varias heridas con arma de fuego (carabina) y cortante (machete); hecho éste que tuvo lugar en la finca Venecia, comprensión municipal de Montelibano, el día veintiuno de junio del año de mil novecientos cincuenta y siete (1957)?'

"Exactamente la misma pregunta, sin variación gramatical ni ideológica, sin cambiar siquiera las comas, se formuló respecto de los otros dos procesados. Los jueces de conciencia contestaron afirmativamente, si bien agregando una consideración sobre los móviles políticos que en nada modifica el veredicto..."

Anota el demandante, sobre este particular, que "de esta comprobación aparece que cada uno de los procesados es autor exclusivo de las cuatro muertes, pues los cuestionarios prescindieron del concurso que cada uno prestó en la obra común, según el auto de proceder. En lugar de inquirir por los actos de participación en el resultado criminoso total, preguntaron por la autoría única, de modo que al afirmarla se llega a estas ineludibles negaciones: Si López Obando fue quien ocasionó las cuatro muertes, no pudieron los otros procesados hacer lo mismo, y viceversa. Hablando de otra manera: Se planteó al jurado el nexo causal existente entre la conducta de cada procesado y las muertes producidas, dejando de lado la connivencia de que trata el auto de proceder. Se olvidaron las distintas manifestaciones de la codelincuencia, y de allí que los jueces populares no hubieran podido contemplar esa necesaria relación recíproca que surge del decreto de enjuiciamiento. Fuera de que resultan tres autores aislados, con responsabilidad individual única, la mala redacción de los cuestionarios llevó a indiscriminaciones absurdas, como las que destaco a continuación:

"Al admitir que los tres procesados fueron causa de las cuatro muertes, cada uno por su lado, se niega la evidencia procesal, pues no todos los cuatro homicidios fueron cometidos en igualdad de condiciones, ni con las mismas armas. Revísese la diligencia de autopsia (Fls. 57 a 60 del Cd. 1º) y se acreditará que sólo el cadáver de Rodrigo Ricardo Martínez, mostraba una herida cortante, localizada en la región anterior del cuello, y que las otras dos lesiones eran de arma de fuego... En esta forma, al jurado se le obligó a falsear la evidencia misma de los hechos fundamentales referentes al cuerpo de los delitos consumados. Al decir que todos murieron de la misma manera, se rompe la estructura del proceso, se crean nociones erróneas, se adultera la verdad objetiva, que es la base del juicio y de la condenación.

"El auto de proceder, admitió que Jaramillo Ríos era el único autor de la muerte de Narciso Aduén Regino, pues en su indagatoria confiesa haberlo hecho él solo. Sin embargo, los cuestionarios, contrariando otra vez la evidencia, preguntaron por la responsabilidad de los tres procesados en ese mismo delito; y el jurado no pudo menos que reconocer esa responsabilidad conjunta, a pesar de estar individualizada.

"Prueba de que los cuestionarios estuvieron mal formulados, es la sentencia acusada, la cual, como hemos visto, y en tres ocasiones, llama partícipes a cada uno de los condenados. Si son partícipes, es porque hay una obra común. Si son partícipes, no son autores exclusivos de esa obra".

Manifiesta el actor que, "en síntesis, los cuestionarios están en desacuerdo con el auto de proceder, porque éste canaliza la persecución punitiva en forma de una coparticipación criminosa, mientras que aquéllos inquieren por tantas acciones y tantas causas cuantos son los enjuiciados. A su vez, la sentencia está en desacuerdo con el veredicto del jurado, pues responsabiliza y condena por asesinato en una complicidad correlativa que el Tribunal popular no pudo considerar, ya que no le fue propuesta en los cuestionarios, como es de imperiosa obligación legal. Pero, como la irregularidad parte de la mala redacción de las preguntas, es preciso corregirla aplicando la causal cuarta de casación.

"El veredicto...", agrega el demandante..., "al reconocer que todas las víctimas murieron por la acción de armas de fuego y armas cortantes, es contrario a los hechos fundamentales del proceso; y al afirmar la acción individual aislada, sin vincularla en la obra colectiva reconocida en el auto de proceder, es contradictorio, pues si Jaramillo es el autor de las cuatro muertes, excluye la participación de los otros; si es López Obando la causa única, los demás no pueden ser responsables, y si fue Torres quien ocasionó la múltiple tragedia, son inocentes los dos primeros.

"Sin embargo, como la contradicción no depende sólo de las respuestas dadas por los jueces de conciencia, sino del erróneo planteamiento hecho por el funcionario del conocimiento, no acuso el fallo de acuerdo con la causal séptima del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, porque la alegada, es decir, la cuarta, es la que facilita la enmienda del absurdo creado.

"Tampoco acuso el fallo por su desacuerdo con el veredicto del jurado, pues ello perjudicaría al recurrente. Pero sí puntualizo la falla para robustecer la petición de nulidad, a partir del auto que señaló fecha para el sorteo general de jurados, ya que los que actuaron están impedidos según el artículo 493 del estatuto procesal".

Por último, expresa el actor lo siguiente:

"Los cuestionarios se apartaron del artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, que indica cuál es la forma propia y el contenido de dichas piezas procesales. Según el texto citado, las preguntas deben referirse:

"*Primero.* Al nexo causal entre la acción y el resultado antijurídico, determinando los hechos acusatorios conforme al auto de proceder, para el efecto de deducir o negar la responsabilidad.

"En el presente caso los cuestionarios no estuvieron de acuerdo con los cargos que motivaron el enjuiciamiento, disconformidad que se acredita de doble manera:

"a) Porque el auto de proceder reconoció actos de participación en la obra común, y no actos de autoría exclusiva en dicha obra, para cada uno de los agentes. Debió preguntarse al jurado por la responsabilidad en concurso recíproco, según el inciso primero del artículo 19 del Código Penal, pues se trataba de varios infractores y varios delitos; o bien, por la responsabilidad en complicidad correlativa que acoge el fallo acusado;

"b) Porque el auto de proceder, acoge el dictamen de los peritos médicos, sobre los instrumentos que fueron utilizados para causar las cuatro muertes, de las cuales sólo una se produjo por el doble efecto de la carabina y el machete. Las otras tres fueron ocasionadas con arma de fuego, exclusivamente. Sin embargo, los cuestionarios propusieron modalidades ejecutivas uniformes, contrarias a la prueba del elemento material del cuerpo del delito, tal como lo había admitido el decreto de procesamiento.

"*Segundo.* A las circunstancias específicas dentro de las cuales se llevó a cabo el delito, por ejemplo, si concurrieron agravantes o atenuantes genéricas, sin darles denominación jurídica.

"El auto de proceder enuncia un sistema de coparticipación o de complicidad, que luego el fallo acusado llama correlativa, y los cuestionarios prescinden de estas circunstancias importantísimas. El jurado no pudo pronunciarse sobre cualquiera de ellas, simplemente porque no se le plantearon. Las actas de la audiencia, acusan un vacío enorme sobre el particular, porque nadie, ni el Fiscal, ni los defensores, pudieron siquiera aludir a las previsiones del artículo 385, que modifican la responsabilidad, ni a las del artículo 19, que configuran el concurso recíproco.

"Si los cuestionarios se redactan prescindiendo de los mandamientos establecidos en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, se viola la forma propia de los juicios en que interviene el jurado, quebrantando por igual el artículo 26 de la Constitución Nacional.

"Las irregularidades denunciadas, ésto es, el hecho de haberse apartado del auto de proceder en lo tocante a las causas de las muertes, uniformándolas a pesar de haber sido distintas; y el hecho de no mencionar la coparticipación o la complicidad que luego es base del fallo condenatorio, han desfigurado el momento más trascendental del juicio y creado un procedimiento no previsto en las normas vigentes, actuaciones judiciales que se sancionan con la nulidad, conforme al numeral 4º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Pero la nulidad no proviene de haber violado exclusivamente las pautas del juzgamiento, previstas en dicho estatuto, sino de haber desconocido el artículo 26 de la Carta".

Agrega que "los cuestionarios crean confusión entre autores y coautores..." y si bien... "deben sufrir la misma pena, es preciso que el juicio particularice la intervención individual para determinar correctamente la responsabilidad, más aún, para la imputación misma, a fin de que el agente sepa cuál es la atribución de que debe defenderse. Estas discriminaciones son indispensables, y si, como en el caso de autos, no logran hacerse, es forzoso interrogar al jurado por la complicidad correlativa para su reconocimiento o denegación. No hacerlo así, es violar la forma específica del juicio, incurriendo en la nulidad correspondiente; y un fallo dictado en un juicio nulo, es igual a nada, no existe. La jurisprudencia vuelve en auxilio de este planteamiento...", según la sentencia de casación, de 7 de febrero de 1955 (G. J., T. LXXIX, Pág. 579), en la cual "todo lo dicho, fue lo que ocurrió en el caso de autos: el veredicto no se ajusta a la realidad procesal, y por eso mismo, desconoce la verdad histórica de los hechos que motivaron el enjuiciamiento. No puede admitirse un solo autor, cuando el auto de proceder ha reconocido el concurso de varios. Ni puede afirmarse una modalidad ejecutiva, cuando el auto de proceder habla de varias. No puede decirse que los hechos se cometieron con arma cortante y arma de fuego, cuando la verdad histórica, admitida en el auto de proceder, determina apenas la actuación mediante la segunda".

El señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, estima que los cargos señalados por el demandante "son evidentes...", pues... "estudiado el auto de llamamiento a juicio proferido por el Juzgado 2º Superior de Montería, se hace ostensible, que en dicha providencia se reconoció abiertamente actos de participación de todos y cada uno de los encausados en la tarea, u obra delictiva; en el enjuiciamiento no se determinó de manera exclusiva los actos que cupieran a cada uno de los agentes de los delitos cometidos el 21 de julio de 1957 en la finca 'Venecia'," de jurisdicción de Montería. Acordes con este auto de enjuiciamiento, los cuestionarios que posteriormente se sometieron al Tribunal de conciencia, han debido contener preguntas atañederas a la responsabilidad que correspondía a los procesados en concurso recíproco, teniendo en cuenta el Art. 1º del Código Penal, en su inciso 1º. También ha debido preguntarse al jurado sobre la complicidad correlativa que consagra el Art. 385 del mismo Código, teniendo en cuenta, que en el caso que se cuestiona, varias personas fueron las que tomaron parte en la comisión de los homicidios.

"Habiéndose tenido en especial consideración el dictamen de los médicos legistas, sobre los instrumentos usados para causar las muertes, y teniendo en cuenta que éste aclara que sólo una de ellas se produjo por efecto de la carabina y del machete, y las otras tres fueron ocasionadas con arma de fuego, los cuestionarios han debido ser propuestos bajo modalidades de ejecución diferentes, y no, como se hizo, de manera uniforme.

"... Considera este despacho, que en la pregunta sometida al jurado, se alteró esencialmente el pliego de cargos deducido en el auto de proceder; cree, además, que las acusaciones formuladas por el impugnador han sido meridianamente comprobadas y demostradas. Así, la nulidad supralegal o constitucional alegada, emerge con entera realidad..."

LA SALA CONSIDERA

Se dice en el auto de proceder, proferido por el Juzgado 2º Superior de Montería, el día 31 de octubre de 1961, que "comprobado como está, en forma plena el cuerpo de los delitos cometidos, y acreditada la responsabilidad penal de los sindicados..." Julio César Jaramillo Ríos, Ramón Elías López Obando y José Joaquín Torres..." como sus verdaderos autores, estamos en el caso, según lo dispone el Art. 429 del C. de P. P., de abrir en contra de ellos juicio criminal ordinario, para que ante el jurado respondan de su conducta".

Se alude, asimismo, en este proveído al dictamen de los Médicos Legistas, según el cual se emplearon contra las víctimas, armas de fuego y arma cortante, pero ésta última, sólo con respecto al occiso Rodrigo Ricardo Martínez.

Ahora bien:

Corresponde admitir, que el cuestionario no aclara, que sólo una de las víctimas fue herida con arma cortante. Pero esta deficiencia en nada afecta la particularización del cargo que se hace a cada uno de los enjuiciados, y sobre el cual se interrogó a los jueces de conciencia. Mucho menos, permite afirmar que por tal motivo se desconoció, para *López Obando*, el derecho de defensa.

También *cabe aceptar, que en el auto de llamamiento a juicio, se plantea un caso de coparticipación criminal en los hechos averiguados, y en el cuestionario se habla de autoría de cada uno de los codelincuentes Jaramillo Ríos, Torres y López Obando, en la muerte violenta de Rodrigo Ricardo Martínez, Ramón Sayajón, Reyes Caldera y Narciso Aduén Regino. Pero este desacuerdo del cuestionario, con el auto de llamamiento a juicio, no tiene efectos prácticos en relación con la pena, pues de acuerdo con el artículo 19 del Código Penal, "el que tome parte en la ejecución del hecho, o preste al autor o autores, un auxilio o cooperación sin los cuales no habría podido cometerse, quedará sometido a la sanción establecida para el delito". Esto es, que tanto el autor único del delito, como los copartícipes o cómplices necesarios, están sometidos a la misma sanción penal.*

Si en determinado caso, se denomina autor al coparticipe o al cómplice necesario, esa inadecuada calificación, desde el punto de vista de la técnica jurídica, ninguna modificación en el grado de la responsabilidad penal produce, puesto que, como se dejó observado, la sanción en uno y otro caso es la misma. Así lo indica la Sala en providencia de 15 de noviembre de 1944 (G. J., T. LVIII, Pág 340).

Cuando el delito es obra de varias personas, se tiene, como es conocido, un concurso de delincuentes, o, mejor, una participación criminal.

La doctrina tradicional señala dos formas de participación: la primaria y la secundaria. Aquélla, cuando se refiere al concurso físico, toma el nombre de coautoría, siendo de orden síquico, si se trata del determinador o del instigador. La participación secundaria, corresponde a lo que se denomina complicidad. En cuanto a ésta última, la legislación penal colombiana, distingue la complicidad necesaria y la no necesaria, señalando para aquélla, como se ha visto, la misma pena prevista para el delito, y una represión menor para ésta.

La conducta —de acción u omisión— de los distintos socci sceleris, al aparecer conectada material y moralmente, constituye un conjunto de fuerzas que

se dirigen a un fin común o unidad de intención criminal. La conexión que resulta de las distintas actividades de los copartícipes, cuando todos obran determinados por esa voluntad de cooperar al hecho que constituye el delito, excluye que ninguno de ellos resulte ajeno a las consecuencias penales, en igual grado de las que se desprenden para los demás codelincuentes. Es que la unidad de la intención criminal, dentro de las distintas actividades de los copartícipes, cuando éstas se completan recíprocamente, tiene la virtualidad de aunar, asimismo, la diferente colaboración física de unos y otros, para configurar un solo hecho.

De esta manera, las distintas acciones pertenecen a todos y a cada uno de los copartícipes, pues si el fin es común, también lo es la actividad conjunta puesta en juego para conseguirlo.

El tratadista *Francisco Antolisei*, en su *"Manual de derecho penal"* (Editorial "Uthea", Buenos Aires, 1960), dice lo siguiente: "Si, por ello, las distintas acciones de los partícipes no pueden ser valoradas aisladamente, en cuanto no son más que partes de una operación única, si dichas acciones no pertenecen sólo a aquéllos, que inmediatamente las han realizado, sino a todos y a cada uno de ellos, debe deducirse, que no sólo quien ejecuta la acción que parece principal —sino todo *socio sceleris*— es autor del delito. La responsabilidad de los diversos participantes, encuentra su justificación precisamente en el hecho de que todos son autores de él, por pertenecer a cada uno de ellos la operación conjunta que ha dado origen al delito mismo" (Pág. 397).

Es cierto que, doctrinariamente, es diferente el alcance de autor al de copartícipe. El mismo tratadista antes citado dice que, "a nuestro entender, para evitar estas consecuencias inadmisibles, se hace necesario —exclusivamente a los fines de distinguir entre autor y participante— considerar de forma separada las acciones de los diversos concurrentes. No debe decirse que es autor, quien realiza la acción típica, sino que es preciso decir, que es autor quien practica una acción que, considerada en sí misma, es conforme con la descrita en el modelo abstracto de delito. En consecuencia, es partícipe el individuo que realiza una acción, que por sí sola, no realiza el tipo penal. Así, es partícipe y no autor, por ejemplo, el mandante de un homicidio, ya que su acción, considerada independientemente de la sucesiva del mandatario, no corresponde a la figura del delito" (Pág. 399, de la misma obra).

Agrega *Antolisei* (Pág. 399, ib.), que "es coautor el concurrente que, juntamente con otros, ejecuta total o parcialmente la acción típica, como en el caso de varios individuos, que puestos de acuerdo, disparan simultáneamente contra una persona, o en el caso de varios ladrones que sustraen conjuntamente de un banco una pesada caja fuerte. Una vez que esté clara la noción de autor, la configuración del coautor no da lugar a dificultades".

Pero, se repite, *en el ámbito de la legislación penal colombiana, estas distinciones no tienen valor práctico desde el punto de vista de la represión penal, pues se indica la misma (Art. 19 del C. P.), salvo cuando se trata de la complicidad no necesaria, para la cual se señala una pena inferior (Art. 20 ib.).*

Así, pues, si en el auto de proceder de que se ha hecho referencia, se plantea una coparticipación criminal, y en el cuestionario propuesto al jurado se habla de autores, ninguna modificación del cargo se ha hecho con esta diferente denominación, por cuanto las consecuencias penales son idénticas.

Si se recuerda que coautor, es quien comete un hecho delictuoso conjuntamente con otros autores, es decir, en cooperación consciente y querida, se tiene que esta clase de cooperación surge de la prueba fundamental del auto de llamamiento a juicio, proferido por el Juzgado 2º Superior de Montería, ésto es, de lo que afirma el procesado **Julio César Jaramillo Ríos**, quien dice lo siguiente:

"Después de éstos, seguimos mis siete compañeros y yo, camino a 'Venecia' ..., a donde llegamos a eso de las siete y media u ocho del día... Nosotros no habíamos desayunado todavía, pero sí nos habían dado tinto, cuando estábamos conversando con los de la casa. Cuando el señor de la finca nos acabó de contar lo que dejo dicho, el jefe de nosotros le aflojó un disparo, estando todos sentados, y estando ese señor en frente de nosotros... Tan pronto cayó muerto el señor de la finca, hicieron un disparo los de mi grupo y me alcanzaron a herir en los dedos de la mano derecha... y, entonces, yo me fui para la cocina y le hice unos disparos a un señor que estaba ahí, y éste me decía que no lo matara, que viviera el partido liberal, que él era de los mismos... Cuando le hicieron los disparos al primer señor que nos ofreció desayuno, y yo le hice los disparos al de la cocina, al mismo tiempo otros compañeros míos le hacían otros disparos a los muchachos que estaban en el alambrado, y también los mataban, y entonces mis compañeros, al no encontrar las llaves de las piezas para requisar, empezaron a la fuerza a abrirlas, como así sucedió..."

También manifiesta este sindicado lo que pasa a transcribirse:

"Lo que pasó fue lo siguiente: El día miércoles me volé de la Inspección de Policía de Puerto Antioquia, en donde me encontraba detenido, por razón de un homicidio de que me sindicaban, y en virtud de las gestiones y halagos que me hacía un individuo, cuyo nombre ignoro, para que yo, sabedor él de mi capacidad de combate, me uniera a otro grupo de personas, para enfrentarme a la chusma de liberales que se decía estaban en 'El Cañón Man'. Todo el día miércoles estuve escondido en los rastrojos del camino, y a eso de las seis y media de la tarde, arranqué para encontrarme con los otros en donde ellos me habían quedado de esperar, y que fue en la orilla del monte de 'La Ratonera' y nos encontramos a eso de las ocho de la noche. En este punto me estaban esperando unas siete personas, y todos estaban armados, y también tenían una carabina que es la que se me pone de presente... Al día siguiente... seguimos mis siete compañeros y yo, camino a 'Venecia', pasando por un lado de 'Ure', es decir, por las mangas, y a la hacienda de 'Venecia' llegamos a eso de las siete y media u ocho del día..."

Así, pues, en el caso que se examina, dada esa unidad de intención criminosa que animaba al grupo que asaltó la hacienda 'Venecia', donde ocurrieron los hechos averiguados, no era necesario que se preguntara a los jueces de conciencia, si cada uno de los sindicados llamados a juicio dio muerte a todos y a cada una de las personas que allí perecieron, para inquirir sobre la responsabilidad de aquéllos, precisamente por cuanto se trata de un concurso recíproco. En consecuencia, si en los cuestionarios a que alude el demandante, se pide a los jueces de hecho, que respondan si los enjuiciados son responsables de la muerte ocasionada a Rodrigo Ricardo Martínez, Ramón Sayajón, Reyes Caldera y Narciso Aduén Regino, a pesar de que no todos, ni cada uno de los procesados, directamente, consumó los cuatro homicidios, no por ello se entrabó el derecho de defensa de éstos, pues, como se ha dicho, se trata de un caso

de coparticipación criminal en el que, dada la unidad de intención delictuosa, basta con que se tome parte en alguno o algunos de los actos ejecutivos del reato o reatos.

La Corte, en el fallo que cita el demandante, es verdad que dice que "cuando en la pregunta sometida al jurado, se altera esencialmente el pliego de cargos, deducido en el auto de proceder, y por esa causa los jueces de conciencia, dan un veredicto que no se ajuste a la realidad procesal... se viola el artículo 26 de la Constitución Nacional, y hace nulo lo actuado". Pero en el presente asunto, ni se llevó a cabo esa alteración del pliego de cargos que se hace en el llamamiento a juicio, ni el veredicto dejó de ajustarse a la realidad procesal, si se tiene en cuenta lo declarado por el sindicado Jaramillo Ríos y el reconocimiento que de los sindicados se hizo por varias personas.

Téngase en cuenta, además, que el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943 dispone, únicamente, que el cuestionario que el juez someta al jurado, determine el hecho o hechos, materia de la causa, conforme al auto de proceder, señalando las circunstancias que lo constituyen, sin darles denominación jurídica. Y los hechos que constituyen el cargo a los procesados, en este caso, fueron propuestos a los jueces de conciencia, según aparecen indicados en el auto de llamamiento a juicio, si bien en el cuestionario se habla de autores, y en el auto de proceder se plantea una coparticipación criminal. Pero, como se ha expresado varias veces, ese cambio de denominación no tiene repercusión alguna con respecto a la sanción penal.

No resulta, por tanto, que al procesado recurrente se le hubiera desconocido el derecho de defensa, y, en consecuencia, no aparece demostrado el cargo propuesto con invocación de la causal cuarta del Art. 567 del C. de P. P.

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 señor Procurador 2º Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Montería, de que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Antonio Moreno Mosquera, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta.

Pioquinto León L., Secretario.

LA CORTE REITERA SU DOCTRINA RELATIVA A QUE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION, SOLO PERMITE EXAMINAR SI EN LA SENTENCIA ACUSADA EL TRIBUNAL, AL APRECIAR LAS PRUEBAS, INCURRIO EN YERRO EXTREMO Y EVIDENTE

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, veinticinco de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta).

VISTOS

El defensor de los procesados *Bernardo, José de Jesús* y *Carlos Sanmartín López*, interpuso recurso extraordinario de casación contra la sentencia proferida el catorce (14) de junio de mil novecientos sesenta por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en la causa seguida contra ellos, por el delito de homicidio, calificado de asesinato.

Concluido el trámite del recurso, la Sala procede al estudio de las demandas para su decisión de fondo.

ANTECEDENTES

1º) Este proceso, rituado conforme al Decreto legislativo 0012 de 1959, vigente para la época y lugar en que ocurrieron los hechos, tuvo su origen en la Inspección de Policía de Ceilán, en razón de los acontecimientos que resume en los siguientes términos, la vista del señor Fiscal del Juzgado Primero Superior de Buga:

"El Inspector de Policía Departamental del Corregimiento de *Ceilán*, Municipio de Bugalagrande, con fecha 22 de marzo del año en curso, practicó la diligencia de levantamiento del cadáver de *Jesús Antonio Montoya Saldarriaga*, quien había recibido muerte violenta en el café denominado *'Bar Social'*, de propiedad del señor *Bernardo Sanmartín*, ubicado en el marco de la plaza. Se constató que el occiso había recibido varios impactos, producidos con arma de fuego.

"Narra la investigación, que *Montoya Saldarriaga*, se encontraba prestando servicio militar en la *Cuarta Brigada de Medellín*. Que había venido a *Ceilán* con permiso, por motivo de la muerte de su padre, quien también había recibido muerte violenta días antes. Que durante la mañana del día de los hechos, anduvo con varios amigos, tomando cerveza en varios establecimientos. Que probablemente por la pena que lo agobiaba, excitado por el licor, tuvo algunos altercados con personas de la localidad, quienes al ver que eran ultrajados, acudieron

al Inspector para que le llamara la atención sobre su comportamiento. Que el Inspector *Libardo Avila Díaz*, le hizo las advertencias necesarias, solicitándole que no molestará a los ciudadanos, y que más bien se fuera para su casa, lo que fue aceptado por *Montoya*. Así puede verse la declaración del Inspector, de folios 39. Que en las horas de la tarde, había entrado *Montoya Saldarriaga* al establecimiento de *Sanmartín*, denominado *'Bar Social'*. Que éste lo hizo después de ser reconvenido por el Inspector, para que se fuera para su casa. Que tan pronto entró a dicho establecimiento, se oyeron varios disparos de arma de fuego, acudiendo inmediatamente la policía, que cuando llegaron ya encontraron tendido en el suelo al soldado *Montoya Saldarriaga*. Que en el acto, algunos agentes de policía detuvieron a *Bernardo Sanmartín*, lo mismo que *José de Jesús Sanmartín*, hermano del anterior. Pero que el nombrado *Bernardo*, desde el primer momento declaró ser el autor de la muerte de Montoya.

"... En la presente investigación, la prueba testimonial recogida, da distintas versiones sobre la manera como los hechos se desarrollaron. A la vez que los empleados del café del sindicado *Sanmartín*, corroboran su dicho, de que fue atacado con un cuchillo por el occiso, y que por ésto disparó su arma de fuego, otros han manifestado que los hechos no pasaron en esa forma, sino que a pocos momentos de haber entrado *Montoya Saldarriaga*, le hicieron simultáneamente varios disparos, no sólo *Bernardo*, como lo ha confesado, sino también su hermano *José de Jesús*. Las pruebas de cargo que existen contra Jesús llevaron al Comisario Quinto de Instrucción Criminal a dictarle auto de detención (Fl. 208)".

2º) Dado el procedimiento a que hubo de someterse el juicio, la calificación del delito, sus modalidades y circunstancias, así como el grado de responsabilidad de cada uno de los sindicados, fueron cuestiones que la instancia definió en la sentencia de dos de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, dictada por el Juzgado Primero Superior del Distrito, ya nombrado.

Según este fallo, "dentro de autos aparece diáfanamente producida la prueba plena y completa de la responsabilidad penal de los procesados Bernardo y José de Jesús Sanmartín López, en el homicidio consumado en la persona del soldado Jesús Antonio Montoya Saldarriaga, agravado este hecho dentro de las condiciones de los numerales 2º y 5º del Art. 363 del C. Penal, y la prueba plena y completa en contra de Carlos Sanmartín López, como cómplice no necesario en el mismo hecho, los dos primeros como coautores..."

3º) Con estos presupuestos básicos, y habida consideración de las circunstancias de menor peligrosidad que estimó probadas, el sentenciador de primer grado, impuso a Bernardo y José de Jesús Sanmartín López, la pena principal de diez y seis (16) años de presidio, y a Carlos Sanmartín López, la de ocho (8) años, con las correspondientes accesorias a los tres acusados.

4º) El Tribunal, después de haber practicado las pruebas solicitadas en la segunda instancia por la defensa, y oídos los alegatos de las partes, profirió el fallo, que es materia del recurso de casación, mediante el cual se confirmó la resolución del Juzgado, por estar de acuerdo, en un todo, con las tesis de éste.

DEMANDAS DE CASACION

Aunque la representación legal de los procesados ante la Corte, para efectos del recurso, la tiene un mismo apoderado, el doctor Carlos Arturo Gil, la acusación contra el fallo la hace formulando tres demandas independientes, en este orden:

Primera demanda

Se refiere ésta a *Bernardo Sammarlín López*, y está contenida en el escrito que obra de folios 11 a 81 del Cuaderno Nº 2. En el extenso libelo el impugnador se ocupa a espacio de los hechos que motivaron el informativo, de la actuación procesal y, por último, del enunciado y desarrollo de las causales de casación estimadas pertinentes para el caso. Son ellas la *segunda* y *primera* de las previstas en el artículo 567 del C. de P. P.

Causal segunda

Con invocación de este motivo, el demandante enuncia y fundamenta seis cargos, referidos todos ellos al error cometido por el *ad-quem* en la evaluación del proceso en su caudal probatorio, bien por haber atribuido a unos elementos de convicción un mérito que no tienen, o haberle negado a otros el que sí tienen, que son las hipótesis previstas en la causal dicha.

Los cargos son los siguientes:

Primero

Textualmente lo expresa así el impugnador:

"Errada interpretación y apreciación de los hechos consistentes en el ánimo ofendido y provocante y agresivo del soldado José Antonio Montoya Saldarriaga, a causa de la muerte violenta de su señor padre del mismo nombre, ocurrida el diez de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, ocurrida en la vereda de 'San Isidro', perteneciente al Corregimiento de 'Ceilán', en jurisdicción del Municipio de Tuluá, cuya motivación fue de origen político y sectario, y contra personas militantes en el partido político opuesto al que correspondían, tanto el padre como el hijo, y a quienes sin fundamento serio alguno, se les atribuía aquella muerte, y el temor de ser descubiertos por la investigación o por las pesquisas que pudiera efectuar el soldado Montoya Saldarriaga durante su estadía en el mencionado corregimiento, por cuanto en la sentencia no se les tuvo en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso, o se les negó el valor probatorio que sí tienen, siendo elementos constitutivos del delito imputado y eximentes, o modificadores de la responsabilidad del procesado, y por lo cual se violaron los artículos 362 y 363, ordinales 2º y 5º del C. P. y 19 del mismo Código, por aplicación indebida; los artículos 268, 203, 204 y 205 del C. de P. P. y 159 del mismo, por no haberse aplicado".

Para sustentar el cargo transcrito, toma del proceso algunos de los elementos probatorios, entre ellos los testimonios de la señora Susana Saldarriaga viuda de Montoya (madre del occiso), Marco Fidel Segura, Antonio Durango Rodríguez, Libaniel Avila, Julio Alvarez Cardona, Marco Tulio Alvarez, Doranee Díaz, Norberto Agudelo, Aristóbulo Tobón y Tobías Torres Matéus, de los cuales hace la siguiente deducción:

"El diez y siete de marzo de mil novecientos cincuenta y nueve, fue muerto violentamente el señor José de Jesús Montoya, en el corregimiento de 'Ceilán', por lo cual su hijo, que se encontraba pagando servicio militar obligatorio, en la ciudad de Medellín, fue avisado. Montoya Saldarriaga vino a 'Ceilán', y el sábado estuvo conversando con amigos. El domingo se levantó muy de mañana, porque no se sentía capaz de permanecer en la casa por el recuerdo de su señor padre, y se fue a la calle con amigos. Estuvo libando licor. Eran

sus intenciones investigar sobre los autores materiales e intelectuales de la muerte de su señor padre. Sobrellevado por el dolor que expresó por medio de las lágrimas, tuvo un incidente con los señores Julio y Marco Tulio Alvarez Cardona, bien por provocación del soldado, o bien por provocación de aquéllos, que obligó a la intervención del Inspector de Policía, quien conversó con Montoya Saldarriaga, y a quien le dijo que no tenía importancia lo que estaba pasando. 'Y que él estaba tomando cerveza, y que seguiría tomando hasta que se mandara cerrar los establecimientos'. Como las gentes comentaban que los hermanos Sanmartín, y especialmente Bernardo, eran los autores de la violencia, que patrocinaban las muertes y a los 'vergajos maleantes', es explicable que el soldado hubiera entrado al café 'Social' a eso de las dos de la tarde, en actitud provocativa y desafiante, mirando al último de los nombrados y diciendo, "hijueputas hombre, hijueputas', y que después a las tres y media, no tuviera inconveniente en volver y acercarse al mostrador, y ocasionar el lance mortal en el cual perdió la vida".

En orden a fundamentar este aspecto de la acusación, el señor apoderado arguye que el sentenciador, de haber aceptado los hechos de que dan cuenta los deponentes, el delito habría sido apreciado, por su móvil, de manera distinta, "restándole en primer lugar las dos agravantes de asesinato sobrecargadas al simple homicidio de propósito, y en segundo, conformando en contra del soldado la injusticia de su agresión, o cuando menos de la provocación, para concederle al procesado una causal tifleante (sic) o una atenuación conforme al artículo 28 del C. P."

Como el fallo del Tribunal no se refirió o no tomó en cuenta esas circunstancias, se violó el artículo 159 del C. de P. P., y también incurrió en error al haber aceptado, sin reparo alguno, la prueba de cargo.

Todo lo anterior, para concluir el señor apoderado:

"Ahora bien: si los sentenciadores admitieron, sin beneficio de inventario testimonial, las declaraciones que menciona la sentencia de primera instancia, y rechazaron sin razón explicativa alguna, la otra prueba que estudié al principio de este cargo, y de la cual se deduce que el estado anímico del soldado, predispuesto a la venganza, lo llevó a ultrajar de palabra el sentimiento político de sus adversarios, y cometer actos de agresión injusta, entonces han debido tener en cuenta el artículo 209 del C. de P. P. que manda: 'Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla'. (Sic).

"Frente a estos dos grupos de testigos, cómo se elimina la duda que se siembra en el criterio, sobre si el soldado insultó y agredió o no antes, y al momento del hecho mortal? Por medio de las reglas de la crítica del testimonio aplicadas estas reglas, ni Alba Vélez v. de Guzmán, ni Néstor Llanos Giraldo, ni José Cuber Cubillos pudieron oír lo que el soldado dijo o hizo, pues todos tres, sólo despertaron a la atención cuando oyeron disparos, y no estaban en condiciones físicas de oír o de ver lo que hubiera podido ocurrir antes. Los declarantes Rodas y López Vallejo, sólo se refirieron a la primera vez que el soldado entró al café. Por consiguiente ha debido de aceptarse toda aquella prueba de cuyos hechos se colige que la conducta del soldado, sentimentalmente inducida por la muerte de su padre, y presa de dolor y de excusable venganza, se puso a ingerir cerveza y a provocar desde las horas de la mañana, a personas a quienes no se sabe por qué tenía que insultar, tomando ánimo para entrar al 'Bar Social', de propiedad de Bernardo Sanmartín, de filiación conservadora, y

a quien se reputaba, por ciertas gentes, responsable de la violencia, con el fin de ultrajarlo, agredirlo y obligarlo a la justa defensa o a una atenuada reacción homicida.

"Pero, si el criterio jurídico se resistiera a esta conclusión, entonces no quedaría medio alguno de eliminar la duda, y debe dársele aplicación integra sin limitación o reticencia alguna a este principio jurídico. Esto fue lo que no hicieron las sentencias, violando el artículo 203 del C. de P. P." (Sic).

Segundo

Lo refiere el demandante, al hecho de no haber tenido en cuenta el Tribunal la prueba que establece, según él, que Montoya Saldarriaga portaba un cuchillo al momento de ocurrir su muerte, para en cambio sí dar valor a los testimonios que, en sentido contrario, acreditan que la víctima estaba desarmada.

En este particular, el impugnador relaciona todas las testificaciones, cuyo enunciado no interesa hacer en esta providencia. Agrega además, que tampoco se tuvo en cuenta, "a pesar de estar acreditado en el proceso, el hecho de que en la diligencia de reconstrucción de folio 200, es reconstruyó (sic) los detalles, y el tiempo de la supuesta colocación del cuchillo al lado del cadáver del soldado, haciendo que el agente Luis Alfonso Maldonado arrancara a correr desde el sitio en donde se encontraba cuando oyó los disparos hasta el lugar en donde se encontraba en el suelo el soldado".

De dicha diligencia transcribe:

"De acuerdo con la demostración que se ha hecho, tratan de reproducir el momento en que sonaron los disparos, para lo cual fueron hechos cuatro (4) detonaciones con un revólver, mientras que el señor Julio Mora Vergel representó al occiso Montoya, desde el momento en que el soldado fue herido hasta cuando cayó en el punto en donde fue encontrado su cadáver, mientras que también el agente Luis Alfonso Maldonado arrancó desde el punto en donde manifiesta que venía, cuando oyó la primera detonación, y que inmediatamente arrancó a enterarse de lo sucedido, procedimos a tratar de introducirle la cubierta al occiso, y se constató que no fue posible introducirle dicha cubierta, teniendo en cuenta la camiseta abotonada, y habiendo quedado el cuerpo del cadáver como quedó, boca-abajo, como también según el cuerpo de la persona".

Por último, expresa que no se apreció, "pese a ese acreditamiento procesal, que la funda y el cuchillo le pertenecían, pues el mismo declarante Víctor Manuel Mosquera Velásquez, en su deposición aludida, manifestó que al instante de sacarle al cadáver la cubierta, se metió el cuchillo dentro de ésta y le quedó preciso, pues la diferencia entre las longitudes de aquélla y de éste lo explica, por cuanto las cachas del cuchillo quedaban por fuera de la cubierta".

Después de un análisis de la prueba sobre el hecho planteado, para dar fundamento al cargo, dice la demanda:

"Si las declaraciones de los testigos, que se acaban de analizar, se relacionan entre sí, para buscar un coeficiente de verdad, los encontramos en contradicción y faltos de apoyo. Así, por ejemplo, Sigifredo Marulanda y José Cuber

Cubillos, no declaran que el soldado hubiera levantado las manos para defenderse. De las contradicciones habré de ocuparme en las otras demandas.

"Si por las razones que se acaban de exponer, la prueba de la sentencia no se puede aceptar para establecer el hecho de que el soldado estaba desarmado, y no atacó a mano armada al procesado Bernardo Sanmartín, pero tampoco se le quiere dar mérito de plena prueba al otro acervo probatorio, cuyos hechos establecen con mejor aporte de credibilidad, que sí tenía en su poder el cuchillo, y que con él lo agredió, el sentenciador estaba obligado a eliminar la duda o resolverla en favor del procesado Sanmartín, lo que así no hizo. Si, como ya lo dijimos, al analizar la prueba enfrentada del primer cargo, no era posible eliminarla, el deber jurídico era aceptar que el soldado sí entró armado a la cantina, y con el cuchillo agredió a quien él juzgaba que era autor de la violencia. Al no hacerlo así, se violaron las mismas disposiciones legales notadas anteriormente.

"Y no se obsta a esta conclusión, el que los testigos Dorancé Díaz y Alvelro Herrera hubieran incurrido en contradicciones, cuando por segunda vez declararon ante un funcionario distinto, porque cabalmente ello vino a fundar con más ahinco la necesidad de resolver la duda en favor del procesado, ya que sino se hubieran contradicho, principalmente el segundo, no habría duda, y la certeza habría quedado de parte de la prueba que establece el ánimo belicoso del soldado, su posesión de un arma y la agresión contra Sanmartín".

Tercero

Estima el impugnador, que hubo "erradas interpretación y apreciación de los hechos, consistentes en que el cuchillo que apareció al lado del cadáver, fue arrojado por una persona desde dentro del mostrador, y luego acomodado por la misma, con el fin de simular la comisión de una violencia injusta por parte de aquél contra el procesado Bernardo Sanmartín, y en su favor, como efecto, la existencia de una legítima defensa de su vida, por cuanto en las sentencias condenatorias, se les acordó un valor probatorio que no tienen, y se les negó el que sí tienen, o no se les tuvo en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso".

Aquí, como lo hizo en el desarrollo de los cargos anteriores, el demandante hace cita de una serie de testigos y de la diligencia de reconstrucción de los hechos, visible a folios 200 del cuaderno principal, y acomete la crítica del caudal probatorio para dar estos fundamentos:

"Contra la evidencia, los tres declarantes que se acaban de analizar (Gonzalo Ros Londoño, Oscar Bolívar Ruiz y Betulia Arboleda Mejía), de que ninguno estuvo presente al desarrollo de los hechos por ellos expuestos, y aceptaron que el cuchillo fue acomodado al cadáver del soldado Montoya. A la menor le concede, es verdad, falta de crédito, pero se apresura a subsanarlo con citas del testigo Dorancé Díaz y de Alvelro Herrera sobre la identidad del arma, por cuanto el primero dijo que el cuchillo que tenían para el servicio del café era viejo, y el segundo manifestó que el cuchillo que se le ponía de presente, no era el que él le había visto al soldado, pues era blanco y ni muy nuevo ni viejo.

"Si por parte de los sentenciadores de ambas instancias, hubiera existido un interés apreciable en confrontar los hechos, habrían encontrado que el dato que la mayor parte de testigos dieron sobre el cuchillo encontrado, era

de que tenía cachas como blancas o blancos, pues fuera de Dorancé Díaz, el señor Carlos Pulgarín a folio 80 Vto. también declaró que el soldado sacó un cuchillo 'de unas cachas como blancas' y Alveiro Herrera dijo a folio 89, que era 'cacha de palo color blanco'. Los únicos declarantes que hablaron de cachas de palo, fueron los dos menores de edad. No estaba pues, probado plenamente que esa arma fuera vieja y con cachas de palo, para poder dar por demostrado este hecho, ya que en presencia de otros declarantes que depusieron en sentido contrario, y no habiendo modo de eliminar la duda, también ha debido resolverse en favor del procesado.

"De manera, pues que cuando Alveiro Herrera manifestó que el cuchillo que vio al lado del cadáver era de cachas blancas, apenas dijo la verdad. Y es que lo que tenían en la cantina o mostrador, era otro instrumento distinto. Elba Vélez v. de Guzmán, copera del café 'Social', en su declaración de Fl. 18, al preguntarle por las armas que pudieran haber tenido, contestó 'no me doy cuenta de qué armas tuviera, porque yo poco dentro a la cantina, por dentro del mostrador, solamente una peinilla vieja cortica con cachas de palo, que se usaba para partir limones'. Luego dijo que la podía reconocer, y al ponerle de presente el cuchillo o peinilla (así dijo el texto de la pregunta). Encontrado el cadáver para que dijera el que se usaba en el mostrador, respondió: 'No esa no es, es parecida, pero más negra, como más vieja que esa'. (Sic).

"Expuesto lo anterior, es justo afirmar que la sentencia le dieron a los hechos contenidos en las declaraciones de los citados declarantes, un valor que no tiene, y se les negó valor probatorio a lo expuesto por los testigos Dorancé Díaz, Alveiro Herrera, Carlos Pulgarín, Alba Vélez v. de Guzmán, Néstor Llanos Giraldo, Norberto Agudelo, Alfonso Sarria Hernández, Víctor Manuel Mosquera Vélez, Ramón Elías Bermúdez, Mario Jiménez, Alivaniel Avila Díaz, Marco Fidel Segura Baldión, Julio Mora Vergel, etc., de cuyas declaraciones se desprende, que el soldado Montoya atacó con cuchillo de cachas blancas a Bernardo Sanmartín, el que quedó al lado del cadáver después de muerto, en donde fue visto y recogido durante la diligencia de levantamiento. Tampoco se tomó en cuenta a pesar de estar acreditado en el proceso, que durante la misma diligencia de levantamiento del cadáver, le fue encontrado por dentro de la pretina de los pantalones, y debajo de la camisa kaky, una cubierta o funda del mismo cuchillo con la cual coincidía perfectamente.

"Por otra parte, planteada también la duda por este aspecto de los hechos, y no siendo posible eliminarla, ha debido resolverse en favor del procesado, y no aceptar como probado el hecho más deficiente, prueba (sic) reñida con las más elementales reglas de la crítica del testimonio.

"Lo que se ha expuesto, no son simples reparos inoficiosos, como dice la sentencia de primera instancia, ni razón para conseguir que la honorable Sala Penal, les dé otra apreciación de simple juzgador de instancia. No. Es que se cometió un grave error de hecho, y tiene que subsanarse por medio de la casación. Se violó, por lo menos, uno de los más viejos principios jurídicos, cual es el de resolver la duda invencible o de imposible eliminación, en favor del procesado. Y en este cargo, así como en los anteriores, es esta la situación procesal que se ha creado de no aceptar como factores de certeza los hechos tenidos en la prueba que sostiene el ánimo irritado del soldado y su deseo de venganza, su ataque a mano armada contra el procesado Sanmartín, y la situación objetiva y subjetiva de la legítima defensa en que se encontró".

Cuarto

Se sostiene, igualmente, que hubo error en la "interpretación y apreciación de los hechos, por medio de los cuales se dieron por comprobadas la premeditación y la alevosía, atribuyéndoles en la sentencia de primera y de segunda instancias, un valor probatorio que no tienen, existiendo manifiesta contradicción entre ellos, en la relación con las declaraciones de Neftalí López Vallejo, Jesús M. Cardona Ortiz, Elías González Colorado, siendo elementos modificadores de la responsabilidad, y por lo cual se violaron las disposiciones legales ya mencionadas".

El acusador destaca con relación a este cargo un aparte del fallo de primer grado, en el que se afirma "la marcada confabulación que existía entre los hermanos Sanmartín, para acabar con la vida de estos miembros de las Fuerzas Armadas, quizás por móviles políticos, de los que hay notables visos demostrativos dentro de autos, o porque no teniendo tranquilas sus conciencias, tenga evidente cabida la versión de que el soldado trataba de investigar la muerte de su padre", para deducir el juzgado que los procesados "premeditaron el crimen, que deliberaron la manera de ejecutarlo, acomodando en forma perfecta los medios para alegar posteriormente una situación favorable".

Apoyado en los medios probatorios que considera favorables, y demeritando los que el sentenciador apreció para calificar el homicidio de asesinato, fundamenta el cargo referido en estos términos:

"La premeditación no se demuestra con la muerte del sujeto a quien se le ocasionó la muerte. Este dolo intensísimo de deliberar la muerte del prójimo, tiene que ser anterior al hecho mismo de esa muerte, y en consecuencia reclama un sistema probatorio especial. Si el hecho mismo de homicidio se convirtiera en prueba de la premeditación, entonces se haría de esta figura jurídica un elemento del cuerpo del delito del mismo homicidio, lo que repugna, como lo tiene dicho la honorable Corte Suprema de Justicia en algunos fallos.

"Y ésto es lo que hicieron las sentencias acusadas, al no dar una prueba plena y completa de esa característica; mas sin embargo imputársela al procesado para agravar la pena injusta.

"La fuerza probatoria de los hechos, por otra parte, no pueden dar lugar a interpretaciones distintas a aquélla que debe tener directamente con lo que se trata de probar plenamente. Si el hecho es un indicio su interpretación ha de ser inequívoca. Pero si de la existencia de los hechos, del indicio se puede colegir tanto, que se premeditó como que no se premeditó, o que el recibo del revólver fue para un caso de defensa por presumirse un ataque al hijo ofendido por la muerte del padre, o una entrega inocente de la misma arma, porque fuera de propiedad del mismo Bernardo Sanmartín, y existiera obligación de su hermano Carlos de entregarlo, entonces la fuerza probatoria de los hechos se diversifica y debilita hasta el extremo, de no poderse afirmar con certeza por qué éste le entregó a aquél el revólver, y para qué finalidad.

"En este proceso de la contra-prueba de aquellos hechos, no es menos importante la aclaración de que no se demostró en el proceso, ni lo dieron por probado las sentencias, que el revólver con que Bernardo Sanmartín disparó, fue el mismo que recibió de manos de su hermano Carlos. Carlos y Bernardo negaron el hecho afirmado por el declarante Neftalí López. Con qué seguridad

probatoria se acepta que cuando a las tres y media de la tarde Bernardo Sanmartín disparó contra el soldado, lo hizo con el mismo revólver que según Neftalí López había recibido a las dos de la tarde? El revólver del procesado le fue arrebatado y no pudo ser objeto de identidad o reconocimiento.

"Dentro de este mismo orden de razonamientos, hay que juzgar la conversación y las miradas. La malicia de la conversación la dedujeron las sentencias de las miradas que dirigían al soldado, para concluir el ánimo homicida de los tres hermanos. Pero si nadie oyó esa conversación, porque se pronunció pasito, cómo atribuirle a las simples miradas fuerza probatoria suficiente para deducir malicia a la conversación y odio a las mismas miradas? Con razón la sentencia de segunda instancia, la acusada, sólo se redujo a impartirle una confirmación general, sin un estudio específico sobre todos y cada uno de los elementos que estructuran jurídicamente el cuerpo del delito que se imputó a los procesados, y sin cumplir con los requisitos de fondo y de forma de toda sentencia condenatoria.

"Esto, aceptando que los hechos están plenamente comprobados. Pero cómo afirmar que el hecho de la entrega del revólver a las dos de la tarde, en pleno salón del Bar Social, un domingo de Ramos, en medio de la gente que allí se encontraba, por cierto 'harta', como dijo un testigo, se puede reputar probado plenamente con la sola y única declaración de Neftalí López? Ya lo acaba de adoctrinar esa honorable Sala Penal, en el caso de Felipe Hurtado Ibarguez, en sentencia de treinta de septiembre de mil novecientos sesenta, que la declaración del testigo único, no reforzado por ninguna otra prueba, no es fuente de certeza. Qué otra persona vio lo que el declarante López dijo haber visto? Porque es raro en extremo, que no haya otro testigo del mismo hecho, cuando sacar un revólver en pleno salón de un café para pasarlo a otro, no parece que pudiera hacerse tan oculto, sobre todo, si como se declara López, Carlos Sanmartín simplemente lo sacó y se lo entregó a su hermano sin malicia de ninguna clase.

"Ahora bien: al imputarle al procesado la agravante de la premeditación, es porque se tuvo la prueba del móvil innoble o bajo, y quedó plenamente demostrado. Ninguno de los hechos del proceso, ni menos los tomados en cuenta por las sentencias acusadas, lo comprueban. Ninguno. Afirmar, como lo hicieron las sentencias, de que la muerte del soldado se debió a que no teniendo tranquilas sus conciencias los procesados, pudo tener evidencia la versión, de que aquél vino a investigar la muerte del padre, es una afirmación que se quiso comprobar por medio de hechos que no tienen ese valor probatorio, cometiendo otro de los varios y graves errores de hecho que se han cometido. Dónde está la prueba de que los señores Sanmartín o alguno de ellos, fue autor material o intelectual de la muerte del padre de Montoya, o partícipe o encubridor? No creo que al simple 'las gentes dicen o creen' que Bernardo Sanmartín fue el autor de la violencia, como lo dijeron algunos declarantes parcializados, se le haya dado el valor de hecho probatorio para deducir la innobleza del móvil. La seriedad y gravedad de una sentencia condenatoria, exige algo más que el simple deseo de asentir a nuestros propios impulsos.

"En el párrafo en que la sentencia de primera instancia, acogida en su integridad por la segunda que se acusa, se refirió al móvil, también se dio como posibilidad de esa muerte el móvil político. Hay prueba sí de que Bernardo Sanmartín sintiera la menor antipatía al soldado por pasión o sectarismo político.

Pero si esta prueba existiera, entonces la premeditación no podía imputarse como agravante, por mandato expreso del ordinal 2º del artículo 363 del C. P., que se violó aplicándolo indebidamente. El móvil político no es innoble o bajo.

"Pero si en el proceso pudieran existir los hechos probatorios del móvil innoble y del móvil político, interpretados erradamente en las sentencias y aplicados con evidente error, es el caso de que entre unos y otros existe manifiesta contradicción como dice el ordinal 2º del Art. 567 del C. de P. P., y en tal virtud no se le ha debido dar prevalencia a uno sobre el otro, sino resolver lo más favorable al procesado por las reglas de favorabilidad penal. Han debido considerar el móvil político y desestimar la premeditación como dicha característica.

"Y, cuáles los hechos probatorios, estimados como prueba plena en las sentencias para deducir la característica de asesinato del ordinal 5º del Art. 363 del C. P.? No existen. Como las sentencias sostuvieron que el cuchillo le fue puesto al cadáver, dedujeron que el soldado estaba indefenso, y esta indefensión sin vínculo causal alguno con la conducta del procesado, y sin que estuviera seguro de ella, antes fue tomada como característica de asesinato. Copiosa es la prueba de que el soldado entró al café Social por su propia voluntad, y que se acercó al mostrador y estuvo discutiendo con el procesado. Los mismos declarantes en contra de los Sanmartín, lo dijeron. Las demás pruebas hablaron de las palabras ultrajantes del soldado y del ataque a mano armada. El dictamen de los médicos legistas estableció que todos los disparos los recibió de frente, y en todo caso ninguno recibió por la espalda. Las sentencias condenaron por el mismo hecho a José de Jesús Sanmartín, sin discriminar, qué disparos recibió de parte de éste y cuáles de parte de su hermano Bernardo. Y sin esta discriminación necesaria se dedujo la misma agravante para ambos. Es decir, se aceptó que ambos contribuyeron a colocar en esta indefensión al soldado, sin explicar de qué modo, sin establecer los hechos pertinentes. Luego se dio valor probatorio a hechos que no tenían ese valor, como el supuesto acomodo del cuchillo".

"... Todo el recorrido del soldado, toda la actuación del procesado, y la manera como ocurrieron los hechos dentro del café, excluyen la premeditación y la indefensión. Ni insidia, ni asechanza ni alevosía. Fueron dados los disparos de frente y al hecho siguió la confesión paladina del responsable. Sanmartín no tenía por qué saber que el soldado estaba desarmado, y antes, ha repetido que fue atacado con el cuchillo que portaba. Al contrario, puede presumirse que todo mundo, al verlo ebrio, llorando y ofensivo, lo consideró armado. No puede ser esta presunción racional, lo que nos ayudaría a explicarnos que el mismo Sanmartín se hubiera armado previendo un acto de defensa legítima y no estaríamos, así, frente a una supuesta premeditación condicional. En esta hipótesis no importa la razón por la cual previniera el ataque".

Quinto

Este cargo, con base en la causal segunda, lo hace consistir el señor apoderado en la no aceptación por el *ad-quem* de la situación de legítima defensa en que obró Bernardo Sanmartín, según los declarantes que cita el respecto el libelo y la confesión de este procesado.

Expuestos los hechos, según el criterio del demandante, para sustentar por este aspecto la acusación hace, entre otras, las siguientes apreciaciones:

"En su indagatoria, Bernardo Sanclemente (sic) hizo la confesión de su hecho, describiendo un caso de legítima defensa de su persona, de una violencia actual e injusta de parte del soldado Antonio Montoya Saldarriaga, y dentro de una proporción de medios.

"La violencia consistió en el hecho de haberle hecho el soldado varios tiros con el puñal. La injusticia en la ninguna motivación de parte del agresor para acometerlo en tal forma, y en la ninguna acción provocativa u ofensiva previa del agredido contra la persona del soldado. La proporción de la defensa, por el uso de un revólver ante la capacidad vulnerante y mortal de un cuchillo. La actualidad fue cabal, pues la reacción-defensa coincidió con la acción agresora.

"Enseña la doctrina que la confesión del procesado es indivisible, si cumpliendo la confesión con los requisitos del Art. 255 del C. de P. P., no hay prueba en contra de las afirmaciones del procesado. En tal caso también se la presume verídica.

"La confesión del procesado está apoyada por una serie de hechos contenidos en las declaraciones y piezas procesales enunciadas atrás, más de una vez. Pero al mismo tiempo hay otro elenco probatorio que se ha levantado a contraponerse a dicha confesión, y a situarlo, en cambio, como autor de un homicidio con características de asesinato. Frente a esta situación, se ha visto cómo ha surgido la duda invencible en cada una de las confrontaciones probatorias que se han hecho, duda que no es posible de eliminar, como también se ha demostrado, y entonces la conclusión debía ser la aceptación íntegra de la confesión, sin dividirla. Es claro que se han demostrado los evidentes errores de hecho y de derecho en la interpretación y apreciación de ciertas pruebas, como las relacionadas con la premeditación, el estado de indefensión y la existencia del cuchillo en poder del soldado, en forma que no queda duda de que a los procesados no se les puede cargar tales características, y debe aceptarse como una premisa indestructible la existencia del arma con el soldado agresor".

"... Queda, pues en pie la confesión del procesado sobre legítima defensa de su vida; y respaldada por una serie de hechos declarados por toda la prueba enunciada atrás. Esta prueba ha debido tenerse en cuenta y darles el valor probatorio que sí tienen. Y en el caso de enfrentarla al otro haz probatorio, al no eliminar la duda, resolverla en favor del procesado. Por ésto se violaron las disposiciones legales de que ya se ha hecho mención, más los artículos 11, 92, 19, 20, 302 y ordinales 2º y 5º del 363 del C. P."

Sexto

Como último motivo de acusación, con base en la causal que se viene estudiando, la demanda plantea la hipótesis de que si el homicidio no ocurrió en legítima defensa, al menos, el recurrente obró en las circunstancias previstas en el Art. 28 del C. P.

Arguye para sustentar su aserto, después de referirse a la prueba, lo que a continuación se transcribe:

"Descansa en el proceso, y los hechos ya fueron estudiados en esta misma causal, la otra prueba demostrativa del mismo ánimo ofendido, pendenciero y vengativo del soldado, de la cual se deduce que en el poblado de Ceilán, el veintidós de marzo, presentían que algo grave iba a ocurrir por la conducta

intemperante de aquél. Los señores Alvarez Cardona tuvieron que pedir la protección de las autoridades, y la misma madre del occiso se presentó ante las mismas para que interviniera de que nada le fuera a pasar a su hijo.

"En todo el proceso no hay un hecho que permita aceptar que Bernardo Sanmartín fue culpable en forma alguna de la muerte del padre del soldado Montoya. Todos los declarantes que declararon en contra de su conducta, lo hicieron bajo el concepto de lo que oían decir, aclarando que a ellos nada les constaba.

"Aún aceptando que Sanmartín se armó en vista del ánimo agresivo y predispuesto del soldado, ello no agrava su acto, pues lo hizo bajo el mismo impulso de las provocaciones y amenazas de que venía siendo objeto. El impulso por injusta provocación, no es un móvil inmoble o bajo. Carrara sostuvo que quien lesiona o quita la vida de un hombre en estado de ira justificada, no debe sufrir la vergüenza de su acción".

"... No queda duda, pues, de que apreciados los hechos en esta forma, al procesado Sanmartín se le ha debido sentenciar de acuerdo con el artículo 28 del C. P., que fue violado por no haberse aplicado, subsidiariamente, además de las otras disposiciones que también se violaron, por no haberle dado a los hechos que se acaban de exponer, el valor probatorio que sí tienen, o no haberles dado el valor que ordena darles el artículo 204 del C. de P. P."

Causal primera

Se aduce, respecto del procesado Bernardo Sanmartín, que la sentencia es, también, violatoria de la ley penal, "por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma", y así, con fundamento en la causal primera, formula dos cargos.

Se pretende demostrar que hubo violación de los artículos 382, 383, 19, 25 y 28 del C. P., y, consecuentemente, del 203 del C. de P. P. Ambos motivos de acusación descansan en los mismos razonamientos de hecho con que el demandante trata de sustentar la causal segunda, es decir, en una cuestión probatoria, lo que indica que los aludidos cargos, son apenas la obligada conclusión de una violación indirecta de la ley penal sustantiva.

Segunda demanda

Hace referencia al acusado *José de Jesús Sanmartín López*, y en ella, con el lleno de las formalidades legales, se impugna la sentencia al amparo de las causales segunda, primera y quinta del artículo 567 del C. de P. P.

Causal segunda

El error de hecho a que alude esta causa, —dice el demandante— lo cometió el sentenciador, tanto por asignarle un valor probatorio que no tienen a algunos de los elementos de convicción traídos al proceso, como por negarle a otros el que sí tienen.

Siguiendo el mismo plan de la demanda anterior, el señor apoderado examina y critica a espacio, las pruebas que apreció el fallador para deducir la responsabilidad de José de Jesús Sanmartín y las que, en concepto del impugnador, tienen valor legal para exonerarlo de todo compromiso penal en el juicio.

De todo ese prolijo estudio de la prueba, concluye que no está plenamente demostrada la participación de su poderdante en el hecho de la muerte del soldado Montoya y que, aún admitida esa participación, ella no pudo ser en el grado previsto por el artículo 19 del C. P.

Como resumen del cargo, la demanda expresa:

"Si toda la prueba que se acaba de estudiar se hubiera interpretado y apreciado acertadamente, el procesado José de Jesús Sanmartín, no hubiera sido condenado. Los hechos no comprueban plenamente la existencia del cuerpo del delito de homicidio que se le imputó, ni mucho menos la responsabilidad. Entonces el valor probatorio que tienen no fue atendido: el de permitirle al sentenciador proferir un fallo de absolución, o de aplicación del artículo 153 del C. Penal. (Sic).

"Del estudio que se ha hecho de los mismos hechos, se llega a la conclusión de que la investigación descuidó aspectos fundamentales probatorios, esenciales a demostrar la imputación que se le formuló a José de Jesús Sanmartín. No es posible aceptar que se hubieran practicado dos inspecciones oculares o dos reconstrucciones del hecho, y a ninguna de ellas hubieran asistido Heli Torres, Rosa Helena Montoya, José Cuber Cubillos, Pedro Antonio Valencia, Néstor Llanos, Betulia Arboleda, Luis Arturo Ordóñez Gómez, o con todos estos individuos se hubieran efectuado careos con cada uno de los procesados. Por qué no se reconstruyó el episodio relacionado con este procesado, y apenas el que se refería a Bernardo Sanmartín? Si excluimos del proceso la investigación relacionada con Bernardo, sólo quedaría en contra de José de Jesús, el auto cabeza de proceso y las declaraciones que lo incriminaron. Ni reconstrucción del hecho a él imputado, ni reconocimientos de su persona, ni careos, ni dictámenes periciales para poder determinar si pudo o no disparar, aún aceptando que tuviera arma en su poder. Y con la investigación relacionada con Bernardo, y lo poco que se recogió en contra de él, que no resiste la crítica, se le condenó sin reparo alguno.

"Contra José de Jesús no hubo propia y estrictamente sumario, porque éste es la reunión de todas las diligencias propias para comprobar el cuerpo del delito y descubrir a los autores, conocer su personalidad, etc., como lo reza el artículo 271 del C. de P. P. Son diligencias propias las que se refieren esencialmente a la comprobación de cada uno de los elementos constitutivos de la infracción y de la responsabilidad. Pero el artículo 295 del mismo Código, obliga a la investigación a pesquisar con igual celo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del sindicado, sino también las que lo eximan de ella o la extingan o la atenúen. Lo que quiere decir que hay pruebas dentro del proceso que el funcionario no puede dejar de practicar, porque están destinadas o a demostrar el cuerpo del delito o la responsabilidad, o lo contrario. Entonces, la omisión de esas pruebas, contribuye a darle a otros hechos del proceso, el valor probatorio que no tienen, o negarles el que sí tienen, o a dejarlos de tener en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso. Precisamente ésto aconteció en el presente caso, pues por la falta de la práctica de las pruebas que se han dejado anotadas, las sentencias valoraron erradamente los hechos contenidos en una prueba testimonial deficiente y encontrada. Se violó por esta causa el artículo 271 citado, y a falta de aplicación.

"Y también se violó por la misma razón el artículo 204 del mismo Código, dejando sin resolver la duda no vencible en favor del procesado.

"Repárse (sic), que si no fue posible establecer el cuerpo del delito de homicidio, en su tipo del artículo 362, mucho menos la prueba requerida para imputarle las características de asesinato de los ordinales 2º y 5º, porque no hay prueba plena para establecer estos dos hechos. Si los hechos relacionados en las sentencias no pudieron demostrar en forma plena ni semiplena el propósito de matar, ni el hecho físico de los disparos, ni la relación de causalidad entre éstos y la muerte del soldado, menos aquellas dos características; y si con la misma prueba que se pretendió probar los elementos del delito de homicidio, se quisiera dar por comprobadas las agravantes del mismo, se habría incurrido en una confusión jurídica insertando el concepto de agravante en el concepto de cuerpo de delito, y cometiéndose con ello un error de derecho en la valución (sic) probatoria de los hechos constitutivos del tipo descrito en el artículo 363 del C. P.

"A esos mismos hechos (salir del café cuando entró el soldado, regresar acompañado de su hermano Carlos, comentar con éste y mirar al mismo), se les dio un valor probatorio que no tienen para demostrar los motivos innobles o bajos que hicieron relevante desde el punto de vista penal, la supuesta premeditación, de los móviles del hecho, etc. Y en presencia de dos posibilidades de motivos, el político o el ocultamiento de la investigación, ha debido aplicarse el primero y rechazar el segundo, en virtud de las reglas de la favorabilidad penal; y luego desestimar la premeditación porque ésta no es relevante cuando se acompaña de un motivo noble como el político.

"Lo mismo se afirma de la otra agravante de la indefensión o inferioridad, pues aquí se cometió un error de hecho al suponer que José de Jesús efectuó actos que pusieran al soldado en indefensión, o que se aprovechó de un estado de inferioridad, puesto que el proceso no brinda por parte alguna un hecho que lo signifique. El balazo que recibió por la espalda está explicado en el proceso, como efecto de uno de los movimientos de Montoya cuando se le enfrentó a Bernardo Sanmartín y lo obligó por lo menos a defenderse; y los declarantes le imputan este hecho al mismo, y no a José de Jesús. La prueba de la existencia de un cuchillo con su cubierta en poder del soldado, se abre paso por entre un haz probatorio que no resistió el análisis de la crítica testimonial, para evidenciar que esta arma no le fue puesta al cuerpo del soldado. José de Jesús no estuvo cerca del soldado, entre ellos no hubo cruce de palabras, no está demostrada en autos la posición que el uno tenía respecto del otro, al momento en que Bernardo disparó contra Montoya; y cuando se analiza de acuerdo con los testigos que pusieron a los dos hermanos Sanmartín disparando, no se puede saber cuál disparó primero, para poder establecer quién causó la lesión de la región occipital, o cuál disparó antes o después de haberse causado esta herida. No se debe olvidar, además, que como se ha dicho muchas veces, no es lo mismo matar por la espalda que buscar la espalda para matar".

Causal primera

La refutación a la sentencia, con base en esta causal (violación de la ley penal sustantiva), se apoya en las razones y cuestiones de hecho reseñadas en el cargo anterior.

De todo lo que allí expuso el demandante, infiere que no están demostrados los elementos que estructuran el delito de homicidio, como tampoco la participación necesaria de José de Jesús Sanmartín en el delito, ni las circunstancias constitutivas de asesinato, pero en cambio sí la inocencia de dicho pro-

cesado, o el haber obrado en legítima defensa, o por provocación del occiso y, en último término, en complicidad correlativa.

Causal quinta

Se impugna la sentencia porque, en opinión del demandante, ella "no expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados", causal prevista en el ordinal 5º del artículo 567 del C. de P. P.

Entiende el señor apoderado, que el fallo del Tribunal se limitó a aceptar en un todo lo dicho por el sentenciador de primer grado, lo que entraña violar las formas impuestas por el artículo 159 del citado Código. La síntesis de su alegación es como sigue:

"No es suficiente que el sentenciador de segunda confirme las razones jurídicas o la responsabilidad del procesado. No. La ley le exige la determinación de los hechos y la prueba de ellos, pues entonces no podría expresar clara y terminantemente cuáles considera probados. Y comoquiera que esta expresión clara y terminante de los hechos que considera probados, involucra todo el estudio de la prueba sobre el cuerpo del delito y la responsabilidad del reo, se concluye que la posición jurídica del sentenciador debe ser exhaustiva al respecto, y no se debe pronunciar sólo sobre unos hechos, dejando sin estudiar los otros que también sean fundamentales.

"La causal 5ª es un límite a los poderes del juzgador, y un escudo de los derechos de defensa. Y aunque no hay una regla de graduación de la responsabilidad del juzgador, porque todo acto de justicia compromete su calidad humana y espiritual, es lógico, sin embargo, que cuando el delito se supone más grave y mayor es la posibilidad de la pena, su imposición se haga por medio de un acto decisorio que congregue todas las condiciones de un pronunciamiento legal y justo. Pero ésto no se logra por medio de un escrito que se llame sentencia, sólo porque tiene la autoridad de quienes la suscriben. El juez o magistrado, debe vertirse como 'hombre jurídico' en la sentencia, porque esa es su función y su destino frente a la sociedad. No puede ahorrarse ni contenerse. Tiene que entregarse sustancialmente bajo las especies jurídicas que el Estado le suministra, para que el ciudadano tenga la sensación exacta de que ha recibido la justicia en acto de comunión entre él y la ley penal. Pero esa entrega es deshumanización. Castigar es tarea que nos sublima, y en su función tenemos que descarnar de debilidades nuestra persona, hasta dejarla apta para la oblación".

Tercera demanda

Formulada en representación del acusado *Carlos Sanmartín López*, por el mismo apoderado, doctor Carlos Arturo Gil. En ella se aducen tres causales de casación, a saber:

Causal segunda

Se arguye por el acusador, que hubo errada interpretación o apreciación de los hechos en la sentencia, porque las pruebas sufrieron una evaluación indebida, según se desprende de todos los elementos de juicio, tomados en cuenta para colocar a este procesado en un grado de complicidad no necesaria o accesoria en el delito de homicidio.

Para demostrar su aserto, el señor apoderado hace un pormenorizado análisis de las pruebas, y concluye, que ningún mérito tenía el proceso para fallar en contra del nombrado Carlos Sanmartín, por lo que el Tribunal, indirectamente, violó disposiciones penales sustantivas y procedimentales, al no estar plenamente establecida la complicidad en los hechos juzgados.

Como la Sala tendrá necesariamente, al hacer las consideraciones en esta providencia, qué ocuparse de la cuestión probatoria, no estima indispensable relacionar el estudio que la demanda ofrece sobre el particular.

Causal primera

La funda el demandante como consecuencia de la causal segunda, y las razones que aduce, tienen que ver exclusivamente con el error de hecho que atribuye a la sentencia recurrida.

Causal quinta

Como en la demanda que precede, y ahonando iguales razonamientos, se dice que la sentencia del Tribunal no expresa clara y terminantemente los hechos que se consideran probados. Se cita el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal, cuyos ordenamientos incumplió el sentenciador, según opina el señor apoderado.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, en su extenso alegato de folios 156 a 251 del cuaderno de la Corte, después de estudiar separadamente cada una de las demandas, concluye solicitando lo siguiente:

"1º Que se *invalide* el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, mediante el cual se condenó a los procesados Bernardo, José de Jesús y Carlos Sanmartín López, por los hechos criminosos de que da cuenta este expediente.

"2º Que se profiera el fallo correspondiente así:

"a) Se *condene* a *Bernardo* y a *José de Jesús Sanmartín*, como coautores del delito de homicidio que tipifica el Art. 362 del Código Penal, en la categoría de asesinato, por cuando el ordinal 5º del Art 363 tiene vigencia para el caso *sub-judice*

"b) Se *condene* a los mismos *Bernardo* y *José de Jesús Sanmartín*, a las penas accesorias de ley, y, en abstracto, al pago de la indemnización de los perjuicios causados por la infracción penal que se les atribuye en este proceso a favor de quienes legalmente corresponda

"c) Se *absuelva* a *Carlos Sanmartín* por los cargos que le aparecen en este proceso, en cuanto se relacionan con la muerte del soldado Jesús Antonio Montoya Saldarriaga".

El señor representante del Ministerio Público, aprovecha la demanda relacionada con el acusado Bernardo Sanmartín, para ocuparse con mayor esmero y cuidado del estudio de los problemas fundamentales del proceso, planteados en todas las acusaciones a través de la causal segunda, haciendo un examen

sistemático y comparativo de las pruebas tomadas en cuenta por los juzgadores para el fallo condenatorio, y de las no estimadas por los mismos como válidas para absolver, o por lo menos, para ubicar a los acusados en situación jurídica distinta a la contemplada en la sentencia.

Como el estudio del señor Procurador Delegado contiene, además de ese examen exhaustivo de la prueba, algunas consideraciones de indiscutible interés para la decisión que la Corte haya de tomar en este proceso, no sobra transcribir algunos de los principales temas incorporados al concepto fiscal:

"Estudio probatorio y técnica para demostrar la causal segunda.

"Atendido el precepto que informa el contenido del Art. 224 del C. de P. P., en la valoración del testimonio, le corresponde al juez 'apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquéllas en que se rinda la declaración'.

"Y en la misma norma estatuye que: 'Las condiciones y circunstancias que, conforme al inciso anterior puedan ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo, se harán constar en la misma declaración'.

"Para proceder de conformidad con la técnica que el mismo legislador señala para apreciar la credibilidad de un testimonio, esta Procuraduría dividirá su estudio sobre la prueba incorporada en este proceso así:

"a) El medio social donde ocurrieron los hechos.

"b) Las circunstancias personales de cada testigo;

"c) Las condiciones del objeto sobre que versa el testimonio, de cada declarante y las circunstancias en que fue percibido el hecho, como también en aquéllas en que se aportó el testimonio al proceso. Esto al estudiar el mérito de la prueba.

"Y todo ello de conformidad con el criterio que informa la crítica probatoria, donde el raciocinio lógico prevalece, donde la verosimilitud de los hechos hace creer en su existencia real u objetiva, donde el acontecer cuotidiano marca pautas sobre la valoración de las afirmaciones y negaciones, donde a las explicaciones razonadas de los mentirosos se anteponen los asertos simples de quienes creen y defienden la verdad y lo justo, donde es preciso sopesar múltiples factores en búsqueda de la certeza, que permita llegar al fallo que, informado de la verdad real, dé a cada quién lo suyo, para que el imperio de la justicia no sea deleznable, sino que se mantenga incólume. De ahí por qué en la legislación nuestra, que sigue las orientaciones de la interpretación científica de la prueba en muchos aspectos, impere un sistema donde al convencimiento de un hecho se llega por medio de la valoración legal-moral que verifican en cada caso concreto los falladores de instancia. Y como ellos disfrutan de cierto arbitrio para analizar los hechos, que emergen de las pruebas legalmente producidas al proceso, es obvio que sólo en situaciones extremas donde prevalece el absurdo y se desconoce la evidencia, donde el error es notorio o manifiesto, puede atacarse con éxito el razonar de los jueces. El fundamento de ello se encuentra en el principio de que los fallos judiciales deben reposar sobre lo

verdadero (y la verdad se opone al error) para que así, también el imperio de la legalidad no sufra menoscabo.

"Si lo anterior no ofrece reparo alguno, es natural que el mismo legislador ofrezca el medio por el cual se ha de evitar el error en el análisis de la prueba (de donde surgen los hechos que tipifican una determinada situación jurídica), pero siempre y cuando la apreciación equivocada conlleve un error manifiesto o notorio, pues de resto se acabaría fundamentalmente con el arbitrio relativamente amplio que se concede al juzgador. En lo penal es la *causal segunda de casación la vía a seguir*, para impugnar las sentencias construidas sobre el error manifiesto en que se incurrió al valorar los hechos que constituyen elementos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción (Art. 567 del C. de P. P., Ord. 2º).

"*Y para imprimir prosperidad a dicha causal, se impone obrar dentro de este ordenamiento lógico:*

"1º Indicar los hechos plenamente comprobados en el proceso;

"2º Comprobar el error manifiesto o evidente en la valoración que sobre los mismos verificó el Tribunal *ad-quem*, ya *en forma positiva*, por haberles atribuido un valor que probatoriamente no tienen, y ya en *forma negativa* por negarles el que sí poseen, por no haberles apreciado estando acreditados en el proceso, o finalmente por no haber descartado la contradicción manifiesta que surge entre ellos.

"3º Demostrar que tales hechos tienen la calidad antes mencionada (elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influido en la determinación de la sanción);

"4º Probar a plenitud que el error en dicha apreciación, incide fundamentalmente en la parte resolutiva del fallo acusado, y

"5º Señalar, como secuela de lo anterior, la infracción de una o varias disposiciones de la ley procedimental, y más concretamente las relativas al mérito de la prueba y a la forma legal de su producción, para poder llegar por este medio a la violación de la ley sustantiva, que surge consecuencialmente por infracción directa (no aplicación de la misma a un hecho inexistente), *por aplicación indebida* de la misma a una situación no comprendida por ella, y, finalmente, por interpretación errónea de un precepto legal, en este caso, en cuanto al contenido mismo de la norma legal independientemente de la cuestión de hecho.

"Tal pensamiento fluye de la interpretación de las doctrinas formuladas por la H. Corte (Sala Civil) en sentencias de octubre 8 de 1958 (G. J., Nos. 2171 a 2173, Pág. 453), de julio 5 de 1956 (G. J., Nº 2170, Pág. 198), marzo 15 de 1957 (G. J., Nº 2179, Pág. 358), de marzo 26 de 1957 (G. J., 2179, Pág. 401) y los siguientes fallos de la Sala Penal de la misma H. Corporación: diciembre 3 de 1954 (G. J., Tomo LIX, Pág. 1015, enero 25 de 1949 (G. J., LXV, Pág. 403), julio 11 de 1949 (G. J., Tomo LXVI, Pág. 427), 16 de junio de 1953 (G. J., T. LXXV, Pág. 445), entre otras y ello obedece a que el instituto de la casación reposa en unos mismos principios, con modalidades especiales, según se trate

de cuestiones civiles, laborales, o penales, modalidades éstas que inciden en la estructura misma de las causales correspondientes.

"Resta decir, que el motivo de la *infracción directa* de la ley penal sustantiva, no está expresamente consagrado en el Código de Procedimiento Penal (Art. 567, Ord. 1º), como sí aparece en el C. de P. Civil (Ley 105 de 1931, Art. 520, ordinal 1º) y en el C. de Procedimiento en los juicios laborales. (Art. 90, inciso a del Decreto 2158 de 1948, junio 24). Mas lógicamente al demostrarse la aplicación *indebida* de la ley penal sustantiva a una situación que ella no contempla se afirma, así sea implícitamente, que hay infracción directa de la misma ley, por no aplicación de la disposición pertinente.

"Esta Procuraduría ha querido exponer el anterior pensamiento, a fin de proceder como exige la técnica del recurso de casación al estudio de las causales alegadas concretamente, en cuanto a la fundamentación de las causales 2ª y 1ª del Art. 567 del C. de P. P.

"El medio social donde ocurrieron los hechos.

"Para ser estrictos al ordenamiento que, dentro de esta respuesta a la demanda formulada, se ha trazado este Despacho, se procede a estudiar la situación social del lugar donde tuvieron ocurrencia los hechos de este proceso.

"Fue en el Corregimiento de Ceilán, ubicado dentro de la jurisdicción municipal de Bugalagrande, en el Departamento del Valle del Cauca, el lugar geográfico que sirvió de escenario al desarrollo de los antecedentes, de las circunstancias concomitantes y posteriores al hecho investigado: la muerte violenta del soldado Jesús Antonio Montoya Saldarriaga. Ello sucedió el 22 de marzo de 1959.

"Sólo con gran desconocimiento de la historia del país, puede afirmarse ignorancia sobre la violencia y los violentos que han hecho su agosto en dicho sitio de la patria, para entregar un saldo innumerable de cadáveres, desde hace varios años. Y mientras la justicia se abre paso para impedir la impunidad de los hechos criminales, la violencia se esconde, pero no termina su imperio, porque la lejanía de los lugares donde ella opera hace difícil una pronta investigación penal, porque las gentes mismas han aprendido a valorar inmensamente su vida, quizá por el peligro inminente en que cuotidianamente se ven colocados, porque no siempre es fácil encontrar la huella que traza el derrotero acertado en el descubrimiento de verdad, porque la reserva de las personas para producir su testimonio, se auna la incapacidad de algunos funcionarios de instrucción, que por fortuna son los menos. Y por múltiples factores más, sólo lentamente, pero con firmeza el imperio de la justicia, va socavando el fugaz imperio de la violencia y de los violentos.

"Pues bien. Sin que sea necesaria una demostración exhaustiva al respecto, puede afirmarse que en dichos lugares (los afectados por la violencia) se ha creado una sicología especial en las gentes que los lleva a cerrar los ojos ante la evidencia, a enmudecer ante los jueces para callar lo que escucharon, a no aportar su ayuda eficaz para el descubrimiento de los hechos criminales, y lo que es peor aún: a perjurar. A la expresión reiterada del *yo no vi, yo no escuché* (que transmiten los que vieron y escucharon), se antepone la del *yo sí vi yo sí escuché* (que producen los que no vieron ni escucharon), y ello ocurre en múl-

tiples casos. Por fortuna, todavía hay quienes creen en la verdad y lo justo, y éstos —que son los más— asumen valiente, y honrosamente la responsabilidad que conlleva el decir lo verdadero. Así se salva la justicia. Así se combate la misma impunidad.

"Todo lo anterior se escribe por su incidencia en el caso *sub-judice*. En efecto: es suficiente decir que el padre del soldado Montoya Saldarriaga había sido víctima de un hecho criminal que produjo su muerte, en la misma región y sólo unos días antes del 22 de marzo de 1950. A consecuencia de ello su hijo, Jesús Antonio, debió viajar de Medellín a Ceilán, para asistir a las ceremonias religiosas que constituyen el novenario. Así se explica la presencia del soldado Montoya en dicho lugar, y, también cuál su estado de ánimo que no podía ser otro, al de una profunda pena moral por el desaparecimiento de quien se hallaba ligado por poderosos vínculos de la sangre y del amor. Y tal pena, a su vez, ofrece la respuesta al hecho de que Montoya Saldarriaga el día 22 de marzo de dicho año, se encontrara bebiendo cerveza, porque es lamentable decirlo —pero es cierto—, en nuestro pueblo el licor ha llegado a dominar todas las esferas sociales, y en especial, la de los campesinos quienes manifiestan su alegría, o la tragedia de su vida acudiendo al alcohol.

"Y, como es obvio, la influencia de tal medio social, el que imperaba en Ceilán por la época de los sucesos investigados se hace manifiesta en la conducta de los procesados José de Jesús, Bernardo y Carlos Sanmartín, pues, tal como aparece consignado en el informativo, se habrá de comprobar que dichos sujetos están señalados como autores de la violencia que ha ocurrido en dicha región, a causa de un apasionamiento injustificado hacia determinados principios políticos, el cual, además, se ha hecho notorio en diversos lugares del país, y en sectores que pertenecen a los partidos políticos que existen entre nosotros. Esta circunstancia precisa tenerla en cuenta en este proceso por cuanto explica el móvil del homicidio del soldado Montoya Saldarriaga.

"Concretamente en lo relativo al hecho de que informa este expediente, es preciso anotar cómo el medio social ha influido en la mentalidad de los testigos. Así, Humberto Fernández (Fl. 100) asevera que él no sabe nada de lo ocurrido, pero agrega *'aunque yo lo supiera no lo diría, porque ponía en peligro mi vida, lo mismo que la de mi hermano'*. En la misma forma, Elías González (Fl. 118 Vto.) asevera que dar una declaración es —de llegar a enterarse los hermanos Sanmartín— *'firmar la pena de muerte'*, y dice: *'Aquí en Ceilán es así, eso no se escapa, eso todo el mundo lo sabe, y por eso muchos crímenes se han quedado ocultos'*. Y todavía más: Betulia Arboleda (Fl. 123 Vto.) explica un detalle diciendo que: *'es que el que sepa quién puso el cuchillo, no dice por el miedo'*. Tales manifestaciones, son, a no dudarlo, signo inequívoco de la psicología social de que hemos venido hablando. Y lo mismo se infiere de la insistencia de algunos testigos para negar determinados hechos, no obstante que ha sido afirmada su calidad de personas que estuvieron en el lugar del insuceso, y cuando éste ocurrió.

"Y acerca del móvil del delito y de la personalidad de los hermanos Sanmartín, algunos testigos expresan que la muerte del soldado fue causada por pertenecer a una ideología diversa de la de aquéllos. Sobre este particular se pronuncian, entre otros, Marta Graciela V. vda. de Sánchez (Fl. 79), quien asevera que los 'móviles, por ser liberal únicamente'; Tobías Torres (Fl. 98) el cual expresa que 'yo creo que la causa para matar al muchacho, fue para que no investigara la muerte del padre, quien había muerto acribillado a balazos en

esa misma semana; en una vereda de Cellán, yo conjeturo eso porque el muchacho era de filiación liberal; Jesús M. Cardona afirma que según su opinión, el soldado lo 'mataron fue por su política' (Fl. 91). Y lo anterior reviste mayor credibilidad si se tiene presente que otros testigos 'Juan Pablo Flórez —Fl. 92—, Saulo Avila —Fl. 191 Vto.—, Juan Manuel Jaramillo —Fl. 125 Vto.— entre algunos más) declaran sobre la mala conducta que se les atribuye en el sentido de ser los promotores de la violencia en dicha región. Pero es que el mismo temperamento belicoso de José de Jesús y Bernardo Sanmartín, se hace manifiesto en la comisión del delito cometido en el soldado Montoya Saldarriaga, siendo que ellos mismos —ni nadie más en el proceso merezca credibilidad— aseveran que entre la víctima y los hermanos mencionados no existían motivos de enemistad previos a los hechos del 22 de marzo de 1959. Y el referido móvil surgirá en forma notoria, cuando se verifique el estudio de la realidad como ocurrieron los hechos.

"Explicado el medio social donde tuvo lugar el evento criminoso de autos y su influencia sobre la conducta de los procesados y testigos, como también indicado el móvil del hecho criminoso, se hace necesario consignar algunas afirmaciones fundamentales sobre la credibilidad de lo que expresan ciertos testigos.

"*Las circunstancias personales de los reos y de los testigos.*

"En primer lugar, desde ahora se hace un aserto que tiene incidencia en este caso. No puede descartarse el testimonio del menor de edad en consideración simplemente a que éste se halla sujeto a la influencia de los demás, a que su mente es fácil a construir fantasías, entre otros motivos, sino que es necesario proceder en su valoración en forma cuidadosa pero sin olvidar un hecho: que en los lugares donde ha ocurrido la violencia con caracteres permanentes y de extrema ausencia de sentido humanitario es más fácil hallar a un menor de edad que diga la verdad que encontrar a un adulto en la misma situación. La razón es obvia: en tanto que éste desconoce la trascendencia de su acto (rendir un testimonio) y las consecuencias que puede padecer (peligro incluso de sus bienes materiales y aún de su integridad personal), el menor declarante manifiesta cuanto pudo ver y escuchar porque aún no comprende la responsabilidad que conllevan sus actos. Lo anterior, lógicamente, es relativo, y entonces habrá que acudir en cada caso concreto a examinar otras circunstancias que darán mayor o menor credibilidad a su testimonio, pero aún siendo relativo es preciso tenerlo presente por su importancia sicológica.

"Y la misma calidad personal de los procesados y testigos, se descubre al examinar sus asertos, sus relaciones con el autor o partícipe de los hechos, y con la víctima y sus familiares y otros motivos.

"La mencionada calidad personal, se hará presente en este proceso, y así se observa lo siguiente:

"a) Bernardo Sanmartín produce una versión que pugna con diversas probanzas, y hace afirmaciones que se contradicen entre sí, lo cual hace su dicho en algunos aspectos inverosímiles o absurdos.

"b) Carlos Sanmartín, igualmente, se contradice consigo mismo, con la evidencia de los hechos.

"c) José de Jesús Sanmartín, deja comprender su personalidad mentirosa cuando en su injurada empieza diciendo que no ha estado detenido 'por ningún delito ni motivo' y concluye aseverando que se halla preso en la cárcel a órdenes del 'Inspector de Policía', porque lo sindican de un atraco a un pagador de la Secretaría de Obras Públicas. Pero el mismo sujeto niega otros hechos plenamente comprobados.

"d) La menor Rosa Elena Montoya, es quien destruye en forma certera la pretensión del apoderado de Bernardo Sanmartín, de hacerla aparecer como mentirosa y enviada a decir hechos falsos al proceso. Su respuesta a una pregunta de dicho abogado es definitiva al respecto, cuando afirma que 'Susana *me dijo que dijera lo que yo había visto*', vale decir que relatara los hechos que habían ocurrido en su presencia en el establecimiento de Bernardo Sanmartín. Y por ser testigo presencial de los hechos, y por su calidad de menor de edad, encuentran firmeza sus asertos, los cuales cuentan con respaldo de diversas probanzas. Ella dio su versión porque desconocía que su comportamiento ante la justicia pudiera acarrearle algún peligro, lo cual precisamente impidió a muchas personas expresar al Juez Instructor, lo que habían visto y escuchado el 22 de marzo de 1959.

"e) El mismo Inspector de Policía de Ceilán, por la época del insuceso, señor *Lihaniel Avila*, resulta contradicho por los mismos señores *Julio y Marco Alvarez* (Fls. 93, 112 y 115), con lo cual se hace manifiesto el deseo de producir una versión falsa sobre el hecho investigado.

"Y muchas otras personas harán evidente su deseo de falsear la verdad. Al estudiar los hechos plenamente comprobados, se habrá de deducir la personalidad de los testigos".

A continuación, el distinguido colaborador Fiscal, se refiere en su respuesta a los hechos que, según su concepto, se hallan plenamente establecidos en el proceso, en lo tocante a la conducta de los principales acusados, pero muy en particular, a la de Bernardo Sanmartín, para concluir de su estudio probatorio frente a la primera demanda, lo que pasa a transcribirse:

"1º) Los cargos formulados por el impugnador, no han demostrado el error manifiesto o evidente en que incurrió el Tribunal *ad-quem*, al valorar los hechos constitutivos de elementos tipificadores del delito. Apenas si prospera el cargo cuarto, en cuanto no existe plenamente comprobada la premeditación que se atribuye a la conducta homicida de Bernardo Sanmartín. No es viable el mismo cargo, en cuanto trata de eliminar la demostración plena que existe en el proceso, en relación a la causal 5ª de asesinato, consistente en el hecho de haber obrado Bernardo Sanmartín, a sabiendas de la inferioridad e indefensión en que se hallaba Montoya S.

"2º) Acorde a lo anterior, en lo relativo a la demanda formulada en representación de *Bernardo Sanmartín*, esta Procuraduría habrá de solicitar a la H. Corte que se *invalide la sentencia*, a fin de que se profiera la conforme a derecho, habida consideración de que el Tribunal *ad-quem* incurrió en error de hecho manifiesto, al considerar que estaba plenamente comprobado en el proceso la causal 2ª de asesinato, acompañada de motivos innobles o bajos.

"Sólo en dicho sentido, considera este Despacho que puede considerarse viable la demostración de la causal 2ª de casación, que es materia de estudio.

En lo demás, los cargos no han comprobado que los elementos constitutivos del *homicidio* (asesinato, por comprobación del ordinal 5º del Art. 363 del C. P.), no estén demostrados en el hecho del proceso, tampoco han acreditado que *Bernardo Sanmartín* hubiera obrado en legítima defensa de su vida (causa eximente de responsabilidad), ni menos que hubiera procedido impulsado por una grave e injusta provocación y que hubiera actuado bajo un estado de ira o de intenso dolor (Art. 28 del C. P.: causa modificadora de la responsabilidad). Los hechos del proceso no ofrecen la duda invencible que debe absolverse a favor del reo, por mandato imperativo de la ley (artículo 204 del C. de P. P.) en cuanto a la demostración plena de los hechos que se indicaron y que reúnen la calidad para ser elementos constitutivos del delito de homicidio (asesinato) por ello el Art. 203 del C. de P. P. no ha sido violado en la sentencia acusada, ni las demás normas que señala el impugnador entre las cuales menciona varias de carácter sustantivo, cuya infracción ha debido acusar —para obrar conforme a la técnica del recurso— por medio de la causal 1ª, como en efecto lo hizo cuando entró a fundamentar dicha causal, sin que fuera pertinente hablar de la violación de varios preceptos de la ley penal sustantiva dentro de la demostración de la causal segunda.

"Ahora bien: encontrando este despacho debidamente comprobado el cargo consistente en que se incurrió en error de hecho evidente, al considerar el Tribunal *ad-quem* que la premeditación que tipifica el ordinal 2º del Art. 363 del C. P., se hallaba comprobada por los hechos del proceso, es obvio que no es preciso proceder al estudio de las demás causales alegadas en la demanda del apoderado de *Bernardo Sanmartín*, por cuanto la causal segunda prospera por el motivo indicado y corresponde a la H. Corte proceder a dictar el fallo correspondiente, al tenor del Art. 570 del C. de P. P., letra *a*, previa invalidación del emitido por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga actualmente acusado. Así lo estima esta Procuraduría".

Respecto a la demanda presentada por el señor apoderado a nombre de José de Jesús Sanmartín, la Procuraduría responde en los siguientes términos:

"Las conclusiones sobre el mérito de la prueba que se dejaron consignadas con ocasión de la respuesta dada a la demanda formulada en representación de Bernardo Sanmartín, han de servir de apoyo para dar la réplica a la que se estudia en este capítulo: la demanda que se refiere a los intereses jurídicos del reo *José de Jesús Sanmartín*.

"Esta Procuraduría encuentra plenamente probado en el proceso que dos fueron los autores de los disparos que causaron la muerte al soldado Montoya; son ellos *Bernardo* y *José de Jesús Sanmartín*. Por lo tanto la calificación que a ellos se les atribuyó de coautores del hecho criminoso tipificado por el Art. 363 del C. P., en armonía con lo dispuesto por el ordinal 5º del Art. 363 del mismo Código: es acertada y encuentra respaldo en las pruebas allegadas a este proceso. Los hechos que tipifican dicha figura delictiva se hallan plenamente demostrados y en su valoración ni el Juzgado 1º Superior de Buga ni el H. Tribunal Superior de dicho Distrito, incurrieron en error de hecho manifiesto o evidente. Y esta Procuraduría se ve precisada a referirse al fallo del juez *a-quo*, como lo hace también el demandante, por la potísima razón de que el Tribunal *ad-quem* cumplió al revisar la sentencia del inferior una labor simple al aceptar los razonamientos consignados en el fallo del juzgado, sin detenerse en lo más mínimo a examinarlos como lo era pertinente; el mismo Tribunal, apenas consideró cumplido su deber, estudiando algunos elementos de

juicio que fueron aportados durante el trámite de la segunda instancia. Esta Procuraduría estima que el fallo acusado, en verdad, denota una labor descuidada de parte del H. Tribunal Superior de Buga, lo que es de presumirse, habrá de evitarse en nuevos fallos que debe emitir dicha corporación. Revisar una sentencia, y más cuando el proceso reviste cierta complejidad, no se cumple a cabalidad diciendo estoy de acuerdo o en desacuerdo con el inferior, sino enseñando uno a uno los razonamientos que llevan a prohijar o rechazar una u otra tesis. Sólo tras del estudio minucioso del proceso, en cada caso, podrá afirmarse que los falladores han cumplido penalmente la excelsa función de administrar justicia, para dar a cada uno lo que le corresponde, como enseñaron los romanos.

"Pero a lo dicho anteriormente sobre el mérito de la prueba, es preciso aducir lo siguiente:

"1º No prospera el cargo consistente en la negación de la imputación del hecho criminoso a *José de Jesús Sanmartín*, evento que lo describe el Art. 362 del C. P.

"2º No prospera el cargo consistente en la negación de la comprobación plena de la circunstancia de asesinato que tipifica el Art. 363, en su ordinal 5º.

"3º Sí prospera el cargo consistente en la negación de la circunstancia de asesinato consagrada en el ordinal 2º del Art. 363 del C. P. En realidad: los autos no permiten afirmar indubitablemente que se halle plenamente comprobado que *José de Jesús Sanmartín* (al igual que *Bernardo Sanmartín*), obró con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos.

"Si dicho cargo prospera, es obvio que el fallo acusado debe invalidarse para que se profiera el acorde a derecho. Así habrá de solicitarlo esta Procuraduría a la H. Corte".

Por último, el señor Procurador Delegado, en cuyo concepto el recurso debe prosperar de modo completo para el acusado *Carlos Sanmartín*, en su respuesta a la correspondiente demanda expresa:

"Las probanzas de autos permiten afirmar, en relación a la conducta de *Carlos Sanmartín* por los hechos de este proceso, la demostración de lo que sigue:

"1º) El reo Carlos Sanmartín sí se hallaba en el lugar del insuceso, en el momento en que éste ocurrió.

"2º) Solamente contra dicho procesado obra la declaración de *Carlos Arturo Casas Montoya* (Fl. 63), quien dice haber escuchado cuando Carlos Sanmartín dijo que 'ese soldadito estaba bueno era pa (sic) pegarle un tiro y que Ceilán sólo se hallaba el día 22 de marzo de 1959 un soldado: *Montoya Saldaviaga*. Otro declarante, Neftalí López (Fl. 66 Vto.), refiere que se percató de cuando *Carlos Sanmartín* 'le pasó un revólver a *Bernardo Sanmartín* que estaba sentado en el taburete' y que pudo darse cuenta de que entre los hermanos Sanmartín se llevaba a cabo una conversación 'como un comentario entre ellos referente al soldado y comentaban pero no supe el tema...' El mismo testigo afirma que ello ocurrió después de mediodía y que sólo cuando él (Neftalí López) abandonó el 'Bar Social' —después de transcurrido un tiempo desde

cuando se dio cuenta del incidente que relata— supo que habían dado muerte al soldado Montoya. Otros testigos hablan también de la presencia de *Carlos Sanmartín* después de los hechos en el 'Bar Social' (Jesús Giraldo Cárdenas, Fl. 107, entre ellos).

"3º) De lo anterior surge, en forma plena, demostrado que contra *Carlos Sanmartín* no existen los requisitos exigidos por el Art. 203 del C. de P. P., para proferir en su contra sentencia condenatoria. La participación de dicho procesado no puede calificarse jurídicamente como la de un cómplice no necesario en el homicidio (asesinato) de que fue víctima *Montoya Saldarriaga*. En este aspecto, la valoración de los hechos por parte del Tribunal *ad-quem*, denota un error evidente que incide fundamentalmente sobre la comprobación de los elementos constitutivos del delito que se atribuye a *Carlos Sanmartín*, como también sobre la modalidad que afecta la responsabilidad penal del mismo.

"A dicha conclusión llega esta Procuraduría con apoyo en el estudio probatorio que se ha dejado consignado en esta vista. El cargo, pues, prospera y lo procedente es proferir fallo absolutorio sobre *Carlos Sanmartín*, lo cual habrá de solicitar este despacho a la H. Corte, decisión que será posterior a la invalidación del fallo acusado (Art. 570, del C. de P. P., letra *a)*.

"No es, pues, necesario proceder al estudio de las demás causales invocadas por el abogado recurrente en representación de Carlos Sanmartín".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Como el señor apoderado formuló por separado las demandas de casación, distinguiendo en cada una de ellas la situación jurídica de sus representados, la Sala estima del caso dar respuesta a los cargos en la misma forma, no obstante que en muchos aspectos, los motivos de impugnación a la sentencia son comunes o coincidentes.

Mérito del recurso en cuanto a Bernardo Sanmartín López.

A esta acusación, la Corte responde:

1º Los seis cargos que se aducen con apoyo en la causal segunda, se refieren todos ellos a cuestiones de hecho y a la consiguiente violación indirecta de la ley penal, por haber apreciado el fallador de modo equivocado las pruebas recogidas a lo largo del proceso. Ese error de hecho, por lo que toca al acusado cuya situación se define, se relaciona sustancialmente con los elementos de la responsabilidad, ya que la autoría del hecho se la atribuye a sí mismo Bernardo Sanmartín, pero afirmando categóricamente que procedió en la comisión del homicidio en legítima defensa de su vida.

Claro está, y ello hay que observarlo desde ahora, que el acusador con falta de técnica, en los seis cargos elaborados a través de la causal segunda, viene a plantear hipótesis procesales, no sólo distintas sino incompatibles, que lo llevan a proponer a la Corte soluciones jurídicas que no armonizan entre sí y en derecho se repelen dentro del recurso de casación y tratándose de la causal segunda que presupone evidenciar que el sentenciador incurrió en notorio error al estimar los elementos de juicio.

Para mejor hacer resaltar en su verdadero contenido el alcance de esos cargos y poder la Sala examinarlos en sus verdaderas consecuencias, pasa a referirse a ellos en su orden.

Primer cargo

Admitido como está por el acusado Bernardo Sanmartín el haber sido el matador del soldado Montoya, en este primer cargo el acusador al invocar la causal segunda, toma en cuenta todos los antecedentes relacionados con la muerte violenta que sufrió el padre del nombrado Montoya, al parecer por motivos políticos y de cuya comisión muchos habitantes del lugar sindicaban a los hermanos Sanmartín, tenidos como sujetos beligerantes en política, y patrocinadores de la violencia, para deducir de algunas pruebas, como los testimonios de la señora Susana Saldarriaga, madre del occiso, Antonio Durango Rodríguez, Julio Alvarez Cardona, Marco Tulio Alvarez Cardona, Dorancé Díaz, Norberto Agudelo, Aristóbulo Tobón, Tobías Torres Matéus, como principales, que por causa del motivo "determinante del hecho sangriento imputado a Bernardo Sanmartín", no hay lugar a "las dos agravantes de asesinato sobrecargadas al simple homicidio de propósito", y surge "en contra del soldado la injusticia de su agresión o cuando menos de la provocación, para concederle al procesado una causal tificante (sic) o una atenuación conforme al artículo 28 del C. P."

El planteamiento de este cargo, que no desconoce la responsabilidad penal del acusado, como que se refiere de modo concreto a la sola circunstancia aminorante de que trata el Art. 28 del C. P., en realidad resulta antitécnicamente formulado si se considera que en cargos posteriores, dentro de la misma causal segunda, lo que se pretende demostrar es que el homicidio confesado por Bernardo Sanmartín, lo cometió en legítima defensa de su vida, o que a tal solución, debe llegarse en vista de la contradicción probatoria que el proceso ofrece, de acuerdo con el artículo 204 del C. de P. P.

La hipótesis de haber obrado Bernardo Sanmartín en las condiciones del artículo 28. antes citado, o por cualquier provocación de la víctima, no la admitieron las instancias porque, según su criterio, la prueba tendiente a demostrar una actitud hostil, amenazadora, desafiante o agresiva de Montoya, comparada con la que, por el contrario, acredita que su muerte ocurrió sin haber mediado provocación grave, no era veraz ni idónea.

Ante esa oposición de los medios probatorios, en especial de los testimonios, los falladores, conforme a derecho, disponían en este juicio del necesario y prudente arbitrio que la ley estatuye para la apreciación de los diversos medios de convicción, siguiendo para ello las normas que son propias de la crítica de la prueba, cuando esa prueba lo es, por su estructura, de carácter personal.

En este aspecto que se examina conviene traer a cita los siguientes apartes de la vista fiscal, por condenar ellos la cuestión probatoria en su fondo principal de contradicción y los fundamentos para que las instancias hayan prestado mayor atención a la prueba de cargo:

"*Lo que se halla demostrado plenamente en este proceso es lo siguiente*, conforme se infiere de los elementos de juicio aportados al informativo:

1º) Que el soldado Montoya Saldarriaga, el día del 22 de marzo de 1959, se encontraba tomando cerveza, pero sin que hubiera llegado a un extremo tal, que hubiera perdido el control de sus facultades. Por lo mismo no merece credibilidad el hecho de hacerlo aparecer como persona belicosa, ofensiva y en

pretensión de eliminar a presuntos autores de la muerte de su señor padre. Lo contrario afirman varias personas: que era trabajador, enemigo de las riñas cuotidianas, que su comportamiento no era reprochable; así lo aseveran Carlos Lara Rivera (Fl. 28 Vto.) y Gerardo Castillo (Fl. 30) entre otros. Y no puede argüirse que lo afirmado por el reo José de Jesús Sanmartín (cuyas contradicciones lo revelan como mentiroso), en su indagatoria, sobre la participación del soldado Montoya en un asesinato cometido en la región de Frazadas (Fl. 130 Vto.) Y lo aseverado por *Irineo Restrepo* (Fl. 195), sobre el mismo hecho sean elementos que resten credibilidad a lo dicho anteriormente, sobre la personalidad del soldado Montoya Saldarriaga, porque basta estudiar detenidamente tales asertos para concluir que carecen de respaldo en los autos y revelan más ser fruto de la imaginación que de la realidad.

"2º) Que el mismo Montoya Saldarriaga, en vez de ofender a los sujetos *Marco y Julio Alvarez Alvarez* el día de los hechos, fue víctima de ultrajes por parte de dichos sujetos, quienes en sus asertos, son aún recientes para respaldar lo que les atribuye el Inspector de Policía del Corregimiento de Ceilán, señor *Libantel Avila*. Pero por otra parte sus afirmaciones se ven ampliamente rebatidas por lo que aseveran otros testigos y que confirma cómo la agresión fue propiciada por dichos individuos —a quienes se les apoda los 'paisas'— al soldado Montoya. Ello se deduce del estudio integral de los testimonios de las siguientes personas: *Arístides Peña* (Fl. 14 Vto.), *Luis Alfonso Maldonado* (Fl. 16 Vto.), *Eliades Alfonso Tinjacá* (Fl. 24 Vto.), de donde aparece que las ofensas inferidas por Montoya a los hermanos Marco y Julio Alvarez no merecen sino serios motivos de duda los que revisten mayor trascendencia al comprobarse plenamente que Montoya Saldarriaga se hallaba sin un arma el día del insuceso por lo cual no iba a intentar buscar pelea a nadie, cuando de antemano sabía que podía ser eliminado, sin que pudiera defenderse en forma efectiva.

"3º) Se halla acreditado en el informativo, en forma plena que *Montoya Saldarriaga* no portaba arma el 22 de marzo de 1959 si bien le aparece un cuchillo cerca del cadáver. En efecto: es la menor Rosa Elena Montoya la que aporta al proceso la explicación de dicha arma, cuando asevera que le fue enviada desde el mostrador en la posición que más se acercaba a la mano derecha de Montoya (Fl. 56) y el testimonio de la anterior a este respecto está respaldado por lo afirmado por Heli Torres (Fl. 99) quien percibió el mismo hecho. La misma Rosa Elena habla de que el cuchillo tenía 'funda' y que era negra y vieja. Y no destruye la fuerza probatoria de dichos testimonios el hecho de que los peritos Antonio J. Muñoz y Dimas Hernández hubieran dictaminado que dada la posición en que se dice fue hallado el cadáver y 'teniendo la camiseta abotonada' el soldado, '*no fue posible*' introducirle la cubierta que se afirma le fue encontrada a la víctima 'en el cinto lado derecho', cuando se trató de verificar tal hecho mientras acudía al lugar del insuceso la autoridad, tan pronto se escucharon los disparos. En efecto se tiene:

"a) Primeramente, el día del insuceso no tenía motivo fundado alguno la autoridad, para estar atenta a escuchar cuándo iba a producirse los disparos, ni tampoco por qué conocer por anticipado el lugar donde se produjo el hecho;

"b) El 22 de marzo de 1959, cuando ocurrió la muerte del soldado Montoya, el establecimiento de Bernardo Sanmartín se hallaba lleno de gente, conforme

lo predican múltiples testigos, y al producirse la muerte de Montoya, las personas que se encontraban dentro del 'Bar Social' salieron precipitadamente hacia la calle por lo cual, como es lógico, el tumulto que se formó al abandonar dicho sitio, impidió penetrar prontamente a la autoridad al citado establecimiento;

"c) En la reconstrucción del hecho se partió, otra vez, de un supuesto equivocado cual fue haber considerado que el cadáver de Montoya, tal como se afirma por varias personas, quedó tendido en el suelo 'boca abajo' al recibir los disparos que le causaron la muerte. Si, como está comprobado, el mismo Montoya no portaba arma el día de autos y el cuchillo que apareció cerca a su cuerpo le fue arrojado y colocado en determinada posición, es obvio que al introducirle la cubierta para guardar un cuchillo el cadáver tuvo que ser movido con posterioridad al momento en que cayó herido de muerte y por lo tanto la posición en que muchos le vieron (pero que no describe la diligencia de levantamiento del cadáver en forma por demás inexplicable), o sea 'boca abajo', no fue la misma en que quedó al caer, y

"d) Más aún: si Montoya Saldarriaga en gracia de discusión, sacó cuchillo para agredir a Bernardo Sanmartín, lo lógico era que la camisa le hubiera quedado desabotonada, porque resulta inverosímil que primero hubiera sacado el arma, que luego se hubiera abotonado la camisa tras lo anterior (porque si la cubierta que le fue encontrada en el cinto al lado derecho y no le fue percibida por varios testigos, es natural que la llevaba allí pero colocada por dentro de la camisa, lo cual hacía necesario desabotonarla para sacar el arma) y que, finalmente, hubiera agredido a Sanmartín. Pues bien, los peritos al rendir su dictamen, partieron del hecho que se comprende en estas palabras *'teniendo la camiseta abotonada'* (Fl. 20 Vto.). Pero a la misma conclusión se llega por otro medio persuasivo. Si, como resulta plenamente demostrado, Montoya Saldarriaga no portaba ninguna clase de arma cuando fue muerto de varios disparos, y resultó llevando al cinto una cubierta para portar cuchillo, es natural que ésta le hubiera sido colocada, y entonces también debió estar Montoya con la camisa desabotonada cuando se le practicó el levantamiento del cadáver porque resulta absurdo que quien le colocó dicha cubierta hubiera procedido a algo más; a prever en los momentos de confusión de los hechos todas las consecuencias que podía deducirse de su acto y hubiera concebido que era necesario abotonarle la camisa, tal como se encontraba al ser herido el soldado y caer al suelo".

"... Precisa analizar otros hechos del proceso:

"7º) Está comprobado a plenitud, que no existía entre los hermanos Sanmartín y el soldado Montoya motivo alguno de enemistad previa a cuando ocurrió la muerte de éste, que sólo se interponía entre ellos la diversidad de filiación política de los mismos y que el móvil del hecho fue precisamente esa diferencia ideológica. Ya esta Procuraduría anotaba al estudiar el medio social donde ocurrieron los hechos, cuál era el móvil que surgía, con cierta reserva de varios testigos, para explicar la muerte del soldado Montoya y se concluyó que era de índole política. Conviene aportar el respaldo probatorio a dicho hecho.

"Son los testigos Marta Graciela Vda. de Sánchez (Fl. 79), Tobías Torres (Fl. 88), Jesús Ma. Cardona (Fl. 91), los que permiten dar por plenamente comprobado como móvil de los hechos la filiación política del soldado Montoya,

que era diversa de la de los hermanos Sanmartín, personas éstas que otros elementos de juicio señalan como sectarios en cuestiones políticas, e incluso las califican como promotoras de la violencia en dicha región, si bien no indican hechos concretos y se fundamentan en lo oído. Pero que tales testigos lo sean de referencia, no es argumento suficiente para restarles credibilidad a su dicho. En efecto: si el soldado Montoya no tenía ninguna enemistad contra los hermanos Sanmartín y si, además, no les injurió ni de palabra, ni les atacó de obra (lo cual se probará a continuación), solamente puede explicarse el hecho criminoso atribuyéndole un móvil político, como en forma indirecta lo hacen los testigos mencionados.

"Y a dicha conclusión se llega, si se tiene en cuenta lo siguiente:

"No estando armado el soldado Montoya Saldarriaga el día de los hechos, como ya se comprobó, resulta absurdo que pretendiera provocar a Bernardo Sanmartín, y que incluso le amenazara con darle muerte. Este hecho (la ausencia de provocación por parte de Montoya hacia Bernardo Sanmartín) encuentra respaldo en los testimonios de estas personas: Alba Vda. de Guzmán (Fl. 18), Neftalí López (Fl. 68 Vto.), José Cuber Cubillos (Fl. 105), Luis Arturo Ordóñez (Fl. 113).

"Y si bien en el informativo existen elementos de juicio de los cuales se infiere lo contrario (que el soldado Montoya agredió a Bernardo Sanmartín) ellos no merecen credibilidad como habrá de analizarse a continuación:

"1º El menor *Dorancé Díaz* (Fl. 5 Vto. y Fl. 70) cae en contradicciones fundamentales que impiden atribuirle credibilidad a sus dichos. Primeramente, debe tenerse presente que ingresó al proceso callando el parentesco de afinidad con el procesado *Bernardo Sanmartín* que es en la indagatoria de éste donde surge tal hecho (Fl. 36 Vto.), y que sólo en la ampliación de su declaración hizo conocer tan importante particular, lo que explica su deseo manifiesto de salvar a su cuñado a cualquier modo. Es suficiente anotar que mientras él (Dorancé) refiere que existió una charla previa entre el soldado Montoya y su persona, antes de que Montoya lanzara exclamaciones contra Bernardo Montoya y después le agrediera, como afirma este declarante, otros testigos niegan primero la existencia de tal diálogo (testimonios de Rosa Elena Montoya) (Fls. 58 y 145); de Pedro Antonio Valencia (Fl. 52); Sigifredo Marulanda (Fl. 73); Heli Ortiz (Fls. 99 y 145); José Cuber Cubillos (Fl. 105); Luis Arturo Ordóñez (Fl. 113); entre otros.

"Si, además, como ya se demostró el soldado Montoya no portaba ninguna clase de arma cuando fue muerto, es obvio que Dorancé Díaz miente cuando coloca en la mano de Montoya una para tratar de respaldar el dicho de su cuñado. Y téngase presente también que Dorancé calló en la primera ocasión que Montoya había dirigido tres puñaladas contra Bernardo, lo cual sí expuso en la ampliación, vale decir cuando el mismo Bernardo Sanmartín ya había mencionado la agresión repetida de Montoya.

"2º Tampoco merece credibilidad lo afirmado por *Alvelro Herrera* (Fl. 6 Vto.), porque es suficiente anotar que este sujeto, primero afirma haber escuchado el diálogo que se dice hubo entre Montoya y Sanmartín Bernardo, y después que él (Alvelro) no les entendió nada (Fl. 6 Vto. y 89), y más aún el mismo instructor a folio 89 Vto. deja constancia de que el testigo se conturba para declarar lo que implícitamente hace dudar de la veracidad de su dicho.

Pero téngase presente otro hecho y se llegará a la conclusión de que Alvelro Herrera no dice la verdad: al folio 90 contra toda evidencia procesal, afirma que vio el levantamiento del cadáver y que el soldado Montoya *'tenía agarrado, bien empuñado con la mano derecha un cuchillo'*. Y el mismo declarante es enfático en aseverar que *'yo no le oí nada'*, y al explicar la contradicción de su dicho inicial, dice que como se hallaba ocupado trabajando, 'yo no sé cómo sería que dije eso, como uno no vive echándole cabeza a eso', refiriéndose al hecho de que en su primera declaración había manifestado que escuchó una charla entre Montoya y Bernardo. A todo lo anterior aúnese la siguiente: múltiples testimonios ya analizados y que merecen todo crédito, niegan que de parte de Montoya hubiera habido agresión armada hacia Bernardo Sanmartín, lo cual se explica lógicamente por cuanto el soldado Montoya no portaba arma ninguna cuando llegó al establecimiento de Sanmartín y fue muerto en forma violenta.

"3º) Otro grupo de testigos, el integrado por los declarantes Luis Carlos Pulgarín (Fl. 80 Vto.), Norberto Agudelo (Fl. 148), Alfonso Sarria Hernández (Agente de Policía), que se encontraba en el lugar de los hechos (Fl. 151 Vto.), Ramón Elías Bermúdez (Fl. 305), Nicanor Castillo (Fl. 307), traen al proceso la versión de que el soldado Montoya provocó de palabra el insuceso, que demostró el día de autos un ánimo belicoso y que agredió con un cuchillo a Bernardo Sanmartín, en lo cual confirman la versión de este procesado. Sin embargo tales testimonios no merecen credibilidad por la forma como refieren los hechos y por la vinculación que demuestran hacia los hermanos Sanmartín (Fl. 80) por las contradicciones en que incurren (Fl. 148), por la inverosimilitud de sus asertos (Fl. 151 V.), por la época tardía y maliciosa como producen sus afirmaciones (Fl. 305) y aún por la excesiva precisión para relatar lo sucedido, y por los vocablos que atribuyen al soldado Montoya (que surgen desprovistos de amparo en los testimonios que ofrecen motivos serios de credibilidad (Fl. 307). A lo anterior aúnese el hecho que ya se dio por plenamente comprobado: la ausencia de arma en el soldado Montoya y entonces se llegará a la conclusión irrefutable de que los testigos de que se viene comentando demuestran interés en falsear la verdad y más aún conllevan en sí la mentira.

"En consecuencia, establecido el móvil político, por el cual fue eliminado el soldado Montoya y comprobada plenamente la ausencia de agresión de Montoya hacia Bernardo Sanmartín, surge indubitablemente otro hecho al proceso:

"8º) A Montoya Saldarriaga se le dio muerte cuando se hallaba en condiciones de indefensión e inferioridad en relación a sus agresores: los hermanos José de Jesús y Bernardo Sanmartín. En verdad, al estar acreditado plenamente que por parte del soldado Montoya no existió ninguna clase de agresión contra los hermanos Sanmartín, al momento de presentarse los hechos, que dicho sujeto (Montoya) se encontraba desarmado, que no tenía ningún motivo de enemistad que lo hiciera mantener deseos de 'hacer venganza' por la muerte de su padre, surge a plenitud que al penetrar al establecimiento llamado 'Bar Social', el día 22 de marzo de 1959 lo hizo sin finalidad alguna de herir de palabra o de obra a los hermanos Sanmartín y fue sorprendido en forma aleve y cuando le era imposible ejecutar un acto de defensa de su vida. Las descargas de revólver de José de Jesús y Bernardo Sanmartín fueron fulminantes. Además varios testigos predican la manera inmisericorde como fue víctima el soldado Montoya (ver lo dicho por Rosa Elena Montoya, Pedro Valencia, Sigifredo Marulanda, Heli Ortiz, José Cuber Cubillos y Luis Arturo Ordóñez, entre otros).

"El anterior análisis probatorio, permite afirmar que los hechos plenamente probados en el proceso, y, que no admiten la configuración de una duda de difícil eliminación, son los siguientes:

"1º) El soldado Montoya Saldarriaga sí había estado bebiendo cerveza el día 22 de marzo de 1959, pero sin que hubiera perdido el control de sus facultades para convertirse en individuo agresivo por excelencia. Tenía el mismo Montoya un temperamento pacífico, y el proceder cuotidiano de dicho sujeto permite afirmar que su sicología no fue alterada por el licor que ingirió en dicha fecha.

"2º Quien fue objeto de insulto por parte de Marcos y Julio Alvarez, a quienes se les apoda 'los paisas' en este informativo, precisamente era Montoya Saldarriaga y no éste el agresor verbal de los anteriores.

"3º Montoya Saldarriaga no portaba arma el día de los hechos, al momento en que éstos tuvieron ocurrencia, y el cuchillo que le fue hallado cerca a su cuerpo como la cubierta que se halló al cinto, le fueron colocadas tras de haber recibido los impactos que le produjeron la muerte".

Segundo cargo

Aunque éste, para que la demanda guardara un orden lógico, debió plantearse primero, como que se trata con él de dar por demostrada una situación de legítima defensa, por haber obrado Bernardo Sanmartín frente a la agresión del occiso, la Corte pasa por encima de esa falta de técnica para refutar el cargo, cometido que cumple con sólo referirse a lo dicho, respecto a la anterior hipótesis planteada por el demandante acerca de la grave e injusta provocación, pues si dicha aminorante de la responsabilidad no se puede dar por demostrada, con mayor razón la causal justificativa del homicidio hay que descartarla. El hecho concreto sobre el cual se pretende afianzar este motivo de acusación, consistente en que el soldado Montoya estaba armado y que trató de atacar al nombrado Sanmartín, es un hecho que las instancias no admitieron porque, a pesar de los elementos de prueba en este particular, ellas los estimaron sin mayor poder de convicción frente a otras pruebas más eficaces, no sospechosas y, en todo caso, más aptas para la racional convicción de que Montoya en momento alguno agredió al acusado.

Es obvio para la Corte, cuando en la casación se invoca la causal segunda, que el recurso sólo tiene razón de ser y es procedente si el impugnador demuestra de manera evidente que en la sentencia el Tribunal incurrió, al estimar el recaudo probatorio, en notorio error. Pero, si como en el caso sub-judice, se está ante un juicio crítico de pruebas contradictorias, unas que indican la comisión del delito en condiciones que hacen responsable al agente, y otras que tratan de dar por buena una causal de justificación o de excusa, la Corte tiene que respetar el arbitrio de los falladores que, para acoger unas pruebas y desechar otras, proceden racional y científicamente, de acuerdo con los principios que en el derecho regulan la materia.

No puede hablarse de error, entonces, si al desatar el proceso el Tribunal con la sentencia de segundo grado en la forma ya expresada y en la cuestión principal de condenar a Bernardo Sanmartín como uno de los autores del homicidio, apreció dentro de la realidad misma del juicio, aquellas pruebas de suficiente validez para la decisión adoptada. De igual modo, tampoco cabe afirmar

el error por haber descartado las pruebas favorables al acusado que, en concepto del *ad-quem*, no eran dignas, por diversos motivos, de crédito. Una posición distinta de la Sala a este respecto, entrañaría un desconocimiento de la función propia de los jueces como falladores.

Tercer cargo

Nada distinto a los aspectos aducidos por la acusación en los dos cargos anteriores aparece en el que aquí va a considerarse, pues trata, simplemente, de una circunstancia con la que se ha querido reforzar la confesión cualificada de Bernardo Sanmartín para dar apariencia de verdad al ataque armado de que afirmó haber sido víctima por parte del occiso. Dicha circunstancia no es otra a la de que al pie del cadáver de Montoya se halló un cuchillo, hecho que las instancias no apreciaron, teniendo en cuenta pruebas de indiscutible valor que permiten concluir, sin temor a errar, que el arma fue colocada, en la forma como se encontró, precisamente como un recurso ficticio para los fines de la defensa material del acusado.

Lo que la Corte expresó para no aceptar los dos cargos anteriores, vale igualmente para el tercero, pues, se repite, la controversia sobre los medios probatorios, la eficacia de unos frente a otros y el criterio para su valoración, caen bajo el arbitrio legal de los jueces de derecho.

Cuarto cargo

Hace relación, como ya se consignó al resumir la demanda, a la prueba sobre la premeditación, circunstancia deducida en el fallo para todos los acusados, con base en algunos testimonios, según los cuales los hermanos Sanmartín tenían el plan de dar muerte a Montoya.

En este particular, el colaborador fiscal estima fundada la acusación, y acoge los razonamientos tendientes a demostrar que esa circunstancia —la premeditación— así como la calidad o naturaleza de los móviles que deben acompañarla para que sea constitutiva de asesinato, no surgen de los testimonios a que aluden los fallos recaídos en la causa.

La Sala acepta este criterio, pues si se repara en las condiciones del ambiente en que los hechos tuvieron cumplimiento, los factores políticos que operaron y la necesidad de que la premeditación se acredite con prueba irrecusable, no es factible calificar el homicidio con base en dicha circunstancia. Sin embargo, como respecto de los procesados Bernardo y José de Jesús Sanmartín, subsiste el motivo específico de agravación para el homicidio previsto en el numeral 5º del Art. 363 del C. P., y como además no se ha impugnado por este aspecto la dosificación de la pena impuesta, en nada influye la eliminación de la circunstancia prevista en el ordinal 2º de la disposición citada.

Como el mismo cargo alude también a la indebida apreciación de la prueba respecto de la otra circunstancia de asesinato —la alevosía— que se dedujo a los procesados, por cuanto a la víctima se la colocó en condiciones de indefensión o inferioridad, la Corte estima que la acusación en este particular no prospera, y para apreciarlo así, tiene en cuenta la prueba que establece el modo de ejecución del delito y los recursos que para consumarlo materialmente adoptaron Bernardo y José de Jesús Sanmartín.

Quinto cargo

Nada hay que replicar respecto al tema que el señor apoderado plantea en este punto, porque todo se reduce a volver sobre la cuestión probatoria acerca de la legítima defensa que debe amparar la conducta del acusado. Ya hubo ocasión de expresar que la contradicción de los elementos de juicio, no es la base jurídica para impugnar la sentencia en el caso de autos, y que no hay motivo valedero para desconocer el mérito de las pruebas tomadas en consideración por las instancias. Es claro que si en el proceso resultara cierto que Montoya se presentó al "Bar Social", armado y en actitud agresiva, con el aparente ánimo de atacar a Bernardo Sanmartín, la confesión de éste tendría alguna veracidad, pero como las cosas no ocurrieron de esa manera, ni en esas circunstancias, el cargo de violación indirecta de la ley, por no reconocimiento de la legítima defensa, es inane.

Sexto cargo

Se puede decir lo mismo que del anterior, pues a él se trae de nuevo el problema de la provocación, para los efectos del artículo 28, al menos por la duda que pudiera surgir de la prueba en cuanto a la legítima defensa.

Sintetizando, los seis cargos son inválidos y carecen, en absoluto, de apoyo en las constancias del juicio y, por tanto, la casación no prospera con base en la causal segunda, al no haberse demostrado por el acusador el error evidente u ostensible en la apreciación del caudal probatorio.

Causal primera

La formulación de dos cargos a través de esta causal obedece, de acuerdo con los términos de la demanda, a la obligada consecuencia del error de hecho que se atribuye al sentenciador, con fundamento en la causal segunda, atrás considerada.

Los artículos que el impugnador estima violados, tanto del Código Penal Sustantivo, como del de Procedimiento, tienen que ver con la cuestión probatoria, lo que indica que la causal prosperaría, sólo de tener fundamento la que le sirve de premisa.

En consecuencia, los cargos por violación de la ley tampoco son aceptables.

Mérito del recurso en cuanto a José de Jesús Sanmartín.

Si se tiene en cuenta que la demanda relacionada con este acusado guarda estrecha semejanza en sus fundamentos y motivos alegados con la que el mismo apoderado formuló en representación de Bernardo Sanmartín, muchas de las consideraciones que preceden sirven a la Corte para refutar los principales cargos contra la sentencia acusada.

Las causales que se aducen son, en su orden, la segunda, primera y quinta, que la Sala procede a estudiar.

Causal segunda

Lo que ha tratado de demostrar el demandante, con base en esta causal, previo estudio crítico de las pruebas, es, en primer término, que José de Jesús

Sanmartin es ajeno al reato, porque ninguna participación, necesaria o accesoria, tuvo en la muerte de Montoya, aserto que hace restándole toda credibilidad a las muchas diligencias tenidas en consideración por el sentenciador, y exaltando otras que para las instancias no eran dignas de crédito. En segundo lugar, procura el señor apoderado negar la prueba del cuerpo del delito, entendiéndose el planteamiento en el sentido de que los autos no demuestran que la víctima haya recibido lesiones que puedan atribuirse a José de Jesús Sanmartín; y por último, endereza la demanda a desvirtuar lo relativo al elemento moral del delito y las circunstancias constitutivas de asesinato.

Todos estos puntos que la demanda contempla y para cuya sustentación se relacionan, confrontan y critican las pruebas, realmente ofrecen los mismos aspectos que la anterior demanda, y se hace notorio que lo que se quiere obtener con el recurso de casación, es que la Sala asuma, sin facultad para ello y contra la propia técnica del recurso, el carácter de Tribunal de instancia, para así hacer válido un nuevo juicio crítico sobre los hechos, lo cual no es pertinente y quebranta la reiterada doctrina de la Corte acerca de la libertad de los falladores y de su consecuente arbitrio para la racional valoración de las pruebas.

Es suficiente lo expresado para que la Sala estime que no procede la causal segunda.

Causal primera

Invocada para acusar el fallo de haber violado los artículos 11, 19, 362 y 363 del C. P., tampoco prospera por ser apenas consecuencia de la causal anterior.

Como de modo irregular el demandante introduce tangencialmente un cargo, con cita del ordinal primero del artículo 567, para decir que hubo violación del artículo 26 de la Constitución Nacional, que sería propio si se tratara de enjuiciar la sentencia por motivo de nulidad, la Sala se abstiene de examinar ese cargo, máxime si se tiene en cuenta que todas las argumentaciones contenidas en esta parte del libelo concluyen en la afirmación de que se violaron los artículos del C. P., antes citados.

Causal quinta

La estimación de que la sentencia recurrida no expresa clara y terminantemente los hechos que se consideran probados, no alcanza a integrar en este caso un cargo porque se trata, simplemente, de una personal crítica a la redacción y contenido del fallo.

El hecho de que el Tribunal, al decidir en segunda instancia, acoja o prohíje la resolución definitiva del inferior y aún reproduzca, en todo o en parte, su texto, no entraña violación del artículo 159 del C. de P. P.

En consecuencia, el recurso no prospera con fundamento en la causal quinta.

Mérito del recurso en cuanto a Carlos Sanmartín López.

Para este procesado, a quien se condenó como cómplice del delito, de acuerdo con el artículo 20 del C. P., en armonía con el 363 ibidem, tendrá que

prosperar el recurso, ya que, de modo cierto, su participación no la acreditan los autos en las condiciones probatorias que demanda el artículo 203 del C. de P. P.

Los cargos contra la sentencia, con apoyo en las causales segunda y primera, fueron demostrados por el demandante en forma satisfactoria, como lo anota el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, puesto que de un concierto criminal de Carlos Sanmartín con sus hermanos para eliminar a Montoya o de un propósito homicida de aquél, sólo de manera equívoca y no fehaciente, habla el testigo Carlos Arturo Casas Montoya (Fl. 63), y de una actividad concreta, que se dice consistió en haberle pasado Carlos a Bernardo un revólver, antes de culminar la tragedia, informan los deponentes Neftalí López y Gonzalo Rodas Londoño (Fls. 69 y 109), hechos éstos que no permiten la teoría de la complicidad accesoria, por la imposibilidad que hay de establecer, al mismo tiempo, un nexo de Carlos Sanmartín con los dos homicidas para la empresa criminal y un acuerdo de voluntades para el delito.

Así las cosas, el fallo habrá de invalidarse en cuanto a Carlos Sanmartín, para en su lugar absolverlo del delito imputado.

Conclusiones

1ª Despréndese de todo lo analizado que la sentencia recurrida es legal en lo que concierne a los acusados Bernardo y José de Jesús Sanmartín, por cuanto enmarca y define su responsabilidad como coautores del delito de homicidio, calificado de asesinato.

2ª Respecto a Carlos Sanmartín, el recurso prospera, y en su favor procede dictar fallo absolutorio, de acuerdo con lo que dispone el artículo 570 (ordinal a), del Código de Procedimiento Penal.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— oído el concepto del Ministerio Público y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º **DESECHAR** el recurso en relación con los procesados *Bernardo y José de Jesús Sanmartín López;*

2º **INVALIDAR** la referida sentencia del Tribunal Superior de Buga, en relación con el acusado *Carlos Sanmartín López*, a quien se absuelve del cargo que se le imputó en este proceso; y

3º **DECRETAR** la libertad incondicional del nombrado *Carlos Sanmartín López*, quien se halla detenido, por razón de este negocio, en la Penitenciaría de Palmira. Líbrese despacho telegráfico, con las advertencias de rigor.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

HOMICIDIO

La impugnación de la sentencia absolutoria por nulidad en el procedimiento, con base en la causal 4ª de casación, no es pertinente si se tiene en cuenta el alcance de esta causal y el carácter del fallo. — Estimación de los juzgadores de instancia del estado de perturbación mental del agente del delito. — Cargo de nulidad constitucional. — Derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veintiocho de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria).

VISTOS

Del recurso extraordinario de casación, interpuesto en esta causa, por el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja contra la sentencia de 15 de noviembre último, proferida por esa corporación, mediante la cual *absolvió a Darío Berrío Muñoz*, procesado por el delito de homicidio, entra la Corte a decidir de fondo, previo estudio de los antecedentes del negocio y de los fundamentos de la impugnación.

ANTECEDENTES

1º Berrío Muñoz fue residenciado en juicio criminal, con intervención del jurado, como autor del homicidio voluntario o intencional, recaído en la persona de Domingo Félix Girón, hecho ocurrido el 20 de octubre de 1958 en la población de Saboyá, según providencia emanada del Juzgado 2º Superior de Tunja, con fecha 21 de junio de 1960, que el Tribunal confirmó el 17 de febrero del siguiente año.

2º Surtida la audiencia pública, con el lleno de las exigencias legales, el jurado desató la cuestión propuesta en estos términos: "No es responsable por falta de pruebas" (Fl. 65, Cuad. 3º).

3º El juzgado del conocimiento aceptó el veredicto y puso término a la instancia, con el fallo absolutorio de 24 de enero de 1963, confirmado por el Superior, mediante la sentencia que aquí es materia del recurso de casación por iniciativa del Agente del Ministerio Público.

DEMANDA

La acusación, que no fue ampliada ante la Sala por el señor Procurador Delegado en lo Penal, está contenida en el escrito que obra de Fls. 7 a 26 del Cuad. Nº 5, y llena todos los requisitos propios del recurso.

Impugna la sentencia del *ad-quem*, después de relacionar ampliamente los hechos y las pruebas que obran en el proceso, con base en la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P., es decir, porque recayó en juicio viciado de nulidad.

La nulidad, que el mismo recurrente había ya alegado en las instancias, la sustenta en su demanda así:

"En primer lugar, como consta en el alegato de conclusión, presentado por esta Fiscalía en el presente negocio, y que está contenido en la Vista 816 de junio 19 de 1963, folios 6, cuaderno cuatro (4), en la segunda instancia una de las partes, el suscrito Fiscal, alegó la nulidad en su oportunidad. La sentencia que impugno analizó desde su primer folio esa nulidad y, como no estuvo de acuerdo en que se configurara, procedió a dictar la sentencia absolutoria, acogiendo el veredicto del jurado que, sobre la cuestión única comprensiva de un homicidio simplemente voluntario a cargo de Darío Berrío Muñoz, fue de este tenor: "No es responsable por falta de pruebas".

"Sostiene el suscrito Fiscal que, al dictar la sentencia el Tribunal, violó flagrantemente el Art. 1º del Decreto 3347 de 1950, que textualmente dice:

"'Suprímese la intervención del jurado en los juicios de competencia de los Jueces Superiores de Distrito Judicial, cuando dichos juicios versen sobre los siguientes delitos, respecto de los cuales la audiencia pública se celebrará de conformidad con lo dispuesto en el *Libro Tercero*, Título Segundo, Capítulo Segundo, del Código de Procedimiento Penal: ... 6º) En todos los casos en que el agente haya cometido el delito en estado de enajenación mental o padeciere de alguna grave anomalía síquica'.

"Consecuencialmente, el H. Tribunal de Tunja violó también el artículo 26 de la Constitución Nacional que dice:

"'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa, ante Tribunal competente, y observando la *plenitud de las formas propias de cada juicio*...

"Violó el Tribunal, abiertamente la ley procedimental porque, por propia iniciativa, y porque el suscrito Fiscal se lo hizo ver, ha debido declararse la nulidad desde el auto de proceder inclusive, pues desde entonces se tramitó el juicio en desacato de las leyes preexistentes al delito cometido.

"Pero, como pasa a verse, incurrió el Tribunal en un error de fondo, que fue el que lo llevó a violar la ley procedimental. Tal error de fondo, lo decimos en la forma más clara y precisa posible, consistió en que, por deficiencia en la crítica probatoria y oposición equivocadamente fundada a principios científicos, consideró que el sindicado Berrío Muñoz, al ejecutar el homicidio en Domingo Cely Girón, no padecía grave anomalía síquica, o, de padecerla, era transitoria y, por ello, no podían aplicarse ni el artículo 1º del Decreto 3347 de 1950, en su numeral 6º, ni el artículo 29 del C. P.".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1º Teniendo en cuenta el alcance de la causal de casación aducida por el demandante, y el carácter absolutorio del fallo, no compete a la Corte, para

los efectos del recurso, ocuparse de cuestión distinta a la contenida en el planteamiento jurídico del señor Fiscal, pues los aspectos referentes a las condiciones mentales en que supone el demandante haber obrado el sindicado y las consecuencias que en la aplicación del derecho penal podría tener el reconocimiento de alguno de los estados previstos en el artículo 29 del C. P., sólo cabría analizarlo si se tratara de fallo condenatorio.

2ª Si las instancias estimaron, acertada o equivocadamente, que la perturbación mental, "a consecuencia de una grave intoxicación alcohólica de carácter transitorio", de que da cuenta el dictamen médico allegado al proceso en su etapa investigativa, no encajaba dentro de las previsiones del referido artículo 29, para adelantar el juicio sin intervención del jurado, como lo previene el Decreto 3347 de 1950 en su artículo 1º (numeral 6º), citado por el recurrente en apoyo de su tesis, esa actitud de los juzgadores, no está consagrada por la ley, como motivo de nulidad, lo que surge de la sola lectura de los artículos 198 y 199 del C. de P. P.

3ª De nulidad constitucional, con base en el artículo 26 de la Carta, tampoco es pertinente hablar, porque para que sea ella admisible, se precisa que con el quebrantamiento sustantivo de las formas propias del juicio, haya desmedro de las garantías de la persona frente al proceso y que, principalmente, en alguna forma, se conculque el derecho de defensa.

4ª En el caso sub-judice mal podría prosperar el cargo formulado al fallo, puesto que habiendo el sentenciador respetado la decisión absolutoria de los jurados de conciencia, el procedimiento que se adoptó para rituar el juicio en nada afectó la defensa del acusado.

5ª No hay lugar, entonces, a invalidar la sentencia acusada.

DECISION

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DESECHA el recurso extraordinario de casación a que se ha hecho mérito, y ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase. Publíquese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y VIOLENCIA CARNAL (TENTATIVA)

Causal 2ª. — Violación de la ley penal sustantiva por indebida aplicación al no tener en cuenta el Tribunal, circunstancias de mayor y menor peligrosidad para la dosificación de la pena. Interpretación errada de las pruebas demostrativas de la infracción. — Qué se entiende por habitación. — Violación de domicilio y elementos estructurales de este delito. — Concurrencia de los ilícitos de violación de domicilio y violencia carnal. — Tesis del tratadista Vásquez Abad que sobre el aspecto anterior, acoge la Corte. — Penas imponibles.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo).

VISTOS

Cumplidos los trámites legales, es el momento de decidir el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cúcuta, contra la sentencia de esa corporación, de 12 de agosto de 1963, por medio de la cual condenó a Julio Eliécer Miranda Trillos a cinco (5) años y cuatro (4) meses de prisión, como responsable del delito de violencia carnal, en su especie de tentativa.

HECHOS

Fueron narrados así por el señor Fiscal, en su demanda:

"La señora Rosa Ismenia Páez Arenas vivía en la población de Abrego, Norte de Santander, en compañía de sus menores hijos Blanca Osmélida y Manuel José, en una casa contigua a la de su madre, señora Clorinda Arenas vda. de Páez, quien le tenía arrendada parte de su residencia a Julio Eliécer Miranda Trillos y su concubina Ramona Soto. Dichas casas tenían en común el solar, por el cual podían comunicarse. Un día del mes de diciembre de 1959, como de seis y media a siete de la noche, encontrándose la señora Rosa Ismenia en casa de la señora Elena León, mandó a su hija Blanca Osmélida hasta su habitación para que le trajera un peso con el fin de comprar algunos alimentos para la comida. La niña fue hasta su casa, que se encontraba sola, y cuando estaba buscando el dinero, fue agarrada por la cintura por Miranda Trillos, quien había penetrado a la casa por el solar, le tapó la boca con un pañuelo para que no gritara, la acostó en una cama, le alzó el traje, le quitó las pantaletas, se bajó los pantalones y se le acostó encima, pero no alcanzó a obtener

el acceso carnal, porque en ese momento se hizo presente el menor Manuel José, y luego la niña Deyanira León Miranda Trillos al verse sorprendido se apresuró a subirse los pantalones y se fue para su casa por el camino que había llegado".

LA ACTUACION PROCESAL

Adelantada la investigación, el señor Juez Municipal de Abrego, por auto de 21 de junio de 1960, decretó la detención preventiva de Miranda Trillos, por los delitos de violencia carnal imperfecta, corrupción de menores y contra la inviolabilidad del domicilio.

El señor Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña, por auto de 19 de septiembre de 1961, llamó a juicio al procesado "por los delitos de violencia carnal imperfecta en Blanca Ormélida Páez, y violación de domicilio de Rosa Ismenia Páez Arenas".

El mismo funcionario, en sentencia de 26 de marzo de 1963, condenó a Miranda Trillos, por los delitos por los cuales lo había llamado a juicio, a seis (6) años de prisión y sanciones accesorias del caso.

El Tribunal Superior de Cúcuta, en fallo de 12 de agosto de 1963, reformó la del señor juez del conocimiento, en el sentido de imponer al acusado cinco (5) años y cuatro(4) meses de prisión, por el delito de violencia carnal (tentativa) y de absolverlo por la violación de domicilio que se le había imputado.

Recurrió en casación el señor Fiscal del Tribunal sentenciador.

LA DEMANDA

En su aspecto formal, la demanda presentada por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Cúcuta, se acomoda a las prescripciones legales. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, se abstuvo de ampliarla, apoyándose para ello en el artículo 3º del Decreto 1154 de 1954.

Después de narrar los hechos y presentar un resumen de la actuación procesal, el demandante invoca contra la sentencia la causal segunda de casación, pues estima que el Tribunal interpretó o apreció erradamente los hechos, les atribuyó un valor probatorio que no tienen, o les negó el que realmente les corresponde (Art. 567 numeral 2º del C. de P. P.), al desechar la existencia del delito contra la inviolabilidad del domicilio, que se dedujo contra Miranda Trillos en el auto de proceder y en el fallo de primera instancia.

Pues bien, con base en la causal dicha, se hacen dos cargos contra la sentencia de que se trata, en la siguiente forma:

Primer cargo

Dice el demandante que, estando demostrado con el dictamen pericial, que el hecho se cumplió en una mujer virgen, debió el Tribunal tener en cuenta esta circunstancia para efectos de la dosificación de la pena, y que al no hacerlo así, se violaron los artículos 37 y 317 del C. P.

Segundo cargo

Al absolver el Tribunal a Miranda Trillos por el delito de violación de domicilio, interpretó erradamente las pruebas demostrativas de la infracción, con lo cual se violaron los artículos 33 y 302 del C. P. y 303 y 272 del C. de P. P.

Así se expresa el demandante:

"No obstante que se puede decir que la mayoría de las pruebas que sirvieron para comprobar el delito imperfecto de violencia carnal, sirven para demostrar la introducción clandestina de Miranda Trillos a la casa de habitación de Ismenia Páez Arenas y sus menores hijos, el Tribunal, por una errada interpretación de los hechos, les negó el valor que tienen y procedió a absolver al acusado por la violación de domicilio".

La demanda termina con la solicitud de que se invalide la sentencia y se dicte el fallo que deba reemplazarla, a fin de que se imponga al procesado la pena que realmente le corresponde, que es la de cinco (5) años de prisión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sobre el primer cargo:

El Tribunal Superior de Cúcuta, al individualizar la sanción correspondiente a Miranda Trillos, por el delito de violencia carnal (tentativa) impuso la pena máxima, de acuerdo con los artículos 16 y 316 del C. P., considerando, quizás, que esta infracción revestía extrema gravedad y que el sindicado sólo reunía circunstancias de mayor peligrosidad. Ni siquiera se advirtió que, en la época en que los hechos se consumaron, el sindicado era menor de edad (artículo 40 de la Ley 83 de 1946).

Por ello, probablemente, y aunque se invocó el dictamen pericial, que acredita la virginidad de la ofendida, al hablar del cuerpo del delito, no se hizo sobre la pena base adoptada, el aumento de que trata el artículo 317 del C. de P. Tal situación debe corregirse.

En esta forma, prospera el cargo.

Sobre la segunda acusación:

Tiene razón el demandante, al afirmar que Miranda Trillos, para cumplir su deseo de poseer carnalmente a la menor Blanca Osmélida Páez, debió penetrar a la habitación o domicilio de Ismenia Páez Arenas, madre de la ofendida. Ello aparece demostrado en forma plena.

Se configura, en consecuencia, el delito contra la inviolabilidad del domicilio, concurrente con la violencia carnal?

En una casa de inquilinato, en la población de Abrego, vivía Ismenia Páez Arenas, con sus hijos Blanca Osmélida y Manuel José. En ella habitaba también el sindicado, Julio Eliécer Miranda Trillos, con una concubina. El solar de la propiedad era común a los moradores de la misma, como común era la entrada por la vía pública.

A pesar de ello, cada familia o persona vivía, en su apartamento, en completa independencia, lo que hacía de cada uno de ellos una habitación, dueña

de las garantías que a la misma dan la Constitución Nacional y las leyes. Por consiguiente, ni la señora Páez Arenas, podía penetrar libremente a la pieza de Miranda Trillos, ni éste se encontraba facultado para llegarse hasta la de aquélla. Cada uno se movía en su órbita.

Es habitación, según Groizard, "todo lo que con el albergue esté conexionado, todo aquello que se relacione con la manera de vivir del dueño dentro del recinto de la casa habitada, todos los efectos de su propiedad, que dentro estén de los límites materiales que constituyen el círculo propio de la defensa de su hogar. No sucede lo mismo respecto de aquellos terrenos que (como las huertas y demás terrenos destinados al cultivo y la producción), aunquando cercados y en comunicación inmediata con la casa habitada, no están, sin embargo, consagrados a satisfacer las necesidades, las comodidades, los esparcimientos, los recreos y goces de la vida doméstica".

Tenía, pues, la señora Páez Arenas, su habitación propia e independiente de la de Miranda Trillos, a pesar de que ambas formaban parte de un mismo inmueble, dedicado al inquilinato.

Estaba facultado el procesado para entrar en todo momento a la habitación de Ismenia Páez Arenas? No parece así. Sus propias palabras son claras al respecto.

En efecto, interrogado, en indagatoria, si él visitaba la habitación de Ismenia Páez, contestó: "Muy raras veces". Y luego: "Yo no he pasado por ahí (por el interior), por el solar no me he entrado yo". Solicitado nuevamente para que explicara por dónde entraba a la casa de Rosa Ismenia Páez, cuando iba a ella, respondió: "Por la puerta de la calle, cuando estaba la señora ahí adentro".

De donde se desprende que Miranda Trillos no estaba facultado para entrar a la casa de la señora Páez, y que no iba allí, sino cuando su dueña se encontraba en ella. Por consiguiente, si penetró en esa habitación, en forma oculta o clandestina, ya que lo hizo, no por la puerta externa, sino por el solar o patio interior, violó el domicilio ajeno.

"El domicilio y el derecho a vivir en él pacíficamente es un bien jurídico que las leyes protegen. En el orden natural de las cosas, está que el dueño legítimo de un lugar privado tenga derecho a que se le respete. En el hecho y en derecho, el domicilio es inviolable, sin necesidad de que su dueño tenga que manifestarlo así de modo expreso", enseña el doctor Angel Martín Vásquez A., en su "Tratado de Derecho Penal Colombiano", 2º Tomo, Pág. 119.

Por consiguiente, el hecho cometido por Miranda Trillos *constituye un delito contra la inviolabilidad del domicilio, dentro de los términos del artículo 302 del C. P., y ya que en él se reúnen los elementos que lo estructuran:*

1º La introducción de manera arbitraria, o engañosa o clandestina;

2º En una habitación ajena, y

3º Contra la voluntad de su dueño.

Cuando se introduce una persona en forma clandestina, en habitación ajena, no se presenta, desde luego, la voluntad contraria de quien ocupa la

habitación, porque el medio empleado impide que esa voluntad se manifieste. "... el delito se estructura por la mera penetración al domicilio, en forma clandestina". (G. J., LXXV, 462).

"Lo que pasa es —dice Ismenia Páez— que la casa donde vivía Julio Miranda y la casa mía, era una sola habitación con las puertas de entrada así: a la mía se entraba por la puerta de la calle, y a la de él también, pero ambas casas tenían concción (sic) por el solar, y por ahí precisamente fue por donde Julio entró, sin tener permiso de entrar por hay (sic), quizás para evadir fuera visto por mí".

Ismenia Páez estaba ausente de la casa, cuando la niña se presentó a ella. Tal circunstancia fue aprovechada por Julio Miranda para introducirse en esa habitación y cometer allí la violación, por la cual se le ha condenado.

"Así las cosas —dice la demanda— la conclusión que saca el Tribunal es errónea, porque afirma que como existían 'convivencia y comunidad de intereses de habitación', la presunción de oposición o contraria voluntad de sus moradores', 'no se ve o no aparece siquiera indiciariamente señalada, en el acto o la actividad de entrar o introducirse en las habitaciones domiciliarias de la madre de la menor ofendida, Rosa Ismenia Páez Arenas".

En los términos anteriores, acepta la Corte que Julio Miranda Trillos se colocó dentro de las previsiones del artículo 302 del C. P.

Sobre la concurrencia de los delitos —contra la inviolabilidad del domicilio y violencia carnal— la Corte acepta los razonamientos hechos al respecto por el doctor Vásquez Abad, en el tratado que se mencionó antes.

Dice así:

"En algunas infracciones como el homicidio, la violencia carnal y otras similares a éstas, por constituir atentados contra las personas, en las cuales el *modus operandi* en la ejecución del delito puede coexistir con la introducción arbitraria, engañosa o clandestina en habitación ajena, el delito de violación de domicilio no queda absorbido por aquéllas cuando sirve de medio operativo para consumarlas, si se atiende a los principios que gobiernan la estructura del estatuto colombiano en esta materia.

"Tal vez, si el Código expresamente hubiera contemplado como de mayor gravedad alguno de esos delitos cuando se consuma con violación de domicilio o habitación ajenos, como lo hizo en el hurto y el robo (artículo 398, numeral 4º, 403 y 404 numeral 3º), podría pensarse en el fenómeno de la absorción del delito que sirvió de medio para cometer otra infracción penal, y, por consiguiente, la subordinación de la pena prevista en el artículo 302 a la contemplada para aquellos hechos cometidos en tales circunstancias de agravación.

"Si esto no fuera así, se violaría de manera ostensible el principio *non bis in idem*, ya que la figura del concurso desaparece cuando se presentan situaciones legales como la expuesta. Por eso dice Soler que 'cuando la ley construye una figura compleja, la incriminación contenida en ella es suficiente y excluye toda suma con la pena que separadamente pueda merecer cualquier fragmento de la acción allí definida. Por eso, tales figuras comportan siempre una pena mayor'.

"En algunos códigos, como el argentino y el húngaro, que casi constituyen una excepción en la forma legislativa como estructuran el delito de violación de domicilio, la locución 'no resultare otro delito más severamente penado', parece indicar que el delito de que se trata representa una figura subsidiaria, que no se ejecuta por sí misma, sino como medio para realizar un propósito ulterior, el que una vez consumado absorbe la violación de domicilio, impidiendo de esta suerte toda concurrencia delictuosa en casos como esos.

"Este no es el sistema del código colombiano. Tanto el delito de violación de domicilio, como las otras infracciones que pueden ser consumadas penetrando en morada ajena, arbitraria, clandestina o engañosamente, contra la voluntad de quien la habita, circunstancias todas éstas que forman el tipo del delito, tienen elementos específicos y esenciales que las constituyen y que las diferencian entre sí y de los demás delitos. Por consiguiente, la violación de domicilio es una figura legal independiente, autónoma, con estructura jurídica propia, que la individualiza y diferencia; es en una palabra infracción *per se*.

"Siendo ello de esta suerte, no hay por qué circunscribirla a servir sólo de medio a la consumación de otras infracciones y menos cuando en éstas no se ha previsto ese elemento como circunstancia agravante. Esta conclusión es propia del sistema de Carrara, según el cual 'el título de este delito no se presenta en forma autónoma sino cuando no ha sido cometido como medio para la ejecución de otro delito', lo que implica que la violación de domicilio desaparece cuando sólo significa un medio para la ejecución de otra infracción.

"Aún dentro del excepcional sistema argentino, no puede llegarse hasta la idea de que desaparece o autoexcluye la violación de domicilio cuando el agente consuma un acto de mayor gravedad infringiendo previamente el hecho que se conmina como atentatorio contra un derecho individual reconocido en la Constitución y sancionado en el Código Penal. El mismo Sebastián Soler, comentador de aquel estatuto formula estas preguntas con referencia al artículo 150 de la ley argentina: 'Será la misma situación de esta disposición con respecto a cualquier otro delito más grave? Deberá juzgarse inaplicable por autoexclusión, el artículo 150, cuando se comete violación de domicilio y, dentro del domicilio, lesiones, violación, etc.? Aceptar estas tesis parece francamente contrario a todo principio, porque en casos como el de violación, la figura de este delito no tiene capacidad alguna para absorber —ni en su tipo ni en su pena— una violación de domicilio' ('Derecho Penal Argentino, tomo 4º, Pág. 96).

"Es, pues, necesario concluir que la figura del concurso es viable en estas ocurrencias y es mediante los principios generales que gobiernan esta materia, como deben ser resueltos los casos prácticos que presenten situaciones como las planteadas".

Al aceptarse la concurrencia de los delitos de violencia carnal y violación de domicilio, el cargo propuesto contra la sentencia prospera.

No habiéndose acusado el fallo en lo relativo al delito de violencia carnal (tentativa), la Corte se abstiene de todo comentario sobre el particular.

La pena

Es, por tanto, el caso de pronunciar el fallo que deba reemplazar el dictado por el Tribunal Superior de Cúcuta, de acuerdo con la letra a) del artículo 570 del C. de P. P.

Como se tiene un concurso material de delitos —violencia carnal y contra la inviolabilidad del domicilio— se aplicará a Miranda Trillos la pena correspondiente a la infracción más grave, "aumentada hasta en otro tanto".

La sanción correspondiente a la violencia carnal (tentativa), será "no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para el delito consumado", de acuerdo con el artículo 16 del C. P.

Hay constancias en el expediente de que el procesado fue señalado antes como autor de otro delito contra la libertad y el honor sexuales, cometido también con una niña de escasos años, lo que lo hace aparecer como especialmente peligroso. Fuera de ello, contra este sujeto se dedujeron circunstancias de mayor peligrosidad, en los fallos de primera y de segunda instancia. No se reconoció, en cambio, en su favor la circunstancia de menor peligrosidad referida en el artículo 40 de la Ley 83 de 1946, y ésta ha sido alegada por el demandante. Por consiguiente, no se aplicará el máximo de sanción, como lo hizo el Tribunal, sino que se individualizará la pena, teniendo en cuenta lo dicho por el artículo 36 del estatuto punitivo, así:

Por la violencia carnal (tentativa) se aplicarán tres años de prisión. Sobre esta base se hará un aumento de seis (6) meses por haberse cometido el delito en mujer virgen. Y como existe el concurso, se atenderá al artículo 33 de la obra citada, y se dispondrá otro aumento de seis (6) meses, correspondiente a la inviolabilidad del domicilio. En total, serán cuatro (4) años de prisión.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema - Sala de Casación Penal - administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA PARCIALMENTE la sentencia de que se trata, en el sentido de condenar a Julio Eliécer Miranda Trillos, por los delitos de violencia carnal (tentativa) y contra la inviolabilidad del domicilio, a la pena principal de cuatro (4) años de presidio en lugar de los cinco (5) años y cuatro (4) meses que allí se le impuso. Las penas accesorias, en su duración, seguirán a la principal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase. Insértese en la *Gaceta Judicial*.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Antonio Moreno Mosquera, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta.

Pioquinto León L., Secretario.

BIGAMIA Y FALSEDAD EN DOCUMENTOS

Configuración del delito de bigamia. — El acta auténtica del matrimonio civil o eclesiástico, es la prueba específica del vínculo matrimonial. — Causal única de inimputabilidad que pudiera favorecer al procesado. — Causal 2ª de casación penal. — Pruebas del estado civil. — Su carácter. — Falsedad en documentos públicos y privados. — Existencia del perjuicio que ocasiona la falsedad. — Penas imponibles.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veintinueve de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera).

VISTOS

Surtidos los trámites propios del recurso de casación, se procede a resolver el propuesto por el Fiscal del Tribunal Superior de Neiva contra la sentencia absolutoria de segunda instancia proferida por dicho Tribunal el 29 de noviembre de 1962, que revocó la del Juzgado Superior de la citada ciudad, que había condenado al señor *Héctor Barbety Polo* a la pena principal de cincuenta meses de prisión y a las accesorias correspondientes, por los delitos de falsedad y bigamia, por los cuales había sido llamado a juicio.

ANTECEDENTES

El proceso se inició en virtud de denuncia formulada ante el Juez Primero Penal del Circuito de Neiva por el Presbítero Edilberto Cabrera Castro, Párroco de la Parroquia de San José de dicha ciudad, el 5 de diciembre de 1961. El denunciante expuso los siguientes hechos:

"El día seis de octubre de este año se presentó al Despacho Parroquial de San José en esta ciudad, el señor *Héctor Barbety*, acompañado de la señorita María Nidia Tamayo, el señor Vicente Tamayo, padre de esta niña y el señor Lelio Andrade, con el fin de practicar información canónica para contraer matrimonio con la mencionada María Nidia Tamayo. Prestado el juramento de rigor, presentó la partida de bautismo expedida en Caloto el 22 de julio del presente año. Los testigos declararon que conocían al señor Héctor Barbety personalmente desde seis años atrás y que les constaba su soltería. Cumplidos los requisitos canónicos para el matrimonio se verificó el día siguiente y fueron testigos de ese matrimonio Alberto Zamora y Vicente Tamayo. Enviado el aviso de matrimonio a la Parroquia de Caloto el Párroco avisó que en el Libro de bautismos número treinta y seis, folio 533, Nº 907, se encontraba la partida de bautismo de un hermano de Héctor, llamado Ardey (sic) Barbety Polo y sin anotación marginal. Pero que en el mismo Libro Nº 36, en el folio 45, bajo el

Nº 135 se encontraba la partida de bautismo de Héctor Barbety Polo con la siguiente anotación marginal: "Contrajo matrimonio en Miranda con Olga María Salazar el catorce de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete. Conste: Miguel Antonio Díaz. Presbítero'."

El denunciante acompañó a su denuncia las siguientes partidas: de bautismo presentada en la información, partida de matrimonio católico celebrado por Héctor Barbety P. con María Nidia Tamayo; copia de la partida de matrimonio católico celebrado por Héctor Barbety P. con Olga María Salazar el día 14 de diciembre de 1957 en la población de Miranda; un certificado expedido por el Cura Párroco de Caloto en el que consta que en los libros de bautismo número 36, en el folio 533 se encuentra la partida de bautismo de un hermano de Héctor Barbety Polo llamado Arbey Barbety Polo sin anotación marginal. En el mismo certificado se advierte que en el libro de bautismo número 36 en el folio 15 y bajo el número 135 aparece la partida de Héctor Barbety Polo con la anotación siguiente: "Contrajo matrimonio en Miranda con Olga María Salazar el 14 de diciembre de 1957".

Iniciado el sumario se practicaron las pruebas ordenadas en el auto cabeza de proceso. Entre estas pruebas se recibió indagatoria al sindicado Héctor Barbety Polo, quien expresó ser natural de Caloto (Cauca) y residente en la ciudad de Neiva. En su indagatoria el sindicado expresa que si mal no recuerda en el mes de diciembre de 1957 contrajo matrimonio católico en Miranda con la mujer Olga María Salazar, que no sabe la razón por qué se casó con esta mujer, que lo hizo pensando que estaba honrada, que después de contraído el matrimonio se dio cuenta que no estaba virgen y que lo había engañado miserablemente; que convivió unos ocho meses con dicha mujer, para evitar el escándalo, pero que durante ese tiempo su vida fue un completo sufrimiento, pues sin respetar su unión le fue infiel, hasta que llegó el momento de descararse y dedicarse a la vida de prostitución.

Que en estas condiciones se separó de la expresada mujer, Olga María Salazar, y como se sentía avergonzado ante sus amigos y familiares resolvió irse a trabajar a Neiva, en donde conoció a la muchacha Nidia Tamayo, teniendo relaciones amorosas con ella. Explica que como durante los amoríos perjudicó a esta muchacha y quedó embarazada "sin saber que esto era grave ni que fuera un delito inocentemente se volvió a casar por segunda vez, pues antes de casarme con Nidia yo nada sabía de mi primera mujer y yo en tanto tiempo creí que se hubiera muerto". Agrega que para poder casarse por segunda vez resolvió sacar la partida de bautismo de su hermano Arbey Barbety Polo y que le borró el nombre de éste reemplazándolo por el suyo. Al preguntársele si tenía conocimiento donde se encontraba su primera esposa, manifestó que ella se encontraba ejerciendo la prostitución en un barrio de Buenaventura. Al inquirírsele por qué sabiendo que su legítima esposa todavía existía, se casó con la señorita Nidia Tamayo, contestó: "Cuando yo me casé con Nidia no tenía razón ni sabía dónde estaba Olga Salazar y si había muerto o no y por esta razón y convencido de que estaba muerta fue que me casé por segunda vez. Del paradero de ella únicamente lo vine a saber fue ahora pronto y después de casado".

Practicada la mayor parte de las pruebas por el Juez del Circuito Penal que instruyó el proceso, éste lo remitió al Juez Primero Superior por estimar que era el competente por cuanto se debía juzgar al sindicado, además del delito de bigamia por el delito de falsedad.

El Juzgado Primero Superior de Neiva, en providencia de 8 de mayo de 1962, sobreseyó definitivamente a favor del sindicado Héctor Barbety Polo por el delito de falsedad en documento privado, de que se le sindicaba, y ordenó que una vez ejecutoriada la providencia, el proceso volviera al Juez del Circuito Penal para que decidiera la situación jurídica en relación con el delito de bigamia.

Contra esta decisión apeló el señor Agente del Ministerio Público y el Tribunal Superior de Neiva, por auto de 25 de junio de 1962, decidió revocar la providencia recurrida y en su lugar abrir causa criminal "por los trámites ordinarios y por los delitos de falsedad en documentos y de bigamia y de "los matrimonios ilegales" contra Héctor Barbety Polo de las condiciones enumeradas en dicha providencia.

Adelantada la causa, en cumplimiento a lo resuelto por el Tribunal, después de recibir los testimonios de los señores Adolfo Barrios Gualtero e Ismael Torres Rojas solicitados por la defensa para demostrar que el sindicado es persona de buenos antecedentes y honorable, el Juzgado Primero Superior de Neiva, una vez celebrada la audiencia pública, en la que tuvo una decidida intervención el defensor, en fallo de primera instancia de fecha 21 de agosto de 1962 condenó a Héctor Barbety Polo a la pena principal de cincuenta meses de prisión, a pagar una multa de $ 200.00 y a las accesorias correspondientes como responsable de los delitos de falsedad en documento y bigamia.

El Tribunal Superior de Neiva, al revisar, en virtud del recurso de apelación interpuesto por el sindicado y su defensor, y separándose del concepto de su colaborador Fiscal, revocó el fallo de primera instancia y absolvió a Héctor Barbety Polo por medio de la sentencia de segunda instancia en la que se aceptan hechos como probados que Héctor Barbety Polo contrajo matrimonio católico en Miranda (Cauca), con Olga María Salazar, el 14 de diciembre de 1957; que el 7 de octubre de 1961 contrayo nuevas nupcias, también por los ritos católicos, con Nidia Tamayo en la Parroquia de San José de Neiva, y que para la celebración del segundo matrimonio obtuvo del señor Cura Párroco de Caloto copia auténtica de la partida de bautismo de su hermano Arbey cuyo nombre suplantó por el suyo, ya que en su propia partida de bautismo constaba, al margen, su matrimonio con Olga María Salazar. Se aceptó pues que estaban demostrados los elementos constitutivos de los delitos de bigamia y de falsedad en documentos que se le atribuyeron al inculpado en el auto de proceder.

No obstante más adelante en ese mismo fallo se desconoce así la significación jurídico-penal de tales hechos:

"Para la estructuración del delito de bigamia en casos como el de autos se requiere, según el artículo 358 del C. Penal, que el sujeto pasivo de la acción penal esté "ligado por un matrimonio válido", es decir la subsistencia del vínculo. Esta esencial circunstancia no se demuestra con la sola acta de matrimonio, civil o eclesiástico, pues ella apenas acredita que se contrajo válidamente mas no que se halle subsistente el vínculo al contraer las segundas nupcias porque, como lo alega la defensa, puede haberse disuelto.

"Desde luego, no es exacto que en todas las etapas del proceso corresponda al órgano jurisdiccional la carga de la prueba, pues dentro del juicio es el acusado quien debe desvirtuar los cargos hechos en el auto de proceder, sin

que ello quiera significar que le esté vedado al juzgador o al Agente del Ministerio Público pedir pruebas.

"El procesado Barbety Polo no ha comprobado que su legítima esposa haya muerto, pero esta falta de actividad procesal suya a ese respecto no puede estimarse en su contra suponiendo entonces la existencia de su cónyuge al tiempo del segundo casamiento porque, ciertamente, los elementos constitutivos del cuerpo del delito no pueden establecerse con suposiciones y presunciones infundadas.

"Existe, pues, un hondo vacío procesal sobre este fundamental aspecto de la infracción imputada a Barbety, o, dicho en otros términos, una profunda duda, porque no hay en el expediente ningún testimonio, documento ni indicio que compruebe la supervivencia de Olga María Salazar el día en que el procesado contrajo matrimonio con la Tamayo. Es decir que no se ha establecido de manera alguna que Héctor Barbety Polo estuviera "ligado" a la Salazar, en virtud de su matrimonio con ella, el día en que se casó con la Tamayo. Y esa duda no es posible eliminarla porque, se repite, se carece de elementos procesales para ello, y agotado como está el trámite de la causa en sus dos instancias, no es posible corregir o subsanar esa deficiencia probatoria".

Contra esa sentencia interpuso oportunamente el recurso de casación el señor Fiscal del Tribunal quien formuló la correspondiente demanda para sustentarlo. El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal al contestar el traslado que se le dio de la demanda se abstuvo de ampliarla, limitándose a anotar que el libelo por su aspecto formal se ajusta a las prescripciones del artículo 531 del Código Judicial, en relación con el 7º del Código de Procedimiento Penal.

DEMANDA DE CASACION

En ella el señor Fiscal del Tribunal de Neiva, tras de hacer el resumen de los hechos y frente a las razones que el Tribunal aduce como fundamento de su fallo, invoca como causal de casación del mismo la prevista en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal por considerar que dicho Tribunal negó a los hechos constitutivos de los delitos en mención su inherente valor probatorio.

Como prueba básica demostrativa de esos hechos cita y compendia la confesión del procesado y luego todos los demás elementos de convicción que la corroboran: "la denuncia jurada, la copia de la partida de matrimonio de origen eclesiástico celebrado en el municipio de Miranda (Cauca) el 14 de diciembre de 1957 entre Héctor Barbety Polo y Olga María Salazar; la partida del segundo matrimonio de Barbety con María Nidia Tamayo celebrado en la parroquia de San José de Neiva, el 7 de octubre de 1961; la copia auténtica de la partida de nacimiento de Barbety, nacido el 24 de mayo de 1933 y bautizado el 25 de junio siguiente, que naturalmente es distinta en sus fechas a la partida de nacimiento de Arbey Barbety que fue adulterada, el cual nació el 11 de abril de 1935 en la misma parroquia de Caloto y bautizado el 30 de junio siguiente, ambos hijos legítimos de Pablo Barbety y Carmen Polo, documentos estos que acreditan plenamente los dos matrimonios sucesivos del procesado, y sus maniobras dolosas, hechos estos constitutivos del delito de bigamia imputado.

"Por otro aspecto, la diligencia de inspección ocular con peritos que obra al folio 26, estableció que la palabra "Héctor" en la partida de bautismo de

Arbey estaba superpuesta sobre un nombre que terminaba en "y" griega, letra esta que se alcanza a distinguir, lo que confirma una vez más el informe del señor Cura Párroco de Caloto del folio 3 v. y la confesión del procesado sobre el autor de la falsedad o alteración. Agrégase a lo anterior los testimonios de Vicente Tamayo Cabrera, el presunto suegro, de Lelio Andrade Ramírez y María Nidia Tamayo sobre la reserva que mantuvo siempre el procesado ante los familiares de Nidia y ante esta misma sobre su estado civil de hombre casado, sin lo cual probablemente no hubiera obtenido entrada en la casa de Tamayo con los fines dolosos que demostró luego".

En seguida deduce de tales hechos estas dos consecuencias:

"1ª Que se le debe dar a la confesión de Barbety Polo el valor que le confiere el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal de presunción de veracidad, porque no hay prueba en contrario y está plenamente probado el cuerpo del delito tanto respecto de la falsedad como de la bigamia; y 2ª Que según el artículo 272 del Código de P. Penal, los elementos constitutivos de los delitos imputados a Barbety están señalados en la respectiva disposición penal a que se refieren los artículos 240 y 358 del C. Penal, en su orden. De conformidad con la primera disposición, constituye delito de falsedad el que con perjuicio de tercero o con intención de causarlo cometa en documento privado alguna de las falsedades enumeradas en el artículo 231, y se incurrirá en prisión de dos a ocho años y en multa de cien a dos mil pesos, falsedad que puede consistir en cualquier intercalación o alteración que varíe el sentido del documento verdadero. En otras palabras, que para que haya falsedad son necesarios tres elementos: 1º Sustitución de lo verdadero por lo que no lo es, pero lo imita en grado de inducir a error; 2º Que la cosa o acto falsificado tengan capacidad para producir un efecto jurídico, no es menester la lesión de intereses, basta la posibilidad de tal lesión; y 3º Voluntad criminal sin la cual no hay infracción penal (Cuello Calón). Ahora bien, el procesado alteró la partida de nacimiento de su hermano para constituirse una prueba a su favor, con el fin de contraer un segundo matrimonio ilegal, luego cometió falsedad.

"En cuanto a los elementos constitutivos del delito de bigamia, el artículo 358 del C. Penal define así el tipo: "El que estando ligado por un matrimonio válido contraiga otro, y el que estando libre contraiga matrimonio con una persona válidamente casada, a sabiendas de la existencia de tal vínculo, está sujeto a la pena de seis meses a dos años de prisión. O sea que para la existencia de este delito, en el primer supuesto, bastan dos requisitos: 1º La existencia de un matrimonio válido, que no esté legítimamente disuelto; y 2º Que se contraiga un segundo o ulterior matrimonio".

"En el primer caso del artículo 358 del C. Penal que dice "el que estando ligado por un matrimonio válido contraiga otro", se observa que ahí no se exige como en los otros casos el elemento "a sabiendas", de modo que para el legislador colombiano no se necesita para la bigamia común un dolo especial, sino que es suficiente el dolo genérico que consiste en casarse el bígamo con conocimiento de estar ligado por un matrimonio anterior válido ... En consecuencia, la tesis del Tribunal Superior, con fundamento en la cual absolvió a Barbety Polo, resulta injurídica porque, para la configuración del delito de bigamia se está exigiendo un elemento que no trae el artículo 358 del C. Penal o sea la prueba de la validez esencial del matrimonio anterior, pues es suficiente su validez formal, ya que ante los jueces penales no se va a discutir aquel aspecto. Todo parece indicar que caló en la mente de los Honorables Magistrados el

argumento de que como el señor Agente del Ministerio Público no había comprobado la supervivencia de la primera mujer de Barbety, había que darla por muerta y absolver al procesado. No, la ley no exige tanto, y si así fuera, el primer interesado en demostrar la muerte de la primera esposa tenía que ser el propio defensor de Barbety..."

Luego concluye su demanda con estos pedimentos:

"Pretendo haber demostrado que los hechos expuestos configuran dos delitos en conexión de medio a fin, cometidos en concurso material, a saber: falsedad por alteración de un documento privado y bigamia, sin embargo de lo cual se dejaron de aplicar en el fallo del Tribunal los artículos 11, 35, 231, 240 y 358, incurriéndose así en la causal segunda de casación del artículo 567 del C. de Procedimiento Penal, por habérseles negado a los hechos el valor probatorio que tienen, siendo elementos constitutivos del delito, por lo cual solicito que se case el referido fallo y en su lugar se dicte el que corresponda de conformidad con el artículo 570 del C. de Procedimiento Penal.

SE CONSIDERA

Los hechos que en la propia sentencia recurrida se consideran plenamente probados constituyen en realidad los elementos estructurales de los delitos de bigamia y de falsedad en documentos que se atribuyen al inculpado, consistente el primero en haber éste contraído matrimonio con María Nidia Tamayo estando ligado por matrimonio válido con Olga María Salazar, y el segundo en haber adulterado la partida bautismal de su hermano Arbey sustituyendo el nombre de éste con el suyo propio.

La existencia del matrimonio válido anterior y la del posterior con características de validez, que es lo que en este caso (artículo 358 del C. Penal) configura el delito de bigamia, se encuentran en realidad plenamente establecidos con las respectivas copias auténticas de las partidas eclesiásticas de tales matrimonios. Es pues perfecta la prueba del cuerpo de ese delito.

Objetivamente se comprobó también el de falsedad con la diligencia de inspección ocular practicada en el documento dubitado y con el dictamen de los peritos que intervinieron en ella, al par que con la copia de la propia partida bautismal del procesado a cuyo margen se encontró la constancia del matrimonio que contrajo con Olga María Salazar.

Por otra parte el procesado confesó ser el autor de esos hechos y al hacerlo refiere cómo entró en relaciones amorosas con Nidia Tamayo, y agrega:

"Yo durante estos amoríos perjudiqué a la muchacha y quedó interesante de mí y entonces sin saber que esto era grave ni que fuera un delito, pues yo lo averigüé y me dijeron que eso no valía la pena y entonces yo inocentemente me volví a casar por segunda vez, pues antes de casarme con Nidia yo nada sabía de mi primer mujer y yo en tanto tiempo creí que se hubiera muerto. Para poderme casar por segunda vez, fuí y saqué la partida de bautismo de mi hermano *Arbey Barbety* y entonces a mí me pareció fácil borrar el nombre de mi hermano y poner el nombre mío y entonces así me volví a casar aquí en Neiva, en la capilla del Altico".

Sin embargo, la malicia con que obró en este caso el procesado se infiere de varios hechos indicadores, esto es de haber ocultado su verdadero estado civil de casado a su pseudo-cónyuge, al padre de ésta Vicente Tamayo Cabrera y a su amigo Lelio Andrade Ramírez, según lo que al respecto éstos declaran; de haber con el mismo fin falseado la partida bautismal de su hermano y en fin con la propia contradictoria y pueril excusa que invoca para tratar de cohonestar su proceder. Resulta así manifiesto el dolo con que obró.

Y es que además *la única causal de inimputabilidad que pudiera favorecerlo sería la prevista en el numeral 2º del artículo 23 del C. Penal, o sea el saber contraído el segundo matrimonio "Con plena buena fe determinada por ignorancia invencible, o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia", y es evidente que en vez de aquella buena fe lo que aparece demostrado en este caso, como ya se dijo, es el dolo con que obró el inculpado, y porque de haberse encontrado éste en alguno de aquellos dos estados mentales, bien hubiera podido superarlos con mediana diligencia, y no hay la más mínima constancia de que hubiera tratado de hacerlo.*

En tales condiciones es pues también plena la prueba de la responsabilidad de Héctor Barbety Polo como autor de esos rentas.

Lo que quiere decir que *prospera la causal de casación invocada, ya que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva le negó a los hechos constitutivos de los delitos en mención su valor probatorio aduciendo como razón para ello que la subsistencia del vínculo matrimonial anterior no se demuestra con la sola acta de matrimonio civil o eclesiástica, siendo así que esa es la prueba específica de la existencia de ese lipamen, esto es de uno de los elementos que configuran el delito de bigamia en este caso. Exigir al respecto otras, es ir más allá de los requerimientos legales y confundir la prueba de aquel hecho con la específica de la disolución del vínculo matrimonial por muerte de uno de los cónyuges y en condiciones en que tal hipótesis no tiene el más mínimo fundamento. Al contrario todo persuade de su radical inconsistencia.*

Esta negación condujo al citado Tribunal a otra: a desconocerle a la copia del acta bautismal falseada su carácter de documento público, estimándolo —como hace también el recurrente— como documento privado.

Empero, el carácter público de ese documento deriva, frente a las apreciaciones antagónicas que se han aducido en este caso, de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 que en lo pertinente dice:

"Se tendrán y admitirán como pruebas principales del estado civil, respecto de nacimientos, o matrimonios, o defunciones de personas bautizadas, o casadas, o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. Tales pruebas quedan sujetas a ser recusadas o redargüidas y suplidas en los mismos casos y términos que aquéllas a que se contrae este título, a las cuales se las asimila...", equiparándolas así a las provenientes de los funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, y deriva también de lo que en el mismo sentido con referencia al texto anteriormente mencionado consagra respecto de los matrimonios católicos el artículo 79 de la Ley 153 de 1887.

Cabe observar además, que la Ley 92 de 1938 no le quitó a tales pruebas su carácter de documentos públicos por el hecho de haber establecido que con posterioridad a su vigencia, ya no son pruebas principales sino supletorias del estado civil, lo que evidentemente no altera su carácter de documentos públicos a los cuales —se repite— fueron asimilados conforme a lo dispuesto en el citado artículo 22.

Y si es cierto que no existe falsedad sin perjuicio, no lo es menos que ese elemento "no se exige expresamente para los instrumentos públicos, porque desde el momento que lo sean, tienen un contenido penalmente relevante y pueden servir de prueba, de manera que toda alteración que en ellos se haga y que se refiera directamente a ese carácter probatorio, causa perjuicio. En cambio, los instrumentos privados carecen de poder probatorio por sí. Entre ellos hay muchos absolutamente inocuos, en forma tal que las alteraciones que se les hagan no tienen ninguna repercusión en el derecho. No hay para qué hacer de ellas un delito. La ley sólo protege los documentos privados cuando tienen un contenido jurídicamente relevante, y de ahí que exija la existencia del perjuicio para integrar la falsedad". Este empero no es el caso de autos por el carácter público de aquel documento (la copia auténtica del acta bautismal falseada).

El hecho, pues, constitutivo de la adulteración de tal instrumento hay que emplazarlo en lo dispuesto en el artículo 233 en relación con el numeral 6º del artículo 231 del C. Penal, y no en el artículo 240 ibídem, como solicita el recurrente, cuyos pedimentos por lo demás son según lo expuesto procedentes.

Corresponde por tanto a la Sala en armonía con el artículo 203 del C. de Procedimiento Penal proferir la sentencia condenatoria del caso, reunidas como están las exigencias que ese texto demanda tanto en orden a la demostración de la materialidad de los hechos como respecto de la responsabilidad de su autor.

La pena principal condigna se deducirá en consonancia con las normas infringidas por el inculpado, esto es de acuerdo con los artículos 358 y 233 del C. Penal en relación con el primero del Decreto 3181 de 1951. Pero como se trata de un concurso material de reatos (Art. 33 ibídem), la sanción aplicable será la establecida para el más grave de ellos que en este caso es el de falsedad reprimible con una pena de cuatro a ocho años de presidio, la que deberá ser aumentada dentro de las proporciones que dicho texto señala.

Tal sanción se dosificará en el mínimo grado como quiera que contra el procesado no conspira ninguna circunstancia de mayor peligrosidad, lo que quiere decir que la pena principal condigna será de cuatro años ocho meses de presidio.

Las accesorias se deducirán en conformidad con el artículo 58 del C. Penal y se dará aplicación también al 92 ibídem.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida y en su lugar CONDENA por los delitos de bigamia y de falsedad en documentos a Héctor Barbety Polo, de condiciones civiles conoci-

das, a la pena principal de cuatro años ocho meses de presidio que purgará en el establecimiento carcelario que designe el señor Director General de Prisiones, deducción hecha del tiempo que hubiere permanecido en detención preventiva, y a las accesorias siguientes: interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, y pérdida de la patria potestad, y en abstracto al pago de los perjuicios ocasionados con los delitos.

Por el Juzgado de origen dése cumplimiento a este fallo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Simón Montero Torres, Humberto Barrera Domínguez, Samuel Barrientos Restrepo, Gustavo Rendón Gaviria, Julio Roncallo Acosta, Antonio Moreno Mosquera.

Pioquinto León L., Secretario.

OTRAS SENTENCIAS NO PUBLICADAS

La Sala profirió también durante los meses de agosto y septiembre de 1964, las sentencias que se relacionan a continuación y que no se publican por falta de espacio:

REVISION.— *Causal 5º del artículo 571 del C. de P. P. — Deberes del recurrente en cuanto a la fundamentación de este recurso.* — Con fecha 19 de agosto de 1964, la Corte niega la revisión del proceso seguido a Rodrigo Ayala, por violación del Decreto 0014 de 1955. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria.

REVISION. — *Ordinales 3º, 4º y 5º del artículo 571 del C. de P. P.* — Con fecha 26 de agosto de 1964, la Corte niega el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia que condenó a Guillermo Abad Vásquez y Efraín Tamayo Trujillo por el delito de robo. Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres.

TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — *Deserción del recurso de casación interpuesto.* — Con fecha 8 de septiembre de 1964 la Corte declara desierto el recurso de casación interpuesto por los procesados Alfonso Parra Quiroga y Raúl Monsalve Marín, como responsables del delito de robo, sentenciados por el Tribunal Superior de Bogotá. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez.

REVISION. — *Para un recurso de tanta entidad y de tanto trascendencia, destinado a enmendar un error judicial y a rehabilitar a quien lo ha padecido, quien lo interpone debe obrar con todo escrúpulo y con la más irreprochable lealtad a la justicia, cuyos principios son la razón de ser de la revisión.— La Corte ordena investigar posible delito de falso testimonio y presumible falta contra la ética profesional del apoderado, con motivo de la actuación.* — Con fecha 10 de septiembre de 1964, la Corte niega el recurso de revisión interpuesto por el apoderado del reo Artemo Acevedo Corrales, condenado por los delitos de homicidio (asesinato) y robo.— Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria.

REVISION. — *Hipótesis que formula el artículo 571 de la Ley 94 de 1938, en sus ordinales 3º y 5º.* — Con fecha 15 de septiembre de 1964, la Corte niega la revisión impetrada por el apoderado del reo Luis Emilio Acosta (a. "Milo"), condenado por el delito de robo. — Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Extractos de la Jurisprudencia de la Sala de Negocios Generales, a cargo del Doctor Luis Ignacio Segura A., Relator de la Corte.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. REGULACION DE LOS PERJUICIOS DE QUE DEBE RESPONDER LA NACION, POR DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE SE CONFIRMA LA PROVIDENCIA APELADA.

En qué consiste el lucro cesante. — Los daños indirectos y eventuales no pueden computarse como lucro cesante y según la doctrina general y la jurisprudencia de la Corte, no son indemnizables.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, ocho de julio de 1964.

(Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau).

El 16 de agosto de 1963 esta Sala puso término a la segunda instancia del juicio promovido por Luis Carlos Castrillón contra la Nación con sentencia cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1. Revócase la sentencia apelada.

"2. Condénase a la Nación a pagar el valor de los perjuicios materiales que sufrió el demandante *Luis Carlos Castrillón V.*, como consecuencia de la arbitraria orden que dio el Auditor de Guerra de la Tercera Brigada, de que la tropa recogiera arroz que habían sembrado Benicio Tiznés y Castrillón en tierras del Municipio de Caloto (Cauca), arroz cuya mitad pertenecía al demandante.

Parágrafo. Mediante el trámite señalado en el artículo 553 del C. J., se establecerá la cantidad precisa de arroz de que fue desposeído Castrillón por la tropa, así como el valor de ella, atendido el precio del grano en la época de dicha recolección. Es entendido que se deducirán las cantidades que hubieren sido entregadas al secuestre y las sumas de dinero puestas a órdenes del Juez Primero Civil del Circuito de Palmira; la suma resultante se deberá a partir del día en que quede ejecutoriada la presente providencia".

Según el aludido artículo 553 del C. J., "la parte favorecida, al pedir el cumplimiento del fallo, hace una liquidación motivada y especificada, de la cual se da traslado a la contraparte por el término de cinco días. Si la liquidación no es objetada, el juez dicta auto aprobatorio de ella; si es impugnada, se abre el incidente a prueba por el término de quince días, vencido el cual, el Juez hace la fijación en vista de lo alegado y probado. El auto en que el Juez apruebe la liquidación o la regule, es apelable como interlocutorio y presta mérito ejecutivo".

Ateniéndose a tal precepto, el señor apoderado del demandante presentó ante el Tribunal liquidación de los perjuicios que a su juicio sufrió su patrocinado, la que en lo pertinente reza:

"a) Es ineludible tomar para esta liquidación los fundamentos sentados en la diligencia de inspección ocular verificada en la primera instancia el 17 de abril de 1958, visible a los folios 26 a 28 del cuaderno número 2 con intervención del Juez y de los peritos. Tales fundamentos o conclusiones son: 1º La extensión superficiaria de los tres lotes sembrados de arroz, denominados "Playadura", "Taula" y "Guayabal" era de cincuenta y cinco plazas; 2ª Cada plaza produce "como mínimo" en esas regiones cuatro hanegas de arroz; y 3ª, Cada hanega de arroz valía en 1954 trescientos cincuenta pesos ($ 350.00).

Estas bases primordiales están comprobadas plenamente también con la prueba sumaria que acompaño, consistente en los testimonios extra-juicio de los señores Isabelino Mejía, Edgar Valencia Salazar y Ricaurte Villegas, quienes acordemente aseveran además que la producción de cada plaza es de cuatro y media (4½) hanegas.

Con la misma prueba se establece asimismo que por hanega se entiende, como medida universal y corriente para el arroz, ocho bultos (8) de arroz con cáscara.

b) Cincuenta y cinco plazas (55) sembradas, cada una de las cuales produce cuatro hanegas y media, dan en total *doscientas cuarenta y siete hanegas y media* (247½).

c) El valor de la producción de las doscientas cuarenta y siete y media hanegas, a trescientos cincuenta pesos ($ 350.00) cada una, asciende a *ochenta y seis mil seiscientos veinticinco pesos* ($ 86.625.00);

d) El valor de la mitad de la cosecha, correspondiente al socio Castrillón es de cuarenta y tres mil trescientos doce pesos con cincuenta centavos ($ 43.312.50);

e) Hay demostración fehaciente y completa de que el arrendamiento de las tierras, arada, rastrillada, sembrado, vigilancia, jornales, corte, transportes, se invertían quinientos pesos ($ 500.00) como máximo por cada plaza.

f) Igualmente está establecido que la producción por plaza era de cuatro hanegas y media, que vendidas al precio de ese entonces —trescientos cincuenta pesos ($ 350.00) por hanega— da como resultado *mil quinientos setenta y cinco pesos* ($ 1.575.00) que es el valor de la producción por plaza.

g) Como cada plaza demandaba en preparación de la siembra, arado, sembrado, recolección, etc., la suma de *quinientos pesos* ($ 500.00) las cincuenta y cinco plazas demandaron, como es claro, la suma de *veintisiete mil quinientos pesos* ($ 27.500.00) por ese concepto.

h) En consecuencia, por cada plaza se obtenía una ganancia líquida de *mil setenta y cinco pesos* ($ 1.075.00) lo cual implica que en las cincuenta y cinco plazas esa ganancia tenía que ser de *cincuenta y nueve mil ciento veinticinco pesos* ($ 59.125.00)

i) En el contrato con Tiznés (escritura pública Nº 34 de 27 de enero de 1954) se fijó como término de la sociedad el necesario para adelantar dos cosechas de arroz. O sea que terminada la recolección del arroz correspondiente a la segunda cosecha (julio de 1954) expiraba el plazo social.

Mas ante la indelicadeza y la codicia de su socio, don Luis Carlos Castrillón tenía decidido seguir él sólo las labores agrícolas, como lo había venido haciendo desde 1950. Para ello contaba con un capital de $ 43.312.50 que le correspondía recibir por razón de esa segunda cosecha. Cabe anotar además que tenía dos tractores, una cosechadora, rastrillos, etc.

Mas sobrevino el desastre, la intervención insólita de la tropa a órdenes del Auditor de la Tercera Brigada con sus consecuencias incoercibles e irresistibles para un ciudadano que no contó con defensa alguna. Se vio compelido a abandonar sus labores, a dejar el producto de largos años de esfuerzos en poder de sus enemigos, y quedó así reducido a la miseria hasta la época actual, sin que le haya sido posible reponerse moral ni económicamente de ese golpe.

j) Es apenas obvio pensar que si con un capital de treinta mil pesos ($ 30.000.00), los socios pudieron explotar alrededor de sesenta plazas, con un capital de $ 43.312.50 quedaba el señor Castrillón capacitado para explotar las mismas sesenta plazas o más.

Con ese propósito y en vista del proceder delictuoso de su socio, don Luis Carlos Castrillón ya tenía conseguidas en arriendo unas setenta plazas en terrenos más adecuados aún, una vez recolectada la segunda siembra de 1954 y finalizado el término pactado para la sociedad con Tiznés, que tan funestos resultados le acarreó.

Acerca de este hecho se aducirá la prueba pertinente en la debida oportunidad legal.

k) Es esa una razón más para que el lucro cesante se liquide forzosamente sobre los $ 43.312.50.

l) Ahora bien: el valor de los gastos por plaza era de quinientos pesos ($ 500.00) que multiplicado por cincuenta y cinco plazas da veintisiete mil quinientos pesos ($ 27.500.00).

ll) En tal virtud es inobjetable esta conclusión:

Valor de la producción de cincuenta y cinco plazas conforme lo dicho $	86.625.00
Valor preparación y gastos en esas plazas	27.500.00
Ganancia líquida en cosecha	59.125.00

Como de 1954 a 1963 Castrillón había resuelto y estaba en capacidad de hacerlo, explotar el mismo negocio y por consiguiente podía hacerlo, es lógico que lograba dieciocho (18) cosechas de igual magnitud o cuantía, de lo cual resultan $ 1.064.250.00.

m) Para determinar el daño emergente, como es claro, debe agregarse a esa cantidad el valor de la mitad de la cosecha de julio de 1954, así $ 1.064.250.00
43.312.50
o sea un total de 1.107.562.50

n) DEDUCCIONES. Es de rigor deducir "las cantidades que hubieren sido entregadas al secuestre y las sumas de dinero puestas a órdenes del señor Juez Primero Civil del Circuito de Palmira", como lo dispone la H. Corte Suprema".

"Según las copias tomadas de las diligencias ejecutivas adelantadas en el Juzgado dicho por el señor Miguel A. Jaramillo contra don Luis Castrillón —las cuales acompaño debidamente autenticadas— resulta que las sumas entregadas por "Molino de Arroz de Palmira" por orden de la Tercera Brigada de Cali fueron de tres mil sesenta y seis pesos con veinte centavos ($ 3.066.20) así:

El 16 de diciembre de 1953	$ 2.666.20
Al doctor Alfredo Muñoz Acosta	400.00
	3.066.20

"Debe agregarse a esta suma lo que recibió el secuestre Tito Manlio Burbano, por una venta de arroz que hizo 1.678.70

"Son de consiguiente . 4.744.90

"Así, pues, se tiene que ..... $ 1.107.562.50
Menos 4.744.90
Son..... 1.102.817.60

"Es esta la suma que está obligada a pagar la Nación a don Luis Carlos Castrillón V., por concepto de los perjuicios reconocidos en el fallo de 16 de agosto de 1963: *un millón ciento dos mil ochocientos diecisiete pesos con sesenta centavos*".

Al descorrer el traslado de dicha liquidación el señor Fiscal del Tribunal manifestó que la impugnaba, y pidió que se abriera a prueba el incidente, lo que así se hizo. Ambas partes allegaron pruebas.

En auto de 29 de enero del cursante año el Tribunal falló el incidente, fijando en la suma de $ 24.250.00 "el valor de los perjuicios a que se refiere el ordenamiento segundo de la sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, con fecha 17 de agosto del año próximo pasado".

Apelado dicho auto por uno y otro contendientes, volvió el negocio a esta Sala, donde sufrió los trámites de ley.

En su vista, el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, que ha llevado la personería de la Nación, pide la revocatoria total del auto del Tri-

bunal. Afirma que "aunque el trámite incidental resultó, ciertamente, ineficaz en materia probatoria", el Tribunal, si bien reconoció implícitamente esta circunstancia, "no la consideró un obstáculo para fijar el importe líquido de los perjuicios, apelando a los datos imprecisos recogidos en la inspección ocular practicada en la primera instancia del juicio". El apoderado del demandante no presentó alegato.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

No puede compartir la Sala la tesis básica del auto del Tribunal, de que el señor Fiscal sólo impugnó parcialmente la liquidación presentada por el apoderado del demandante, por lo que había que aceptar la parte no impugnada en cuanto no excediera los cómputos hechos en la demanda sobre perjuicios. Prescindiendo del problema de saber si un agente del Ministerio Público puede aceptar válidamente una tal liquidación, dada la doctrina del artículo 170 del C. J., leído con todo detenimiento el escrito del señor Fiscal, resulta claro que, si bien se detuvo en consideraciones sobre el punto anotado por el Tribunal, o sea, sobre que la liquidación propuesta por el apoderado de Castrillón excedía con mucho los cómputos y peticiones presentados en la demanda, no es menos palmario que hizo una impugnación general de dicha liquidación. "Bastan las anteriores consideraciones —reza el párrafo final— para que la Fiscalía impugne la liquidación presentada y que se le ha corrido en traslado y solicite que el negocio se abra a prueba por el término legal para establecer el monto de la suma que debe pagar la Nación a Castrillón V., en el presente asunto".

Debe, pues, concluirse que la totalidad de la liquidación fue objetada, y entrar a dilucidar, de consiguiente, si está plenamente establecida la cuantía de los perjuicios sufridos por Castrillón como consecuencia de la abusiva intervención del ejército en la recolección de la segunda cosecha del arroz que, en 1954, había sembrado en compañía de Tiznés en tierras del Municipio de Caloto.

En la sentencia no se aceptó que, como pretendía el demandante, la cantidad de arroz producida en dicha segunda cosecha podía deducirse del producto de la primera, por no haberse acreditado plenamente la identidad de rendimientos entre una y otra.

Cierto que se había hecho un intento probatorio al respecto; pero fracasó, comoquiera que de los varios testigos que depusieron sobre el particular, sólo uno —Luis E. Angulo— fundamentó su afirmación en un pleno conocimiento de causa. Ahora bien: durante el término probatorio del presente incidente se recibieron, entre otras, las declaraciones de Carlos Jaramillo Valencia y César Erazo Segura (Cuad. 7, Fls. 10 y 13), por cierto que a solicitud del señor Fiscal del Tribunal, y con ellas ha quedado colmado el vacío probatorio que se había echado de menos.

En consecuencia, es claro que bien podían aprovecharse los cálculos sobre rendimiento de la primera cosecha para trasladarlos a la segunda, tal como resulta de la inspección ocular practicada con la colaboración de peritos en las tierras sembradas por Castrillón y su socio Tiznés, así como todos los elementos probatorios producidos con relación a dicha primera cosecha, como hizo el Tribunal; si bien éste, como ya se vio, partió de la base errada de que el señor Fiscal no había hecho una objeción total de la liquidación.

Haciendo mérito, pues, de los datos suministrados por la inspección ocular y su anexa peritación se tiene lo siguiente: los tres lotes de terreno en que fue sembrado el arroz, con una extensión total de 55 plazas, debieron producir en la segunda cosecha 220 hanegas, que al precio de $ 350.00 por hanega reconocido por los peritos da la suma total de $ 77.000.00 Como sólo lo mitad del arroz era de Castrillón, el valor de lo correspondiente a éste sería $ 38.500,00. A esta suma dedujo el Tribunal el importe de tres partidas por concepto de ventas hechas por el secuestre Burbano, costos, y valor del arroz vendido a "Molino de Arroz de Palmira Ltda.", todo lo cual hizo rebajar la suma antedicha a la de $ 27.770.00. Ahora bien, como anota el Tribunal, el propio Castrillón reconoció en la demanda que había recibido el importe de cierto número de bultos de arroz, por lo cual el valor del arroz que le fue arrebatado lo señaló en la suma de $ 24.250.00. Por consiguiente, en esta suma debe quedar fijado el valor del daño emergente, pues de lo contrario se haría un reconocimiento ultra-petita.

Por lo que hace al lucro cesante, es evidente que en casos como el de autos no puede consistir sino en los intereses de la suma en que se haya estimado el daño emergente, tal como se indicó en la sentencia. El apoderado del demandante ante el Tribunal so pretexto de liquidar lucro cesante lo que hace en realidad es computar daños indirectos y eventuales, sobre cuya indemnización como era apenas natural, nada se dijo en la sentencia; ni podía decirse por no ser indemnizables según la doctrina general y la jurisprudencia de la Corte.

Debe, pues, mantenerse el auto apelado.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confírmase el auto apelado, proferido por el Tribunal Superior de Popayán el veintinueve de enero de mil novecientos sesenta y cuatro.

Notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial*.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Eustorgio Sarria, Conjuez.

Jorge García Merlano, Secretario.

EL TRANSPORTE BENEVOLO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. FALTA DEL SERVICIO Y CULPA PERSONAL DEL AGENTE. CARGA DE LA PRUEBA. EL TESTIMONIO Y LA PRUEBA PERICIAL COMO MEDIOS DE ESTABLECER LA VELOCIDAD DE UN VEHICULO. SE REVOCA UNA SENTENCIA CONDENATORIA.

1. El transporte benévolo no tiene carácter contractual. — La presunción de culpa no es aplicable al daño causado en esta clase de transporte. — Carga de la prueba para el actor. — 2. Distinción entre falta del servicio y culpa personal del agente. — Cuando el empleado o funcionario se sale del ámbito de su función, esto es, cuando el acto o el hecho que ejecuta son separables de dicha función, tienen carácter personal y es el agente quien debe responder por ellos. — Concurrencia de la culpa personal del agente con la falta del servicio. — 3. Responsabilidad personal exclusiva del agente cuando su acción dañosa es del todo extraña a la función que le compete. — 4. Falibilidad especial de la prueba testimonial cuando se trata de establecer por este medio el grado de velocidad a que marchaba un vehículo. — Factores de distinto orden que influyen en tal caso en la deformación del juicio. — Prevalencia de la prueba pericial en esta materia.

1. Se plantea la presente litis con fundamento en las disposiciones legales que regulan la responsabilidad civil extracontractual, que es como corresponde toda vez que la jurisprudencia ha descartado siempre el carácter contractual que algunos atribuyen al transporte benévolo.

Siguiendo cierta jurisprudencia francesa del Consejo de Estado, la Corte ha admitido que el transporte por complacencia excluye las presunciones de imputabilidad que la doctrina ha visto en normas como la del artículo 2356 del Código Civil, las que la víctima del daño puede invocar para arrojar sobre el demandado la carga de la prueba; de suerte que en el presente caso, la presunción de culpa que conforme a lo dispuesto en aquella regla pudiera alegarse contra el servicio público, debe ser descartada puesto que se trata de un caso de transporte benévolo o de cortesía. Así, corresponde a la parte actora en la litis demostrar la culpa del servicio en la ocurrencia del hecho generador del daño para que haya lugar al resarcimiento.

2. La doctrina y la jurisprudencia distinguen la falta o culpa del servicio y la falta o culpa personal. En casos como el contemplado en este juicio, es

cuestión cardinal, así pues, establecer si se está frente a una falta del servicio o a una culpa personal.

Conforme a la doctrina más generalizada, el funcionario no lo es sino cuando se mantiene en la línea de sus funciones y, por tanto, sus actos no comprometen al Estado por el sólo hecho de hallarse materialmente en el ejercicio de tales funciones sino que es menester que además obre en consonancia con los móviles o cometidos del servicio. En otras palabras, el empleado o funcionario no actúa en nombre del Estado sino cuando lo hace dentro del ámbito de su función; cuando se sale de ella, esto es, cuando el acto o el hecho que ejecuta son separables de dicha función, tienen carácter personal y es el agente quien debe responder por ellos. Para que en este último caso el hecho del agente comprometa la responsabilidad del servicio es menester que éste incurra en una culpa que en alguna forma se ligue a la del agente, como puede ser la existencia de hábitos o costumbres que establezcan una virtual permisión de la conducta causante del daño, o la simple tolerancia de ella, o la omisión de medidas que pudieran evitarla; en fin, cualquier acto o abstención sin los cuales el daño no se hubiera producido. Cuando se presenta tal ocurrencia de culpas, el hecho o la conducta del agente viene a ser una consecuencia del hecho o la conducta de la persona pública, por lo cual la responsabilidad de ésta acompaña a la del agente: una y otra proceden de hechos distintos, pero que, vinculados entre sí, concurren a la producción del daño, por lo cual comprometen tanto al agente como al servicio.

3. Se ha expresado ya que por tratarse de transporte gracioso incumbía al actor acreditar la culpa del Departamento y no a éste un hecho exculpativo.

Si el acto ejecutado en ejercicio de una tarea o función pública compromete a la entidad pública, aunque se cumpla con quebranto de normas reguladoras o con desviación o abuso de la respectiva facultad, es porque se ejecuta con una finalidad concerniente al servicio; porque éste es el objetivo de la actividad del agente; así actúe en forma irregular o ilícita. Pero si la acción del agente es del todo extraña a la función que le compete, entonces reviste solamente un carácter personal y no compromete sino la responsabilidad de quien la realiza.

El grado de velocidad, tratándose de la marcha de un vehículo automotor, es concepto muy relativo que depende de circunstancias muy varias y variables, como son la anchura de la vía, su clase y condiciones, el estado de ella y el de la máquina, la visibilidad, los accidentes del terreno, el estado del tiempo, la densidad del tránsito, etc., por lo cual si se omite la prueba de tales circunstancias, en que los testigos nada dicen sobre ella ni sobre la velocidad horaria, el fallador se encuentra sin elementos de juicio suficientes para formar su convicción y llegar a una conclusión cierta sobre la peligrosidad de la velocidad desarrollada.

Huelga decir, además, que la reconocida falibilidad de la prueba testimonial se hace más notoria si se trata de establecer, por simple apreciación, el grado de rapidez a que circulaba un automotor, debido a las probabilidades de error que por causas subjetivas ofrece el respectivo cálculo. El juicio que del grado de velocidad se forma el testigo puede ser influido por factores de distinto orden, como son la costumbre local, la inexperiencia del testigo, su temperamento, sus propios gustos o aficiones, aún de naturaleza psicopática como pueden ser complejos o neurosis constitucionales o resultantes de traumas psi-

quicos o de *resonancias* emocionales causadas en una constitución impresionable por accidentes o siniestros sufridos por el testigo o presenciados por él, por lo que no debe valorársele sino en armonía con las pruebas de otra especie que obren en el proceso o teniendo en cuenta la actitud en que el deponente puede hallarse en relación con el hecho y sus reacciones psicológicas frente a él. Y si la información que suministre al Juez tiene por estos motivos un valor tan relativo cuando determina la velocidad horaria por estimación, no se entendería que se le concediese algún mérito cuando sólo revela un concepto vago y general, sin precisión alguna, cuyo acierto o error dependen de circunstancias de hecho desconocidas y de condiciones personales del declarante que pueden llevarlo fácilmente a una interpretación deformada del suceso. No quiere esto decir, por supuesto, que deba desestimarse siempre la idoneidad de la prueba testimonial para acreditar la rapidez con que en un momento dado circulaba un vehículo, cuando ella determina la velocidad horaria y las condiciones que en el caso concreto concurrían a hacerla normal o anormal, sino que debe ser apreciada con la precaución que reclama el alto coeficiente de error que le es propio; y sobre todo, que debe preferirse por ser más precisa, y por tanto, más atendible, la que puede calificarse de prueba técnica, o sea, la aplicación de fórmulas que según la clase y condiciones del automotor y de la vía (como la potencia de los frenos, el material de que esté revestida la calzada, su inclinación o declives, su grado de humedad, la anfractuosidad del suelo, etc.), indican la relación matemática entre la velocidad desarrollada por la máquina y la longitud de las huellas que deja su detención. Hay tablas correctamente calculadas, fruto de la observación y la experiencia, que revelan dicha relación y que suelen ser recogidas en los reglamentos de tránsito, además de que ésta es materia especialmente susceptible de peritación en cuanto se trata de establecer una relación generalmente conocida por expertos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, ocho de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, doctor Carlos Peláez Trujillo).

El veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y uno, entre cuatro y cinco de la tarde, hallándose el volquete marca Ford, con placas 28299 de Zipaquirá, de propiedad del Departamento de Cundinamarca, recogiendo materiales de "recebo" en el lugar llamado Las Manas, en jurisdicción del municipio de Cajicá, su conductor Odbulio Herrera, empleado al servicio del Departamento nombrado, accedió a transportar benévolamente hasta Cajicá a Rafael Fetecua Lovera y Adán Parra, quienes se acomodaron en la caja, sobre la grava o material de "recebo". Ya en marcha hacia Cajicá, llevando el vehículo a gran velocidad, según afirman los testigos, el conductor Herrera intentó pasar un camión que iba en la misma dirección, o adelantársele, con tan mala fortuna que ora al aplicar los frenos, bien al dar un timonazo para tomar la derecha, el volquete se volcó y dio varios botes, de lo cual resultaron muertos Fetecua y Parra, los dos pasajeros que viajaban sobre el material de "recebo".

Estos hechos dieron lugar a que los padres de Fetecua Lovera, Miguel Fetecua y Elena Lovera de Fetecua, mayores de edad y vecinos de Cajicá, demandaran, por medio de apoderado y ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en juicio ordinario, al Departamento de Cundinamarca, porque se le condenase a pagar a los demandantes:

a) Los perjuicios "civiles" que sufrieron con la muerte de su hijo, los que estimaron en la suma de veinticinco mil pesos; y

b) Los perjuicios morales que el mismo hecho les causó, estimados en veinte mil pesos.

En la relación fáctica, además de los hechos que se dejan referidos, se afirma que Obdulio Herrera constantemente conducía hasta Cajicá en el expresado volquete a Rafael Fetecua; que aquél carecía de patente de conductor, y que con la muerte de su hijo los demandantes "sufrieron un grave sentimiento de inferioridad que les causó decaimiento en sus condiciones de trabajo y disminución de su serenidad, constancia y equilibrio para el trabajo". Se hacen también otras consideraciones que no constituyen cuestiones de hecho sino de derecho.

En derecho, la demanda se apoya en las normas de los artículos 2346, 2347 y 2349 del Código Civil.

Admitida la demanda, de ella se dio traslado al señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca, quien la contestó, por medio de apoderado, oponiéndose a la acción intentada, y en lo que concierne a los hechos, manifestando no conocer los atinentes al accidente en que perdió la vida Fetecua Lovera y negando los demás para que se probasen.

Recibido el negocio a pruebas, ambas partes hicieron uso del término para solicitarlas y practicarlas, produciendo las que obran en los respectivos cuadernos del expediente. En su oportunidad la Sala habrá de referirse a las que tocan con la decisión final.

Después de varios años de suspensión del proceso civil en espera de la solución de la acción penal instaurada con motivo del accidente, el Tribunal *a-quo*, en consideración a la cesación del procedimiento penal por muerte del sindicado Obdulio Herrera, dictó la sentencia de once de octubre de mil novecientos sesenta y uno, en que se hacen las siguientes declaraciones:

"*Primero: Declárase* que el Departamento de Cundinamarca es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales, causados a los demandantes *Miguel Fetecua y Elena Lovera de Fetecua* como consecuencia del accidente de tránsito ocasionado por el chofer empleado de dicha entidad, de nombre Obdulio Herrera, con la volqueta de propiedad del mismo Departamento, de placas No 28299 de Zipaquirá, en la fecha, lugar y circunstancias determinadas en la parte motiva del presente fallo, accidente en el cual perdieron la vida Rafael Fetecua Lovera, hijo legítimo de los mismos actores.

"*Segundo: Condénase* en consecuencia, al Departamento de Cundinamarca a pagar a los demandantes Fetecua-Lovera, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, las siguientes prestaciones:

"a) La suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda legal para cada uno, como valor de los perjuicios morales subjetivos.

"b) La suma global de dinero a que ascienda el valor de los perjuicios materiales, suma que se determinará por medio del incidente de que trata el artículo 553 del Código Judicial y con fundamento en las bases que se expusieron en la motivación de este fallo.

"*Tercero: No se hace* condenación en costas procesales, y,

"*Cuarto: Consúltese* el anterior fallo con el inmediato superior, en caso de no ser apelado".

Contra este fallo interpuso el Departamento el recurso de apelación que se procede a decidir, hallándose agotado el trámite de segunda instancia, en el cual la parte apelante estuvo representada por apoderado designado por el gobernador, como también lo estuvo en la primera instancia.

Se plantea la litis con fundamento en las disposiciones que regulan la responsabilidad civil extracontractual, que es como corresponde toda vez que la jurisprudencia ha descartado siempre el carácter contractual que algunos atribuyen al transporte benévolo.

Este se encuentra suficientemente acreditado en los autos con las declaraciones de los testigos presenciales Arturo Peña y Alfredo Fandiño, quienes coinciden en la versión de que en el sitio denominado Las Manas, después de haber recogido el material de "recebo", ellos y Fetecua solicitaron a Obdulio Herrera que los condujera hasta sus casas, a lo que accedió, situándose los testigos en la cabina y Fetecua en la caja del volquete, sobre la grava o "gravilla". También informan que adelante, ya en viaje, recogió a Adán Parra, que se acomodó, como Fetecua, sobre el expresado material.

Siguiendo cierta jurisprudencia francesa del Consejo de Estado, la Corte ha admitido que el transporte por complacencia excluye las presunciones de imputabilidad que la doctrina ha visto en normas como la del artículo 2356 del Código Civil, las que la víctima del daño puede invocar para arrojar sobre el demandado la carga de la prueba; de suerte que en el presente caso, la presunción de culpa que conforme a lo dispuesto en aquella regla pudiera alegarse contra el servicio público, debe ser descartada puesto que se trata de un caso de transporte benévolo o de cortesía. Así, correspondía a la parte actora en la litis demostrar la culpa del servicio en la ocurrencia del hecho generador del daño para que haya lugar al resarcimiento.

La doctrina y la jurisprudencia distinguen la falta o culpa del servicio y la falta o culpa personal. En casos como el contemplado en este juicio, es cuestión cardinal, así pues, establecer si se está frente a una falta del servicio o a una culpa personal.

Conforme a la doctrina más generalizada, el funcionario no lo es sino cuando se mantiene en la línea de sus funciones y, por tanto, sus actos no comprometen al Estado por el sólo hecho de hallarse materialmente en el ejercicio de tales funciones sino que es menester que además obre en consonancia con los móviles o cometidos del servicio. En otras palabras, el empleado o funcionario no actúa en nombre del Estado sino cuando lo hace dentro del ámbito de su función; cuando se sale de ella, esto es, cuando el acto o el hecho que ejecuta son separables de dicha función, tienen carácter personal y es el agente quien debe responder por ellos. Para que en este último caso el hecho del agente comprometa la responsabilidad del servicio es menester que éste incurra en una culpa que en alguna forma se ligue a la del agente, como puede ser la existencia de hábitos o costumbres que establezcan una virtual permisión de la conducta causante del daño, o la simple tolerancia de ella, o la omisión de medidas que pudieran evitarla; en fin, cualquier acto o abstención sin los cuales el daño no se hubiera producido. Cuando se presenta tal concurrencia de culpas, el hecho o la conducta del agente viene a ser una consecuencia del hecho o la conducta de la persona pública, por lo cual la responsabilidad de ésta acompaña a la del agente; una y otra proceden de hechos distintos, pero que, vinculados

entre sí, concurren a la producción del daño, por lo cual comprometen tanto al agente como al servicio.

Se ha expresado ya que por tratarse de transporte gratuito incumbía al actor acreditar la culpa del Departamento y no a éste un hecho exculpativo.

El demandante ha demostrado, con las declaraciones contestes de Peña y Fandiño, que el conductor permitió a la víctima del accidente viajar en la caja del volquete, sobre algo tan inestable y deslizable como la grava, lo que evidentemente constituye una imprudencia; pero esta falta es separable del servicio, por que éste no tenía por objeto el transporte de personas sino el de materiales de construcción de carreteras, por lo cual el evento culposo no tiene carácter funcional sino personal. En efecto, el conductor no obraba dentro del ámbito de su función al admitir pasajeros, así fuese por mera cortesía, sino que por el contrario se separaba de ella; no fue el cumplimiento de un deber oficial lo que dio lugar al aciago suceso, sino una complacencia personal. *Si el acto ejecutado en ejercicio de una tarea o función pública, compromete a la entidad pública, aunque se cumpla con quebranto de normas reguladoras o con desviación o abuso de la respectiva facultad, es porque se ejecuta con una finalidad concerniente al servicio; porque éste es el objetivo de la actividad del agente, así actúe en forma irregular o ilícita. Pero si la acción del agente es del todo extraña a la función que le compete, entonces reviste solamente un carácter personal y no compromete sino la responsabilidad de quien la realiza.* Que es lo que ocurre en el caso de ese juicio, en que el hecho de haber recogido a la futura víctima del accidente para llevarla hasta su residencia es completamente ajeno a la tarea que al conductor le estaba encomendada, ya que las mismas características del automotor están poniendo en evidencia que su destinación no era la que Herrera le dio ocasionalmente.

Sería necesario, así pues, para que la pretensión de la demanda pudiera prosperar, que se comprobare una falta funcional distinta de la personal del empleado; pero es lo cierto que, aparte la referencia que los testigos Peña y Fandiño hacen a la velocidad a que el conductor Herrera intentó adelantarse al camión, a ninguna otra falta imputable al servicio aluden las pruebas que obran en los autos, ya que no se comprobó que Herrera careciera de patente de conductor ni que existiese la costumbre de transportar a Felecua Lovera hasta su casa como se insinúa en el libelo. Y en lo que toca con el grado de velocidad a que Herrera intentó adelantarse al camión, los ya mencionados testigos sólo indican que el vehículo iba "a mucha velocidad", dice Peña, "a gran velocidad", afirma Fandiño, siendo así que *el grado de velocidad, tratándose de la marcha de un vehículo automotor, es concepto muy relativo que depende de circunstancias muy varias y variables, como son la anchura de la vía, su clase y condiciones, el estado de ella y el de la máquina, la visibilidad, los accidentes del terreno, el estado del tiempo, la densidad del tránsito, etc., por lo cual si se omite la prueba de tales circunstancias, como ocurre en este juicio en que los testigos nada dicen sobre ellas ni sobre la velocidad horaria, el fallador se encuentra sin elementos de juicio suficientes para formar su convicción y llegar a una conclusión cierta sobre la peligrosidad de la velocidad desarrollada.*

Huelga decir, además, que la reconocida falibilidad de la prueba testifical se hace más notoria si se trata de establecer, por simple apreciación, el grado de rapidez a que circulaba un automotor, debido a las probabilidades de error que por causas subjetivas ofrece el respectivo cálculo. El juicio que del grado

de velocidad se forma el testigo puede ser influido por factores de distinto orden, como son la costumbre local, la inexperiencia del testigo, su temperamento, sus propios gustos o aficiones, aún de naturaleza psicopática como pueden ser complejos o neurosis constitucionales o resultantes de traumas psíquicos o de resonancias emocionales causadas en una constitución impresionable por accidentes o siniestros sufridos por el testigo o presenciados por él, por lo que no debe valorársele sino en armonía con las pruebas de otra especie que obren en el proceso o teniendo en cuenta la actitud en que el deponente pueda hallarse en relación con el hecho y sus reacciones psicológicas frente a él. Y si la información que suministre al juez tiene por estos motivos un valor tan relativo cuando determina la velocidad horaria por estimación, no se entendería que se le concediese algún mérito cuando sólo revela un concepto vago y general, sin precisión alguna, cuyo acierto o error dependen de circunstancias de hecho desconocidas y de condiciones personales del declarante que pueden llevarlo fácilmente a una interpretación deformada del suceso. No quiere esto decir, por supuesto, que deba desestimarse siempre la idoneidad de la prueba testimonial para acreditar la rapidez con que en un momento dado circulaba un vehículo, cuando ella determina la velocidad horaria y las condiciones que en el caso concreto concurrían a hacerla normal o anormal, sino que debe ser apreciada con la precaución que reclama el alto coeficiente de error que le es propio; y sobre todo, que debe preferirse por ser más precisa, y por tanto, más atendible, la que pueda calificarse de prueba técnica, o sea, la aplicación de fórmulas que, según la clase y condiciones del automotor y de la vía (como la potencia de los frenos, el material de que esté revestida la calzada, su inclinación o declive, su grado de humedad, la anfractuosidad del suelo, etc.), indican la relación matemática entre la velocidad desarrollada por la máquina y la longitud de las huellas que deja su detención. Hay tablas correctamente calculadas, fruto de la observación y la experiencia, que revelan dicha relación y que suelen ser recogidas en los reglamentos de tránsito, además de que ésta es materia especialmente susceptible de peritación en cuanto se trata de establecer una relación generalmente conocida por expertos.

Tampoco cuenta con prueba eficaz en el proceso la causa inmediata del accidente, pues mientras que uno de los testigos —Peña— lo atribuye a una frenada, el otro —Fandiño— lo tiene como consecuencia de un golpe de timón para tomar la derecha; esto es, que sobre el hecho están en desacuerdo los únicos testigos, sin que el aserto de cada uno de ellos sirva para establecer procesalmente la versión que expone por ser únicos y estar en contradicción con el otro; pero aún suponiendo que cualquiera de las dos versiones se hallase suficientemente comprobada, tampoco demostraría la falta del servicio, pues estaría aún por establecer si la manera de accionar el conductor del volquete constituyó realmente una imprudencia de su parte o fue la consecuencia de un error en la conducción del camión.

Todo lo cual lleva a concluir que en el caso de autos no se halla establecida la falta del servicio, y que por tanto debe revocarse la sentencia de primera grado para absolver al Departamento de los cargos formulados.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia proferida por el Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Bogotá el once de octubre de mil novecientos sesenta y uno, y en su lugar ABSUELVE al Departamento de Cundinamarca de los cargos que le formula el libelo.

Publíquese, cópiese, notifíquese, envíese copia al gobernador del departamento demandado, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

PETROLEOS. EXTREMOS ESENCIALES DE LAS ACCIONES DE ESTA NATURALEZA. EL PRESUPUESTO DE LA SUPERPOSICION DE LOS PREDIOS. PRUEBA PERICIAL.

El estudio sobre la validez o eficacia de la titulación antigua está subordinado en principio al examen de la prueba relativa a la localización e identificación de las tierras materia de la controversia. — Superposición de predios y prueba pericial.

De acuerdo con lo expuesto y dentro de un orden natural y lógico el estudio sobre la validez o eficacia de la titulación antigua aducida a la litis, debe estar subordinado en principio al examen de la prueba relativa a la localización e identificación de las tierras materia de la controversia en la forma prevenida por la ley, puesto que en acciones de esta índole se trata de proferir una declaración en concreto sobre terrenos determinados que deben quedar separados de otras superficies y excluidos del área a que se refiere la propuesta de la concesión petrolífera, en el caso de demanda de oposición.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio diez de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente, Doctor Luis Carlos Zambrano).

El apoderado del Municipio de Sabanalarga, en el Departamento del Atlántico, solicitó en demanda presentada ante esta Sala que, por los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, en una sola instancia, se hiciera contra la Nación, representada por el señor Procurador Delegado en lo Civil, la siguiente declaración:

"Que es de propiedad privada del Municipio de Sabanalarga, Departamento del Atlántico, el subsuelo petrolífero de los globos de terreno conocidos con los nombres de 'Almadillo' y 'Mana', 'Rincón Cochero', 'Sabanalarga' y 'Ponedera' y 'El Santísimo', alinderados como aparece en el hecho 1º de esta demanda, por haber salido legalmente del patrimonio nacional sin haberse hecho reserva alguna, en relación con el subsuelo petrolífero o de cualquiera otra naturaleza, en favor de la Nación colombiana ni de ninguna otra entidad, ni haber sido recuperado dicho subsuelo por la Nación a ningún título".

Como hechos fundamentales de la demanda se indican por el actor éstos:

"1º. El municipio de Sabanalarga, en el Departamento del Atlántico, es dueño de los siguientes globos de terreno: a) *Almadillo y Mana*, comprendidos dentro de los siguientes linderos: 'Sitio de Caracolí mirando para donde sale el sol va a dar al arroyo de Salado en el mismo rumbo pasando por la Sabana de Salado y el Arroyo del Medio, el de la Posa de Barreto, Loma del Limón, Ba-

rranco de Cristóbal Polo, Majaguos Blancos y de aquí al Palmar Chiquito, atravesando el Arroyo de Patilla y la Loma del Javaral de Cabarcas, que cuyo Palmar Chiquito está en el Derramadero donde se juntan los dos Arroyos de Cabarcas y Cambuta, Ceiba de la Equis, Boca de Palo Apo, pasando la Loma del Jenequen, que está en derecho de dicho Palo Apo, que de aquí va a la Poza de Santo Domingo, atravesando antes los arroyos del Gallego y Salado, volteando rumbo al poniente encuentran los de Aguada de Higuerón, Poza del Manantial, Sabana Chorrillo y Poza del Moján al Arroyo de los Puercos; luego cambiando de rumbo para el Norte, hacia esta población, están estos otros: Piedra de Andrés Martínez y viniendo por todo el camino real que parte de Manatí, se encuentran los de Barniz, los Camajorudos, Aguada de los Carasucias, Sabana de Tío Esteban y sitio de Caracolí, punto de partida; b) *Rincón Cochero*, comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Rincón Cochero, Sabana de Pedro Hoyos, Montes y Laderas de Mico y Sanaguare Viejo', aclarados y determinados durante la diligencia de entrega que consta en la escritura pública Nº 13 de 26 de junio de 1870, de la Notaría de Sabanalarga: 'De la Sabana de Pedro Hoyos a la Boca del Arroyo Guanábano, que es la línea del Norte, pasando por el punto llamado Rincón Cochero y por cuyo lado está lindando con tierras de la Comunidad del Distrito de Sabanalarga, de la Boca del Arroyo Guanábano, se siguió por los Montes o Ladera de Mico hasta llegar a la Boca del Caño del Rosario, cuya línea es la del Este, y la forma el Río Magdalena; de la Boca del Caño del Rosario se siguió hasta llegar al lugar conocido antiguamente con el nombre de Sanaguare Viejo y hoy Las Tunas, cuya línea es la del Sur, por cuyo punto está lindando con tierras conocidas con el nombre del Caño del Rosario, correspondientes a los señores Nicolás y Vicente Llinás; del punto de Las Tunas se continuó la línea del Oeste hasta volver a llegar a la Sabana de Pedro Hoyos, por cuyo punto está lindando con las tierras de Guamarito de Orijata, correspondientes a los señores Nicolás y Vicente Llinás, con las conocidas con el nombre de El Santísimo, correspondientes a los vecinos del Distrito de Sabanalarga, y la del Camajorú, correspondientes a los Bienes de Manos Muertas'; c) *Sabanalarga y Ponedera*, cuyos linderos, de cada uno de sus dos globos, son los siguientes: Primer Lote: '1º Ciénaga de Poza de Moján; 2º El lugar nombrado Manga; 3º Arroyo Guayepo; 4º Cruz del Muerto; atravesando la Loma de Lata; 5º Sitio del Caseajal; 6º Arroyo Guanábano, orilla del río Grande; 7º Boca de Arroyo Grande que sale al río y de aquí a la Poza de Moján'. Segundo Lote: 1º Palo de Caracolí, al Norte del sitio de Sabanalarga; 2º Rincón de Manga; 3º Rincón del Arroyo Grande; 4º Paso Real de Arroyo Grande; Camino de Polonuevo; 5º Sabana Cuchara, pasando por el Dividive y Arroyo Caimo; 6º Sabana Clemente, y de aquí al primer lindero; d) *El Santísimo*, comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Por el Norte, de Oriente a Occidente, lindando con terrenos del Distrito así: Del Pueblo de Caseajal, primer lindero, siguiendo por el camino que de este lugar va a la Plaza de la Iglesia de Sabanalarga, de aquí al camino de Usiacurí, tomando la calle nombrada del Latar, y siguiendo dicho camino al Dividive grande que se encuentra al norte del referido camino; de aquí, rumbo de norte a sur, lindando con terrenos de Usiacurí y de particulares, a Loma de los Indios y a Sabana de Troncón Quemado; de aquí, rumbo de Oeste a Oriente, lindando con el globo de tierra denominado San Jacinto y Cascabel, de la propiedad de los señores Manuel Movilla, Manuel Manotas, Manuel Hernández Ahumada, Sebastián Castillo y otros condueños, al Barranco de Cascabel, junto de unas palmas de vino; de aquí a la Loma de la Vaca y al Arroyo de Caracolí, donde lo atraviesa el Camino Real que comunica a este pueblo con Cartagena; desde aquí, siguiendo el mismo rumbo y el Arroyo Caracolí, agua abajo, colindando ya con terrenos nombrado Armadillo, de propie-

dad del señor Nicolás Llinás, a la Boca de Arroyo Barro; desde aquí a la Boca de Arroyo Ospino, que sale al Arroyo de Caracolí, llamado también Arroyo del Cojo, al Salto de las Lajas; de aquí rumbo de sur a norte, y lindando con terrenos de esta comunidad, al primer lindero nombrado Pueblo de Cascajal, donde se principió'. Y este hecho —del dominio del Municipio de Sabanalarga sobre dichos globos de terreno— se acredita con las siguientes escrituras públicas, que también presento con esta demanda: Nos. 202 de 4 de septiembre de 1943, 165 de 17 de noviembre de 1904, 15 de 1º de julio de 1850, 13 de 26 de agosto de 1862 y 21 de 11 de agosto de 1868, todas de la Notaría de Sabanalarga (Atl.), debidamente registrada, referentes al globo de Almadillo y Mana; Nos. 15 de 10 de agosto de 1870 y 13 de 26 de junio de 1870, de la Notaría de Sabanalarga (Atl.), debidamente registradas, referentes al globo de Rincón Cochero; 44, de 15 de diciembre de 1856, Notaría de Sabanalarga, con nota de registro, referente a los globos de terreno llamados Sabanalarga y Ponedera; y Nº 98, de 24 de octubre de 1907, de la Notaría de Sabanalarga (Atl.), con nota de registro, que se refiere al globo de El Santísimo.

"2º El Municipio de Sabanalarga, en el Departamento del Atlántico, es dueño de los mencionados globos de terreno, con títulos de los que, conforme a las leyes, dan derecho a la propiedad del subsuelo petrolífero de esos mismos globos de terreno, pues en dichos títulos (documentos), consta que tales terrenos salieron legalmente del patrimonio nacional, sin reservas de ninguna clase a favor de la Nación;

"3º Por medio de Resolución de fecha 21 de diciembre de 1943, el Ministerio de Minas y Petróleos, aceptó la propuesta que le formulara la Cía. Anglo-Colombiana de Petróleos (filial del grupo Shell), para contratar la exploración con taladro y la explotación del petróleo de propiedad nacional, existente en un globo de terreno de 49.880 hectáreas, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Candelaria, Manatí, Sabanalarga, Usiacurí y Palmar de Varela. Esta propuesta fue radicada bajo el Nº 131 y sus linderos se superponen a los de los globos de terreno de propiedad del Municipio de Sabanalarga, atrás determinados. Por tal motivo, el Municipio hizo la debida oposición, por conducto del suscrito, la cual fue aceptada por el Ministerio, el cual ordenó suspender la tramitación de la propuesta y enviar todo el expediente a la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— para que, en juicio breve y sumario, se resolviera si, en definitiva, se admitían o no las oposiciones, por ser o no fundadas, conforme a las normas entonces en vigencia;

"4º La H. Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— en sentencia que lleva fecha 20 de septiembre de 1954, declaró infundadas esas oposiciones presentadas por el Municipio de Sabanalarga, a causa de no haberse podido practicar la inspección ocular que se había decretado, como medio para probar la alegada superposición de los linderos de la propuesta 131 con los de los mencionados globos de terreno, de propiedad del Municipio. Esa sentencia está publicada en el Tomo LXXVIII Nº 4146 de la *Gaceta Judicial* - Sept. de 1954, Págs. 781 a 804;

"5º En el memorado fallo, esa H. Sala dijo lo siguiente: 'El juicio que ahora se desata por medio de esta sentencia, es de aquéllos a que la ley daba el carácter de breves y sumarios, y por eso la presente decisión deja abierta la vía del juicio ordinario, también reconocido por la legislación vigente, cuando se surtió este proceso'. Y, en efecto, el Inciso 2º del artículo 69 del Capítulo XII del llamado Código de Petróleos (Decreto 1056 de 1953), dice así: 'Las acciones

a que den lugar los fallos pronunciados en juicios breves y sumarios por la Corte, continuarán rigiéndose por los citados artículos 5º y 7º de la Ley 160 de 1936, pero de los respectivos juicios ordinarios conocerá privativamente en una sola instancia la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia'. Ahora bien: al tenor del artículo 7º de la Ley 160 de 1936 —a que se refiere la norma ya transcrita— éstas acciones ordinarias a que dan origen las sentencias pronunciadas en los juicios breves y sumarios, 'sólo podrán intentarse dentro de los dos años siguientes a su ejecutoria'.

"6º El Municipio de Sabanalarga, en el Departamento del Atlántico, que es dueño del subsuelo petrolífero de los globos de terreno, alinderados en el hecho 1º de esta demanda, me ha conferido poder para demandar a la Nación, por la vía ordinaria, en una sola instancia, y ante esa H. Sala, dentro del término ya aludido, el cual no se ha vencido aún, pues que la fecha de la sentencia, como queda dicho, es la de 20 de septiembre de 1954, o sea que ni siquiera han transcurrido dos años después de dicha fecha".

En derecho se basa la demanda en el artículo 202 de la Constitución Nacional, en armonía con los artículos 30 y 183 de la misma Carta; el aparte c) del artículo 4º del Código Fiscal Nacional; el artículo 1º de la Ley 160 de 1936 y todas las disposiciones concordantes contenidas en leyes especiales y en el Código Judicial.

A la demanda se acompañaron copias de las escrituras públicas números 202 de 4 de septiembre de 1942, 165 de 17 de noviembre de 1904, 15 de 1º de julio de 1850, 13 de 26 de agosto de 1862, 21 de 11 de agosto de 1868, 15 de 10 de agosto de 1870, 13 de 26 de junio de 1870, 44 de 14 de diciembre de 1856, 98 de 24 de octubre de 1907 y 327 de 10 de octubre de 1955.

Admitida la demanda y corrida en traslado al Procurador 2º Delegado en lo Civil, la contestó así: "En relación con los hechos en que se apoya la acción, me permito manifestar atentamente a esa honorable Corte, en ejercicio de la representación que asisto, que me atengo a la eficacia y conducencia de las pruebas acompañadas a la demanda, y de las que se produzcan posteriormente en el juicio. En cuanto se refiere a la petición o declaración del libelo, me opongo y niego el derecho que se invoca".

El juicio se abrió a prueba y durante el término correspondiente se decretaron las que más adelante se relacionan y examinan.

Habiéndose citado a las partes para sentencia en auto que se halla ejecutoriado, se procede a fallar el negocio, y para tal finalidad se adelantan las consideraciones que a continuación se exponen:

Esta Sala de la Corte, en numerosos fallos pronunciados en juicios en que se controvierte el dominio privado del petróleo frente a la Nación, ha señalado como presupuestos o extremos esenciales de acciones de esta naturaleza los siguientes: propiedad actual de la parte actora en el período de la prescripción extraordinaria, referente a las tierras en que subyace el petróleo de que se trata; título proveniente del Estado con anterioridad a la reserva fiscal del 28 de octubre de 1873 o, a falta de éste, documentos de origen oficial, emanados de autoridad competente que demuestren su existencia; identificación real de las áreas de terreno objeto de la litis.

También de una constante orientación jurisprudencial al respecto, y de los preceptos del Código de la materia, se sigue que la aludida identificación se logra con el establecimiento de estos hechos: singularización objetiva del predio a que se contrae la pretensión demandada, es decir, comprobación precisa de que los linderos contenidos en el título de dominio actual del actor corresponden a la realidad geográfica del terreno; determinación real de las tierras salidas del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, desde luego, a la luz de los alindamientos consignados en el título originario que se invoque; establecimiento de que es uno mismo el terreno desprendido del dominio estatal antes de la reserva fiscal indicada, y aquél en que se encuentra el petróleo cuya propiedad se disputa, o que el primero comprende al segundo en todo o en parte; superposición, total o parcial, entre las lindes de los terrenos, materia del pleito y las áreas de la propuesta de contrato.

De acuerdo con lo antes expuesto y dentro de un orden natural y lógico, el estudio sobre la validez o eficacia de la titulación antigua aducida a la litis, debe estar subordinado en principio al examen de la prueba relativa a la localización e identificación de las tierras materia de la controversia, en la forma prevenida por la ley, puesto que en acciones de esta índole, se trata de proferir una declaración en concreto sobre terrenos determinados, que deben quedar separados de otras superficies y excluidos del área a que se refiere la propuesta de la concesión petrolífera, en el caso de demanda de oposición.

La parte demandante, ejercita la presente acción ordinaria, por considerarse titular del dominio privado sobre el subsuelo petrolífero de unos terrenos sobre los cuales ha recaído una propuesta de contrato, para la exploración y explotación de hidrocarburos. En efecto, en los fundamentos fácticos del libelo principal (hechos 3º y 4º) se afirma que los linderos de la concesión solicitada por Cia. Anglo-Colombiana de Petróleos (filial del grupo Shell) y admitida por el Ministerio del Ramo, mediante Resolución Nº 131 de 21 de diciembre de 1943, propuesta cuyos límites no se indican, se superponen a los globos de terreno de propiedad del Municipio de Sabanalarga, objeto de este pleito; luego, se agrega que de acuerdo con la legislación que regula esta materia, en sentencia de 20 de septiembre de 1954 y en juicio breve y sumario, la Corte declaró infundada la oposición que por este motivo hizo la referida entidad municipal, "a causa de no haberse podido practicar la inspección ocular que se había decretado, como medio para probar la alegada superposición de las lindes de la propuesta 131 con los de los mencionados globos de terreno de propiedad del Municipio".

Con el fin de acreditar en este juicio ordinario, el aludido extremo esencial de la acción propuesta, solicitó el mandatario judicial de la parte actora, dentro del respectivo término probatorio, la práctica de una diligencia de inspección ocular —con el concurso de peritos— sobre las tierras, materia de la demanda con el siguiente fin: "Que se identifiquen los globos de terreno en ella mencionados y, con los medios de prueba que sean procedentes, se proceda a establecer sobre el suelo el enunciado teórico de los títulos en lo referente a los puntos principales de la alinderación. Los señores peritos, teniendo en cuenta los resultados de esa inspección ocular, así como los demás elementos de prueba que aparecen en el expediente, y los que se agreguen durante aquella diligencia, deberán conceptuar sobre lo siguiente: a) Si cada uno de los globos de terreno, materia de la demanda, constituyen o no polígonos cerrados perfectamente determinables y determinados sobre el terreno, por los linderos que citan sus títulos, y se mencionan en la demanda; b) Si existe superposición de

los linderos de la propuesta Nº 131, sobre los de los globos de terreno, materia de la anterior diligencia, y objeto del presente dictamen".

También, y para el mejor resultado de la diligencia en cuestión, se pidió esta otra prueba: que se solicitara al Ministerio de Minas y Petróleos, una copia del plano topográfico de la propuesta Nº 131. No obstante que ésta última probanza fue decretada por la Sala y se ordenó librar el correspondiente despacho al Ministerio del Ramo, para la expedición de la copia auténtica del plano a que ella se refiere, esta copia no se trajo a los autos.

En cambio, el reconocimiento judicial, antes anotado, con intervención de los peritos ingenieros Juan J. Berdugo y Antonio Moreno Vives, se practicó sobre los terrenos litigiosos por el Tribunal Superior de Barranquilla en los días 2, 3 y 4 de septiembre de 1957, en virtud de comisión conferida por esta Sala de la Corte.

En el acta de la diligencia, se expresa que por el personal inspector, se hizo la identificación de los globos de tierras, señalados en la demanda como de propiedad del Municipio actor, y conocidos con los nombres de Almadillo y Mana, Santísimo, Rincón Cochero y Sabanalarga y Ponedera, mediante el recorrido sobre el terreno de los linderos descritos en el citado libelo de oposición y en los títulos, los cuales se reproducen en el acta de dicha vista de ojos. Por la localización de los puntos y lugares determinantes de los perímetros que encierran los inmuebles referidos, se procedió a su reconocimiento con la ayuda de vecinos de la región, quienes rindieron testimonio sobre la existencia de sitios y señales particulares que distinguen esos alindamientos.

En el acta de la diligencia de inspección ocular mencionada, no se dejó constancia u observación alguna sobre la identificación de puntos de referencia, líneas de dirección o límites que permitan la determinación del área de la propuesta de contrato y, por ende, la posible relación que pueden tener las tierras litigosas con el ámbito territorial de aquélla.

Los peritos reiteran en su dictamen el reconocimiento objetivo, que en la vista de ojos se verificó de los alindamientos que individualizan los globos de tierras, materia de la demanda, cada uno de los cuales, en su concepto, "constituyen polígonos cerrados perfectamente determinables y determinados en el terreno, por sus linderos citados en los títulos". Agregan al respecto, que en el mapa del Departamento del Atlántico, levantado por el Instituto Geográfico, mapa que acompañan con su informe y sobre el cual han trazado las correspondientes figuras, se puede "apreciar la ubicación y forma de los polígonos que encierran los terrenos del Municipio de Sabanalarga, denominados El Santísimo, Maria o Almadillo, Rincón Cochero y los lotes número uno (1) y dos (2) de Sabanalarga y Ponedera, tenemos éstos cinco, que son materia del juicio en que actuamos".

En cuanto a la otra cuestión presentada al estudio de los expertos, o sea, si existe superposición de los linderos de la propuesta 131 sobre los globos de terreno a que se contrae la demanda, aquéllos rinden esta escueta información: "En el mapa ya mencionado (el del Departamento del Atlántico), en donde se encuentran debidamente dibujados, tanto la propuesta Nº 131 como los terrenos, materia de este juicio, se puede apreciar con toda claridad, la superposición de dicha propuesta sobre dichos terrenos, la cual es en la siguiente forma: Superposición completa sobre Mana y Almadillo; superposición casi completa sobre

los terrenos de Santísimo, ya que al norte sólo queda por fuera un pequeño triángulo de poca extensión; superposición sobre Rincón Cochero en sus dos terceras partes, quedando por fuera, sólo una tercera parte; superposición sólo en una tercera parte del lote Nº 1 de Sabanalarga y Ponedera, quedando por fuera dos terceras partes. Y del lote Nº 2 de Sabanalarga y Ponedera, sólo se superpone en una extensión de 810 hectáreas más o menos, que quedan incluidas en la propuesta Nº 131".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, observa en su alegato de conclusión, que el aludido dictamen pericial, carece de validez probatoria, en cuanto a la demostración de la interferencia que allí postulan, por las siguientes razones:

"En lo tocante con la posible superposición de esos terrenos litigiosos al perímetro del globo de tierra, objeto de la propuesta Nº 131, no pidió el apoderado del Municipio que en la diligencia de inspección se constatara, a la vista, esta cuestión: Se limitó concretamente a pedir que los señores peritos ingenieros que asistieran a ella, 'teniendo en cuenta los resultados de esa inspección ocular, así como los demás elementos de prueba que aparecen en el expediente, y los que se agreguen durante esa diligencia, debieran conceptuar o dictaminar sobre lo siguiente: ... b) Si existe superposición de los linderos de la propuesta Nº 131, sobre los de los globos de terreno, materia de la anterior diligencia, y objeto del presente dictamen'. Es decir, lo atinente a la superposición de los globos al de la propuesta, se limitó al concepto o dictamen de los peritos. Por ello en la inspección ocular, el Tribunal comisionado, no siendo objeto de la comisión determinar el globo o perímetro de la propuesta, no lo hizo. Ni estaba obligado, ni debía hacerlo, ni se le ordenó en el auto comisorio, porque no se había pedido".

Luego el representante legal de la Nación, después de anotar que los peritos no hicieron sobre el terreno, el reconocimiento de los linderos de la propuesta, y que el dibujo presentado al respecto no contiene indicaciones ciertas o fundadas de los rumbos y distancias que determinen el polígono de la concesión, expresa que dichos expertos "limitaron su información conceptual a lo siguiente: 'a) A introducir al expediente por su cuenta un mapa o croquis rotulado 'Ministerio de Hacienda y Crédito Público — República de Colombia — Instituto Geográfico Militar y Catastral — Fotocalco del Departamento del Atlántico — 1944' elaborado a escala 1: 100.000 al parecer con 'vistas tomadas en enero de 1939' según reza, el cual carece como prueba documental de todo valor en el proceso, puesto que fue aducido sin ser solicitado como prueba, ni decreto que lo ordenara, ni presentado con la demanda..., ni contiene signo de autenticidad alguna, no siéndolo las firmas al parecer autógrafas de los mismos peritos puestas al pie; b) A dibujar dentro del mapa del Departamento del Atlántico, contenido en tal croquis o carta geográfica, en diversos colores, los predios de 'El Santísimo', 'Almadillo', Mana o Almadillo y Sabanalarga y Ponedera', incluyéndolo en lo que ellos creen su ubicación geográfica en ese mapa o carta. c) A dibujar también sobre ese mapa, en líneas rectas de tinta negra, el paralelogramo que creen es el perímetro de la Propuesta Nº 131 fuera del cual quedarían una muy pequeña parte del predio de 'El Santísimo' según el dibujo, una gran parte del de Sabanalarga y Ponedera, y una buena parte del dibujado como Rincón Cochero, y otra gran parte del de Sabanalarga y Ponedera lote Nº 1 (siendo el anterior lote Nº 2). d) Y finalmente, a exponer como dictamen, sobre una base tan empírica, subjetiva y apartada de la realidad, puesto que nunca se conoció

la ubicación real y cierta del perímetro de la propuesta Nº 131, que: (aquí se reproducen las conclusiones de la peritación antes transcritas en parte motiva de este fallo).

"La falta de elementos reales, ciertos y científicos de juicio; la ninguna sujeción a la realidad en el terreno o topografía; la vaguedad conceptual en cuanto a la inserción en el mapa o croquis, por dibujo efectuado en la oficina de los peritos; la indeterminada manera como exponen los peritos que algunos de los predios, cuyos perímetros a su vez dibujaron con el del que creen sea la propuesta Nº 131, quedan abarcados por la figura geométrica o rectángulo dibujada a su vez como tal propuesta; la falta de correspondencia de estos dibujos, con lo que realmente pudiera aparecer en el terreno que no se determinó nunca, revelan la total falta de debida fundamentación del concepto de los señores peritos, que no puede servir de prueba plena del presupuesto fáctico de que los globos de tierra, objeto de la demanda en este litigio, se superpongan total o parcialmente al perímetro de la propuesta Nº 131, el que apenas se conoce por la fértil imaginación de los señores peritos, pues aquélla ni siquiera aparece descrita en los hechos de la demanda por su ubicación y linderos, ni en parte alguna en documento que rece cuáles son éstos, ni en qué consiste esa propuesta como realidad física.

"Los peritos carecían de bases o elementos de juicio, totalmente, para emitir un concepto como éste, en el punto concreto en que nos ocupamos".

Los reparos formulados por la Procuraduría Delegada, respecto a la validez probatoria del dictamen pericial para acreditar el cuestionado presupuesto de la acción instaurada, tienen fuerza legal y resultan ajustados a la realidad del proceso.

Efectivamente, en el caso que contemplan los autos, se llevó a cabo por el Tribunal comisionado, una diligencia de inspección ocular con intervención de las partes, testigos y peritos, durante la cual el personal inspector constató sobre el terreno, la existencia de los puntos arcifinios y líneas básicas de los linderos que singularizan los globos que se describen en la demanda y en los títulos respectivos. Pero, por no ser hecho sometido al examen de esa visita judicial, se prescindió en absoluto de realizar en ella observaciones o reconocimientos atinentes a la localización del perímetro de la propuesta número 131 y, por ende, a la relación de interferencia que pudiera advertirse entre el área de esa concesión y las de los terrenos a que se contraen las declaraciones de dominio privado del petróleo, impetradas en la demanda.

El trabajo de los expertos en el particular, consiste en la presentación de un dibujo trazado en el fotocalco del mapa del Departamento del Atlántico, o sea, de una figura rectangular, que en su concepto, es la representación gráfica del terreno, objeto de la propuesta, con la anotación de que el polígono no dibujado, encierra las áreas de los predios, materia de la oposición en la magnitud o proporción que allí señalan.

Los expertos se abstienen de indicar los elementos de observación o de juicio, procesalmente atendibles, que pudieran servirles de fundamento para trazar en el fotocalco el perímetro del polígono en cuestión, elementos de los cuales debiera colegirse que la información pericial resulta plenamente satisfactoria y cierta, para establecer la identidad objetiva de aquellas tierras.

Dicho trabajo, así rendido, suscita las siguientes observaciones:

A los autos no se trajo la copia del plano topográfico de la propuesta número 131 que formulara la Compañía Anglo-Colombiana de Petróleos, pedida en el término probatorio del litigio, plano que debían tener en cuenta los peritos para localizar el área de la citada concesión y que, desde luego, hubiera permitido al juzgador confrontar, si el croquis elaborado por aquéllos sobre el mapa del Departamento del Atlántico guarda correspondencia, en sus líneas, rumbos y puntos principales de alindamiento, con el ejecutado por la Compañía Anglo-Colombiana.

Tampoco de otros documentos o piezas del proceso, aparece la determinación teórica de los linderos del globo de terreno de la propuesta número 131, linderos que darían base para conocer y señalar la identidad de su área y servir de apoyo a la información pericial. En el libelo de demanda (hechos 3º y 4º) se enuncia la situación general de la propuesta en jurisdicción de los Municipios de Candelaria, Manatí, Sabanalarga, Usiacurí y Palmar de Varela, pero no se describe en forma alguna el polígono de esa concesión petrolífera. De otra parte, no se aportó al juicio el Diario Oficial, en que debió publicarse el aviso de admisión de la propuesta por el Ministerio del Ramo, con indicación de los linderos del terreno que ella comprende.

Si a las consideraciones anteriores se agrega la de que los expertos no relacionan la representación puramente gráfica que ofrecen del perímetro de la propuesta de contrato, con medios probatorios legales que permitan conocer el teórico encerrado de los linderos respectivos, cuya descripción ni siquiera se anota en el trabajo pericial, debe concluirse que este dictamen no satisface las exigencias legales para comprobar el presupuesto de la acción que se deja analizado, o sea, el de la superposición de áreas, por lo cual fracasa la demanda, sin que se imponga el estudio sobre la validez o eficacia de los títulos traídos al juicio, para acreditar el dominio particular del subsuelo petrolífero a que se contrae el libelo.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Niéganse las peticiones de la demanda ordinaria, promovida por el Municipio de Sabanalarga, materia de esta sentencia, y, en consecuencia, SE ABSUELVE a la Nación demandada de todos los cargos formulados en el libelo.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. A QUIEN CORRESPONDE HACER LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD. ACCION RESCISORIA DEL CONTRATO Y DECLARACION DE CADUCIDAD. PRESUPUESTO PROCESAL DE DEMANDA EN FORMA

1. Si el contratista incurre en una causal de caducidad prevista en el contrato, no procede promover un juicio ante la rama jurisdiccional, sino que el propio gobierno debe hacer la declaración correspondiente. — Razones en que se apoya esta conclusión. Doctrinas de la Corte sobre esta materia. Pretensiones incompatibles. — 2. Falta del presupuesto de demanda en forma, si se escoge una vía procesal inadecuada legalmente.

1. De las normas contenidas en los artículos 254 y 255 del Código Contencioso-Administrativo, se deduce que si el contratista incurre en una causal de caducidad prevista en el contrato, no procede promover un juicio ante la rama jurisdiccional, sino que el propio gobierno debe hacer la declaración correspondiente, mediante resolución motivada, precisando la causal o motivos que la fundamentan.

Esta conclusión resulta evidente, si se tienen en cuenta las siguientes razones:

a) Las normas citadas no tienen la calidad de simplemente potestativas para el Gobierno, sino que son imperativas, pues el citado artículo 255 le ordena proferir o declarar la caducidad "por resolución motivada";

b) Si el Gobierno no hace uso de la facultad de hacer la declaración de caducidad, la respectiva cláusula resultaría inoperante por la voluntad unilateral de una de las partes, con evidente violación del artículo 256 ibidem, que se remite, en cuanto a sanciones y a "las prestaciones a que las partes quedan obligadas", a lo pactado en las respectivas cláusulas de caducidad.

c) Como el Gobierno debe hacer la declaración de caducidad mediante providencia motivada, si ocurre a la rama jurisdiccional en demanda de la declaración de resolución del contrato por incumplimiento, previsto como causal de caducidad, le arrebata o quita al contratista la oportunidad y el derecho de discutir con el propio Gobierno si ha incurrido o no en las causales de caducidad, mediante los recursos legales que puede interponer con la dicha providencia por la vía gubernativa;

d) Agotada la vía gubernativa o administrativa, nace para el contratista, no para el Gobierno, la acción para obtener la revisión o anulación de las correspondientes resoluciones por sentencia proferida por el juez competente;

e) Si es evidente que mediante sentencia de fecha 31 de agosto de 1943, la Corte en Sala Plena declaró inexequible el artículo 258 del C. C. A., por interpretación del numeral 3º del artículo 148 de la Constitución Nacional, ahora inexistente, no es menos manifiesto que solamente se refirió a la competencia privativa de la Corte que entonces consideró le correspondía frente al Consejo de Estado; pero no fue objeto del fallo la acción conferida al contratista para recurrir a la Sala de Negocios Generales de la Corte para obtener la revisión o anulación de la providencia administrativa sobre caducidad la cual ha sido ejercitada por los interesados en varios procesos con posterioridad a la dicha sentencia de 31 de agosto de 1943, como se verá de las citas que se harán más adelante;

f) Por consiguiente, la iniciativa, vale decir, la acción la confirió el citado artículo 258 del Código Contencioso Administrativo al contratista; pero si la sentencia hubiese afectado también a esa parte de la disposición, significaría que deberían aplicarse los ordenamientos contenidos en la Ley 53 de 1909, en cuyo artículo 39 se lee:

"Los interesados deben intentar las acciones civiles que para ellos emanen de las decisiones de que hablan los artículos anteriores, dentro del plazo de seis meses comunes, contados desde la ejecutoria de la respectiva decisión. Vencido este término, sin que los interesados hayan hecho reclamación alguna, se presumirá que han renunciado toda acción civil, y la Nación quedará libre de responsabilidad por perjuicios. El término será doble respecto de las personas enumeradas en el artículo 2530 del Código Civil.

"Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no comprende las resoluciones administrativas dictadas en asuntos entre particulares, los cuales podrán intentar las acciones civiles respectivas, conforme al derecho común".

g) El Gobierno al recurrir a la rama jurisdiccional (Corte o Consejo de Estado) en demanda de la decisión para que se declare resuelto el contrato por incumplimiento del contratista, pactado como causal de caducidad, no hace sino abstenerse de dictar una providencia administrativa que le compete privativamente, para desplazarla o conferirla a otra rama del Poder Público.

Sobre esta materia la Corte ha tenido oportunidad de sentar doctrina en varios fallos. Así en sentencia de 9 de diciembre de 1936, publicada en el Tomo XLIV de la *Gaceta Judicial* (páginas 789 y ss.), se lee: "La declaratoria de caducidad en los contratos administrativos es una facultad indelegable del Gobierno que la hace valer como parte contratante y entidad de derecho público; la declaratoria de caducidad cancela el contrato, creando un verdadero estado de derecho. Desde el punto de vista del Derecho Administrativo, ella surte los mismos

efectos que la acción judicial de resolución del contrato de derecho común, pues por su fisonomía jurídica la caducidad de los contratos administrativos es equivalente a la condición resolutoria expresa de los civiles comunes, ya que en los primeros ella surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en los segundos, del cumplimiento de la condición".

Más adelante, en el mismo fallo, se dijo: "Para la declaratoria administrativa de caducidad es indispensable un procedimiento, que debe realizar el funcionario público al saber que el contratista ha infringido cláusulas esenciales del contrato, caso en el cual debe recoger las pruebas y dar del expediente traslado al contratista; luego recibir las pruebas de descargo de éste, y por último dictar la resolución de caducidad, previo análisis lógico de todas las pruebas. Es claro que la facultad de declarar caducados los contratos está sujeta a normas, pues las causales de caducidad deben ser únicamente las fijadas en el contrato y las que emanen de la ley, sin que puedan aplicarse otras por analogía. Como el civil, el contrato administrativo es una ley para las partes y obliga a todo lo establecido en él; pero por otros aspectos es distinto al civil, porque éste radica en la voluntad de las partes, mientras que en el administrativo, su espíritu se encuentra consignado en el servicio público. Es cierto que una vez realizado envuelve una norma convencional que debe respetarse, como lo exige la equidad, porque no por ser el Estado contratante dejan sus pactos de crear derechos perfectos para la otra parte. Pero el Estado puede en virtud de la acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno de los intereses que le están confiados, ejercer ciertas facultades, como la de declarar caducado el contrato, interpretarlo de acuerdo con las necesidades públicas".

Posteriormente, en la sentencia de 8 de noviembre de 1955, la Sala de Negocios Generales de la Corte, ratificó la anterior doctrina, insertándola en dicho fallo, como puede verse en la página 946 del Tomo LXXXI de la *Gaceta Judicial*.

En el fallo de 24 de octubre de 1957, (Tomo LXXXVI, Pág. 862) se dijo: "Lo importante para la Sala es dejar establecido su criterio —con las consecuencias que adelante se verán— de que en un contrato de la naturaleza del que se estudia, si por un lado se consigna la cláusula compromisoria y por el otro se establece el derecho de la Nación a decretar la caducidad administrativa, como aparece del contrato materia de la litis, tales cláusulas no son conciliables entre sí, si se basan en las mismas causales; porque es obvio que la caducidad quedaría de suyo excluída por la obligación de someter las controversias a arbitramento, y esta cláusula además sería inoperante, porque el derecho de la administración a decretar la caducidad en los contratos de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, más que una simple estipulación contractual, es una facultad legal indeclinable (Art. 254, C. C. A.); es de orden público y tiene por objeto impedir que se afecte una obra o un servicio, que son de interés público superior, por culpa del contratista, por su quiebra o por su fallecimiento. La cláusula de caducidad es pues obligatoria para el Gobierno, quien no puede sustituirla por una decisión arbitral, ni renunciar a ella en ninguna forma, porque tal renuncia sería ineficaz a más de ilegal".

Viniendo al caso concreto, dada la expresa estipulación y la modalidad del contrato, si a juicio del Gobierno el contratista faltó al cumplimiento de las obligaciones estipuladas o lo hizo en forma deficiente e inaceptable, le correspondía dictar la resolución motivada de caducidad, para que luego, agotada la vía gubernativa, pudiera el contratista ejercitar la acción que le confiere el artículo 258 del Código Contencioso Administrativo o el artículo 3º de la Ley 53 de 1909, en caso de que estimara injusta o ilegal la decisión del Ministerio de Gobierno.

Aun cuando lo expuesto es suficiente para que la Sala se abstenga de dictar sentencia de fondo o de mérito, no sobra añadir que en la demanda el Procurador Segundo Delegado, a la vez que suplica la declaración de resolución o terminación del contrato por incumplimiento del contratista, deja a salvo la facultad del Gobierno para declarar la caducidad. Estas son sus textuales palabras: "...sin perjuicio de la facultad del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos de declaración de la caducidad administrativa del contrato, por intermedio del Ministerio de Gobierno y previa solicitud a éste, prevista en la cláusula undécima de dicho contrato, y de la imposición de multas por el incumplimiento por parte del Contratista, directamente, prevista en la cláusula decimasegunda del mismo contrato..."

Si con la anterior reserva se reconoce, por una parte, que el Gobierno no puede renunciar a la facultad de declarar la caducidad administrativa del contrato, por otra, se pone de manifiesto la incompatibilidad con el actual ejercicio de la acción resolutoria, que no puede coexistir con aquella reserva, pues, si se admitiera, sería tanto como aceptar la posibilidad de que el Gobierno revisara posteriormente la sentencia de la Corte en todas las declaraciones, condenas o absoluciones que no estuvieren de acuerdo con sus puntos de vista.

Por consiguiente, para que la correspondiente acción judicial pueda ejercitarse por el titular, se requiere que previamente, como un acto prejudicial, el Gobierno haya hecho uso de la facultad y haya cumplido con el deber de declarar la caducidad del contrato en vista del incumplimiento del contratista de acuerdo con lo estipulado en la respectiva cláusula.

2. De los argumentos expuestos y de las doctrinas de la Corte transcritas, se deduce que en este proceso se ha incurrido en la falta de demanda en forma, porque el Gobierno ha escogido "una vía procesal inadecuada legalmente", pues en lugar de ejercitar en juicio ordinario, ante la Corte, la acción de resolución del contrato, ha debido declarar la caducidad de él con fundamento en lo pactado expresamente en el respectivo documento; en otras palabras, pretende sustituir un acto administrativo por uno jurisdiccional, sin perjuicio, según la demanda, de hacer uso de aquél con posterioridad a la sentencia.

En sentencia de fecha 19 de agosto de 1954, la Sala de Casación Civil de la Corte, después de enunciar, con fundamento en los artículos 205, 209, 222 y 737 del Código Judicial, cuáles son los defectos que generan la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, agrega:

"Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho, o el de una demanda en que se han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente. La jurisprudencia nacional en casos como éstos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma). Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino uno de tanta gravedad como en los casos citados por vía de ejemplo" (*Gaceta Judicial*, Tomo LXXVIII, Pág. 349).

En consecuencia, la Corte se abstiene de proferir sentencia de fondo por falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintitrés de julio de 1964.

(Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña).

Cumplida la formalidad prevista en el artículo 171 del C. J., el Procurador 2º Delegado en lo Civil demandó al capitán Miguel Germán Carriazo, para que, en la sentencia definitiva del juicio ordinario de única instancia, se hicieran las declaraciones y condenas que se copian textualmente:

"Primera. Se declare que el señor Capitán (r.) M. Germán Carriazo ha incumplido por su parte el contrato administrativo señalado con el número E-013 celebrado en esta ciudad de Bogotá el día 2 de julio de 1959 entre la Nación, Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos, representado dicho Departamento por el respectivo Jefe, llamado en el contrato El Departamento y el demandado Capitán (r.) M. Germán Carriazo por la otra parte, llamado en el contrato El Contratista, contrato en el cual éste se obligó para con el Departamento a elaborar un estudio sobre el transporte marítimo y fluvial del Departamento del Chocó en los términos que reza el documento respectivo.

"Segunda. Que como consecuencia de ese incumplimiento por parte del Contratista Capitán (r.) M. Germán Carriazo, está resuelto el contrato número E-013 de que se habla en la petición anterior.

"Tercera. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, sin perjuicio de la facultad del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos de declaración de la caducidad administrativa del contrato, por intermedio del Ministerio de Gobierno y previa solicitud a éste, prevista en la cláusula *Undécima* de dicho contrato, y de la imposición de multas por el incumplimiento por parte del Contratista Capitán (r.) M. Germán Carriazo, directamente, prevista en la cláusula *Decimasegunda* del mismo contrato, se condena al Contratista mencionado a indemnizar a la Nación —Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos— de todos los perjuicios originados en el incumplimiento por parte suya del contrato en la cuantía que se establezca en el curso del juicio, o por la que se regule posteriormente a la senten-

cia condenatoria mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

"Cuarta. Que como consecuencia de la declaración de estar resuelto el contrato E-013 de que se habla en las peticiones anteriores, con causa en el incumplimiento por parte del Contratista Capitán (r.) M. Germán Carrizo, éste está obligado a restituir a favor de la Nación, consignándolos en la Tesorería General de la República o en donde se indicare en el fallo condenatorio, por conducto del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos o de la entidad pública autorizada para recibirlos, los siguientes valores en efectivo: a) Cuatro mil pesos (4.000.00) moneda legal que recibió como primer contado del precio fijado en la cláusula *Quinta* del contrato a buena cuenta de la remuneración por su trabajo; b) Lo que hubiera percibido dicho Contratista de la Nación —Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos— con causa en dicho contrato; c) El valor que se estableciere en el curso del juicio o posteriormente mediante la regulación señalada en el artículo 553 del Código Judicial, por los perjuicios que se deduzcan en el curso de dicho juicio ocasionados por el incumplimiento del contrato por parte del demandado.

"Reintegración y pago de las sumas respectivas que deberá hacer dentro del plazo que se le señale por la Corte en la sentencia.

"Quinta. Que debe el demandado pagar las costas del juicio si se opone". (Fls. 18, 19 y 20 C. Nº 19).

Los hechos en los cuales funda las acciones el Procurador Delegado, pueden resumirse así:

En el primero alude al contrato administrativo celebrado por el Presidente de la República, representado por el Jefe del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos, con el capitán Miguel Germán Carrizo, contenido en el documento de fecha 2 de julio de 1959 y distinguidos mediante el número E-013, con el fin de que el citado contratista elaborara "un estudio sobre el transporte marítimo y fluvial del Departamento del Chocó", dentro del plazo de tres meses a contar de la fecha del perfeccionamiento del contrato, cuyo programa o desarrollo se estipuló en la cláusula tercera, así como en las demás se precisaron las obligaciones de las partes, en cuanto a precio, multas, caducidad, resolución mediante manifestación de cualquiera de las partes y demás estipulaciones mencionadas en este hecho del libelo;

En el segundo, el Procurador afirma que, según lo pactado, el plazo comenzó a correr el 25 de julio de 1959; en el 3º que el contrato fue debidamente "legalizado", como aparece del ejemplar que adjunta a la demanda; según el cuarto, el contratista dejó vencer el plazo "sin cumplir las obligaciones contraídas", pues, "no hizo en debida forma los estudios a que se comprometió, ni presentó por consiguiente el informe escrito a satisfacción del Coordinador General de la Comisión de Estudios del Plan Decenal".

El funcionario demandante, como fundamento de derecho, invocó estas disposiciones: artículos 1494 a 1501, 1502, 1504, 1517, 1524, 1551, 1592 a 1601, 1602 a 1604, 1608, 1609, 1610, 1613 a 1615, 1617 del C. C.; Ley 7ª de 1958; Decretos 034, 0244 de 1959; 0239 del mismo año; Ley 63 de 1923; C. Nal Art. 120.

135; C. J. Art. 165 e indicó que el procedimiento está señalado en el Libro 2º, Tomo XVIII, Capítulos 1º y 2º.

Expresó que la competencia corresponde a esta Sala según el artículo 40 del C. J. y terminó con la enumeración de los documentos acompañados a la demanda.

El apoderado del capitán Carriazo contestó la demanda para oponerse a que se hicieran las declaraciones y condenas impetradas por el agente del Ministerio Público; y en cuanto a los hechos, aceptó el primero ya que solamente enumera o se refiere a las estipulaciones contenidas en el documento, como lo mismo sucede respecto de los demás, si bien, admitido el cuarto, agrega: "Fue precisamente el Departamento Administrativo de Planeación quien no dio cumplimiento a sus obligaciones contractuales".

Alegó "las excepciones de contrato no cumplido, fuerza mayor y cualquiera otra que resulte probada dentro del juicio".

El mismo apoderado contrademandó al Estado, para que en la sentencia se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que la Nación Colombiana es responsable por el incumplimiento del contrato E-013 de fecha 2 de julio de 1959 celebrado por el Jefe del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos por una parte, y el Capitán (r.) Miguel Germán Carriazo por la otra, contrato que es el mismo a que se refiere la demanda principal.

"Segunda. Que la Nación está en mora, y debe pagar a mi mandante dentro del término que se señale en la sentencia, la cantidad de seis mil pesos ($ 6.000.00) M/Cte. por concepto de los trabajos realizados por aquél en desarrollo del mencionado contrato.

"Tercera. Que la Nación debe pagar a mi mandante, conjuntamente con la suma principal, los intereses legales sobre dichos seis mil pesos hasta el día en que se verifique el pago.

"Cuarta. Que, además, la Nación debe pagar a mi mandante los perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato en la cuantía que se establezca en el curso del juicio o mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial".

En los hechos distinguidos con las letras A, B, y C, se refiere a la cláusula quinta del contrato, en la cual se pactó la suma de diez mil pesos como remuneración por los trabajos que debía ejecutar el contratista y a pagarlos en tres contados, de los cuales solamente pagó el primero de cuatro mil pesos.

Los demás hechos dicen textualmente:

"D. La mora en el pago del primer contado y el no pago de los contados posteriores a que se había obligado la Nación por conducto del Departamento Administrativo de Planeación ocasionó graves perjuicios a mi mandante, no obstante lo cual hizo cuantos esfuerzos estuvieron a su alcance para dar cumplimiento a las obligaciones que contrajo;

"C. En la cláusula Sexta del contrato aludido se estableció que el Departamento Administrativo solicitaría la colaboración de la Armada Nacional para "que facilite los medios de transporte que necesitare el contratista para el cumplimiento de sus obligaciones. Si por fuerza mayor la Armada no prestare la colaboración de que trata la presente cláusula, el contratista quedará exento de las obligaciones enumeradas en la cláusula Tercera de este contrato".

"D. La Armada Nacional suministró al Capitán Carriazo un buque para realizar los trabajos que le fueron encomendados, el día 17 de enero de 1960, es decir en forma completamente extemporánea, y cuando ya el contratista estaba en imposibilidad física de rendir el informe correspondiente dentro del término estipulado;

"E. No obstante lo anterior, el Capitán Carriazo realizó los trabajos encomendados hasta donde lo hizo posible la colaboración del buque suministrado por la Armada, y rindió el informe el día 22 de junio de 1960;

"F. Para la realización de los trabajos que le fueron encomendados, el Capitán Carriazo hizo gastos superiores a la suma de dinero recibida como primer contado y empleó varios días en el reconocimiento de las zonas objeto del estudio y en la elaboración del informe;

"G. Además de los trabajos objeto del contrato, el Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos solicitó y obtuvo del Capitán Carriazo un estudio sobre las especificaciones correspondientes a la licitación abierta por la Secretaría de Obras Públicas del Departamento del Chocó con el fin de adquirir un barco para la costa del Pacífico".

Como disposiciones legales citó los mismos artículos del Código Civil invocados por el Procurador Delegado, quien contestó la demanda de reconvención oponiéndose a que se hicieran las declaraciones suplicadas.

En relación con los hechos sobre el distinguido con la letra A que se atiene al texto íntegro del documento; respecto del B está de acuerdo en cuanto a que el contratista recibió el primer contado de cuatro mil pesos, "pero no es verdad —dice— que hubiera recibido tal suma 'muy posteriormente' a la fecha previamente convenida..."

Sobre el C, en relación con las posteriores cuotas, afirma el Procurador Delegado que la Nación no tenía obligación de cancelarlas, pues el contratista "no cumplió por su parte con sus obligaciones contractuales..."

Niega la mora imputada al Estado en la contrademanda, porque la cancelación de las posteriores cuotas estaba condicionada al cumplimiento de las respectivas obligaciones del contratista.

En lo atañedero a los hechos C y D manifiesta que se atiene "a lo que se pruebe y a lo que reza el contrato".

Niega los hechos distinguidos con los apartes E, F y G.

Recibida la causa a prueba, practicadas algunas de las pedidas dentro del término oportuno y cumplida en forma regular la tramitación del juicio,

ha llegado el momento de dictar sentencia con fundamento en las consideraciones que pasan a exponerse:

1º Cláusula de caducidad. El artículo 254 del C. C. A. dispone que "en todo contrato celebrado por la administración nacional, y que tenga por objeto la construcción de obras, la prestación de servicios o la explotación de un bien del Estado, deben prefijarse claramente los motivos que den lugar a la declaración administrativa de caducidad".

La misma disposición ordena en forma imperativa que, en todo contrato, necesariamente deben figurar como causales de caducidad la muerte del contratista, salvo estipulación en contrario, y la "incapacidad financiera del contratista".

El inciso 2º del artículo citado dispuso que las causales descritas operarían, "además de las que el Gobierno tenga por conveniente establecer en orden al exacto cumplimiento del contrato..."

El artículo 255 del mismo Código, también en forma imperativa, dispone que "la declaración de caducidad deberá proferirse por el Gobierno, por resolución motivada, en la cual se expresarán las causas que dan lugar a ella".

Como se ve, si el contratista incurre en una causal de caducidad prevista en el contrato, no procede promover un juicio ante la rama jurisdiccional, sino que el propio Gobierno debe hacer la declaración correspondiente, mediante resolución motivada, precisando las causas o motivos que la fundamentan.

Esta conclusión resulta evidente, si se tienen en cuenta las siguientes razones:

a) Las normas citadas no tienen la calidad de simplemente potestativas para el Gobierno, sino que son imperativas, pues el citado artículo 255 le ordena proferir o declarar la caducidad "por resolución motivada";

b) Si el Gobierno no hace uso de la facultad de hacer la declaración de caducidad, la respectiva cláusula resultaría inoperante por la voluntad unilateral de una de las partes, con evidente violación del artículo 256 ib. que se remite, en cuanto a las sanciones, y a "las prestaciones a que las partes quedan obligadas" a lo pactado en las respectivas cláusulas de caducidad.

c) Como el Gobierno debe hacer la declaración de caducidad mediante providencia motivada, si ocurre a la rama jurisdiccional en demanda de la declaración de resolución del contrato por incumplimiento, previsto como causal de caducidad, le arrebata o quita al contratista la oportunidad y el derecho de discutir con el propio Gobierno si ha ocurrido o no en las causales de caducidad, mediante los recursos legales que puede interponer contra la dicha providencia por la vía gubernativa;

d) Agotada la vía gubernativa o administrativa, nace para el contratista, no para el Gobierno, la acción para obtener la revisión o anulación de las correspondientes resoluciones por sentencia proferida por el juez competente.

e) Si es evidente que mediante sentencia de fecha 31 de agosto de 1943, la Corte en Sala Plena declaró inexequible el artículo 258 del C. C. A., por inter-

pretación del numeral 3º del artículo 148 de la C. Nal. ahora inexistente, no es menos manifiesto que solamente se refirió a la competencia privativa de la Corte que entonces consideró le correspondía frente al Consejo de Estado; pero no fue objeto del fallo la acción conferida al contratista para recurrir a la Sala de Negocios Generales de la Corte para obtener la revisión o anulación de la providencia administrativa sobre caducidad, la cual ha sido ejercitada por los interesados en varios procesos con posterioridad a la dicha sentencia de 31 de agosto de 1943, como se verá en las citas que se harán más adelante;

f) Por consiguiente, la iniciativa, vale decir, la acción la confirió el citado artículo 258 del C. C. A. al contratista; pero si la sentencia hubiese afectado también a esta parte de la disposición, significaría que deberían aplicarse los ordenamientos contenidos en la Ley 53 de 1909, en cuyo artículo 3º se lee: "Los interesados deben intentar las acciones civiles que para ellos emanen de las decisiones de que hablan los artículos anteriores, dentro del plazo de seis meses comunes, contados desde la ejecutoria de la respectiva decisión. Vencido este término, sin que los interesados hayan hecho reclamación alguna, se presumirá que han renunciado toda acción civil, y la Nación quedará libre de responsabilidad por perjuicios. El término será doble respecto de las personas enumeradas en el artículo 2530 del Código Civil.

"Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no comprende las resoluciones administrativas dictadas en asuntos entre particulares, los cuales podrán intentar las acciones civiles respectivas, conforme al derecho común".

g) El Gobierno al recurrir a la rama jurisdiccional (Corte o Consejo de Estado) en demanda de la declaración para que se declare resuelto el contrato por incumplimiento del contratista, pactado como causal de caducidad, no hace sino abstenerse de dictar una providencia administrativa que le compete privativamente, para desplazarla o conferirla a otra rama del Poder Público.

2º Doctrinas de la Corte sobre esta materia. En la sentencia de fecha 9 de diciembre de 1936, publicada en el Tomo XLIV de la *G. J.* (Pág. 789 y ss.), se lee:

"*La declaratoria de caducidad* en los contratos administrativos es una facultad indelegable del Gobierno que la hace valer como parte contratante y entidad de derecho público; la declaratoria de caducidad cancela el contrato, creando un verdadero estado de derecho. Desde el punto de vista del Derecho administrativo, ella surte los mismos efectos que la acción judicial de resolución del contrato de derecho común, pues por su fisonomía jurídica la caducidad en los contratos administrativos es equivalente a la condición resolutoria expresa de los civiles comunes, ya que en los primeros ella surge de la realización del hecho previsto en el contrato, y en los segundos, del cumplimiento de la condición".

Más adelante, en el mismo fallo, se dijo:

"Para la declaratoria administrativa de caducidad es indispensable un procedimiento, que debe realizar el funcionario público al saber que el contratista ha infringido cláusulas esenciales del contrato, caso en el cual debe recoger las pruebas y dar del expediente traslado al contratista; luego recibir las pruebas de descargo de éste, y por último dictar la resolución de caducidad, previo análisis lógico de todas las pruebas. Es claro que la facultad de declarar

caducados los contratos está sujeta a normas, pues las causales de caducidad deben ser únicamente las fijadas en el contrato y las que emanen de la ley, sin que puedan aplicarse otras por analogía.

"Como el civil, el contrato administrativo es una ley para las partes y obliga a todo lo establecido en él; pero por otros aspectos es distinto al civil, porque éste radica en la voluntad de las partes, mientras que en el administrativo, su espíritu se encuentra consignado en el servicio público. Es cierto que una vez realizado envuelve una norma convencional que debe respetarse, como lo exige la equidad, porque no por ser el Estado contratante dejan sus pactos de crear derechos perfectos para la otra parte. Pero el Estado puede, en virtud de la acción tutelar que ejerce para el mejor gobierno de los intereses que le están confiados, ejercer ciertas facultades, como la de declarar caducado el contrato, interpretarlo de acuerdo con las necesidades públicas".

Posteriormente, en la sentencia de 8 de noviembre de 1955, la Sala de Negocios Generales de la Corte, ratificó la anterior doctrina, insertándola en el dicho fallo, como puede verse en la página 946 del Tomo LXXXI de la *G. J.*

En el fallo de 24 de octubre de 1957, inserto en el Tomo LXXXVI de la *G. J.*, página 862, se dijo:

"Lo importante para la Sala es dejar establecido su criterio —con las consecuencias que adelante se verán— de que en un contrato de la naturaleza del que se estudia, si por un lado se consigna la cláusula compromisoria y por el otro se establece el derecho de la Nación a decretar la caducidad administrativa, como aparece del contrato materia de la litis, tales cláusulas no son conciliables entre sí, si se basan en las mismas causales; porque es obvio que la caducidad quedaría de suyo excluida por la obligación de someter las controversias a arbitramento, y esta cláusula además sería inoperante, porque el derecho de la Administración a decretar la caducidad en los contratos de ejecución de obras o de prestación de servicios públicos, más que una simple estipulación contractual, es una facultad legal indeclinable (artículo 254 C. C. A.); es de orden público y tiene por objeto impedir que se afecte una obra o un servicio, que son de interés público superior, por culpa del contratista, por su quiebra o por su fallecimiento. La cláusula de caducidad es pues obligatoria para el Gobierno, quien no puede sustituirla por una decisión arbitral, ni renunciar a ella en ninguna forma, porque tal renuncia sería ineficaz a más de ilegal".

3º Las estipulaciones del contrato. Desde luego, no puede remitirse a duda que el contrato celebrado por el Departamento Administrativo de Planeación con el demandado tiene el carácter de administrativo, por su contenido y por la finalidad perseguida con el estudio encomendado al capitán Carriazo; de ahí que expresamente se estipularan no sólo las causales de caducidad previstas en el artículo 254 del C. C. A., sino también "por incumplimiento en materia grave de alguna o de algunas de las obligaciones que adquiere por este contrato", como se dijo en la cláusula undécima, en la cual, además, se estipuló: "En el caso de terminación del contrato por cualquiera de las causas anteriormente enumeradas, el *Contratista* queda obligado a devolver inmediatamente al *Departamento*, las sumas de dinero que se le hubieren entregado, en cuanto no están representadas por trabajos realizados y que sean utilizables a juicio del Coordinador General de la Comisión de Estudios del Plan Decenal para el Fomento del Departamento del Chocó. La caducidad solamente podrá ser decretada por

el Ministerio de Gobierno mediante resolución motivada y *el Contratista* tendrá expeditos los recursos legales, tanto por la vía gubernativa como por la contencioso-administrativa. En caso de caducidad, *el Departamento* quedará exento de toda otra obligación proveniente del presente contrato".

Así, pues, dada la expresa estipulación y la modalidad del contrato, si a juicio del Gobierno el contratista faltó al cumplimiento de las obligaciones estipuladas o lo hizo en forma deficiente o inaceptable, le correspondía dictar la resolución motivada de caducidad, para que luego, agotada la vía gubernativa, pudiera el contratista ejercitar la acción que le confiere el artículo 258 del C. C. A. o el artículo 3º de la Ley 53 de 1909, en caso de que estimara injusta o ilegal la decisión del Ministerio de Gobierno.

4º Pretensiones incompatibles. Aun cuando lo expuesto es suficiente para que la Sala se abstenga de dictar sentencia de fondo o de mérito, no sobra añadir que en la demanda el Procurador 2º Delegado, a la vez que suplica la declaración de resolución o terminación del contrato por incumplimiento del contratista, deja a salvo la facultad del Gobierno para declarar la caducidad, según textuales palabras "...sin perjuicio de la facultad del Departamento Administrativo de Planeación y Servicios Técnicos de declaración de la caducidad administrativa del contrato, por intermedio del Ministerio de Gobierno y previa solicitud a éste, prevista en la cláusula Undécima de dicho contrato, y de la imposición de multas por el incumplimiento por parte del Contratista Capitán (r.) M. Germán Carrizo, directamente, prevista en la cláusula Décimasegunda del mismo contrato..." (Fls. 19 C. Nº 19).

Si con la anterior reserva se reconoce, por una parte, que el Gobierno no puede renunciar a la facultad de declarar la caducidad administrativa del contrato, por otra, se pone de manifiesto la incompatibilidad con el actual ejercicio de la acción resolutoria, que no puede coexistir con aquella reserva, pues, si se admitiera, sería tanto como aceptar la posibilidad de que el Gobierno revisara posteriormente la sentencia de la Corte en todas las declaraciones, condenas o absoluciones que no estuvieren de acuerdo con sus puntos de vista.

Por consiguiente, para que la correspondiente acción judicial pueda ejercitarse por el titular, se requiere que, previamente, como un acto prejudicial, el Gobierno haya hecho uso de la facultad y haya cumplido con el deber de declarar la caducidad del contrato en vista del incumplimiento del contratista de acuerdo con lo estipulado en la respectiva cláusula.

5º Falta de demanda en forma. De los argumentos expuestos antes y de las doctrinas de la Corte ya transcritas, se deduce que en este proceso se ha incurrido en la falta de demanda en forma, porque el Gobierno ha escogido "una vía procesal inadecuada legalmente", pues, en lugar de ejercitar en juicio ordinario, ante la Corte, la acción de resolución del contrato, ha debido declarar la caducidad de él con fundamento en lo pactado expresamente en el respectivo documento; en otras palabras, pretende sustituir un acto administrativo por uno jurisdiccional, sin perjuicio, según la demanda, de hacer uso de aquél con posterioridad a la sentencia.

En la sentencia de fecha 19 de agosto de 1954, la Sala de Casación Civil de la Corte, después de enunciar, con fundamento en los artículos 205, 209, 222 y 737 del C. J. cuáles son los defectos que generan la falta del presupuesto procesal de demanda en forma, agrega:

"Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho, o el de una demanda en que se han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente.

"La jurisprudencia nacional en casos como estos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma).

"Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino uno de tanta gravedad como en los casos citados por vía de ejemplo". (*G. J.* Tomo LXXVIII, Pág. 349).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, se abstiene de proferir sentencia de fondo por falta del presupuesto procesal de demanda en forma.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y previas las cancelaciones correspondientes, archívese el expediente.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García, Secretario.



RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

Presunción de culpa cuando el daño se origina en actividades peligrosas. — Fundamento de la presunción según la teoría de la responsabilidad directa.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de las Salas de Casación Civil y Negocios Generales de la Corte, las entidades de derecho público son responsables, en principio, de los daños que causen a consecuencia de descuidos, imprudencias u omisiones en la prestación de los servicios públicos, daños que cuando provengan de actividades que de suyo se reputan peligrosas, hacen presumir la responsabilidad de la empresa que presta el servicio. En tal evento, por construcción doctrinaria que se apoya en el artículo 2356 del Código Civil, le basta a la víctima demostrar los hechos que determinan el ejercicio de esa actividad y el perjuicio sufrido, y será el demandado quien para exonerarse de responsabilidad deberá probar que el accidente o siniestro ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima o por fuerza mayor o caso fortuito, o por intervención de un elemento extraño. No sobra advertir que las mencionadas Salas de la Corte en sendas sentencias de 30 de junio de 1962, en lo que atañe a responsabilidad del Estado, acogen la tesis de las fallas del servicio público o culpa de la Administración, tesis que en dichos fallos se expone con todo detenimiento en cuanto a sus características, una de las cuales es la de que "se presume la culpa de las personas jurídicas, no por las obligaciones de elegir y contratar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, julio veintitrés de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Zambrano).

Por medio de mandatario judicial y en libelo instaurado ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Herminio Berardinelly demandó a la Nación a fin de que, previos los trámites de un juicio ordinario, se hagan las siguientes declaraciones:

"1ª Que se condene a la Nación representada ante el H. Tribunal por el señor Fiscal en su carácter de Agente del Ministerio Público en Santa Marta, a pagar al señor Herminio Antonio Berardinelly Polanco, en su calidad de propietario y poseedor material de la finca El Ejemplo, incendiada el día 11 de

diciembre de 1958 en el paraje de El Tabaco, Municipio de Barrancas, Intendencia de La Goajira por culpa de dos empleados del Ministerio de Agricultura y Ganadería, al servicio de la Zona Agropecuaria de La Goajira, en la campaña Anti-aftosa, el valor de las indemnizaciones materiales y morales a que hubiere lugar y que llegaren a establecerse en el curso de este juicio ordinario, o a condenar en abstracto a la Nación para fijar después el importe de las indemnizaciones a que tiene derecho.

"2ª Las indemnizaciones deberán comprender tanto el daño emergente como el lucro cesante y todo lo demás que a juicio del Tribunal deba ser condenada la Nación, lo mismo que a los perjuicios morales respectivos".

Los hechos que sustentan la demanda hacen relación, en primer término, a la propiedad de Berardinelly del inmueble denominado El Ejemplo ubicado en el paraje de El Tabaco del Municipio de Barrancas, antes Departamento del Magdalena y hoy Intendencia de la Goajira, con una extensión superficiaria de 200 hectáreas, el cual le fue adjudicado por el Gobierno Nacional, a título de cultivador y ganadero, mediante Resolución del Ministerio de Agricultura y Ganadería número 308 de 27 de septiembre de 1954, por los siguientes linderos:

"Sur, con tierras del señor Simón Carrillo Peláez; Este, tierras del señor Rafael Carrillo Peláez, camino de Albania en medio, y Oeste, con finca de Maximiliano Ustate, linderos que en la respectiva Resolución ministerial aparecen así: Norte, desde el sitio llamado Curalito, y siguiendo las sinuosidades del río Ranchería, hasta el sitio de Los Mangos, mil seiscientos metros (1.600) lineales; Sur, partiendo de la colindancia del señor Simón Carrillo, hasta un punto en la línea recta de Los Mangos, mil seiscientos metros (1.600) lineales; Este, partiendo desde la margen derecha del río Ranchería, en el sitio de Los Mangos, en línea recta con el mismo lugar, mil doscientos metros lineales (1.200), y Oeste, partiendo del sitio Curalito y colindancia con el señor Simón Carrillo, mil doscientos (1.200) metros lineales".

Berardinelly ensanchó la primitiva adjudicación con mejoras agropecuarias que cubren un ámbito territorial de 700 hectáreas, deslindado así: "Este, con predio de Rafael Carrillo Peláez; Oeste, con tierras de Porfecto Ustate; Sur, con terrenos de Vicente Carrillo; y Norte, tierras baldías".

Agrega el demandante (hecho quinto): "Hallándose en plena explotación de la finca El Ejemplo, el día 11 de diciembre de 1958 los señores Humberto Rafael de Armas y Segundo Amaya, a eso de las diez (10) de la mañana, sin entenderse con persona alguna de la finca y sin dar aviso previo por ningún conducto, ignorante completamente su propietario y poseedor señor Berardinelly, se dieron a la tarea de recorrerla en busca de árboles de cuevas de murciélagos, y al encontrar uno o unos de esos árboles dispusieron prenderle fuego, sin tomar ninguna clase de precauciones, ocasionándose por esa imprudencia el incendio que se extendió por toda la finca, pues se repite no hubo el mínimo cuidado de tomar precauciones que son necesarias e indispensables en esta clase de campañas, debido a las inmensas proporciones del incendio".

El incendio así producido, al propagarse, destruyó los pastos de la finca "en gran parte o en su casi totalidad y muchas de las 400 cabezas de ganado que allí pacían murieron a consecuencia de las quemaduras y las restantes tuvieron que sufrir los rigores del hambre por desaparición de los pastizales.

"El actor Berardinelly hizo practicar una diligencia de inspección ocular extra juicio en el lugar de los hechos para establecer previamente los perjuicios sufridos, las pérdidas ocurridas, el estado en que quedó la finca después del siniestro, el origen y causas del incendio y el tiempo indispensable para poner la finca de El Ejemplo en condiciones de explotación económica en los renglones de agricultura y ganadería en idénticas circunstancias a la que venía operándose en dicha hacienda cuando ocurrió el grave percance del incendio, siendo únicamente responsables los dos empleados al servicio de la Nación".

El damnificado no ha recibido indemnización alguna por parte de la Nación, causante de dichos perjuicios materiales y morales.

Contestada la demanda por el Fiscal del Tribunal Superior de Santa Marta, quien se opuso a las declaraciones suplicadas por no constarle los hechos y negó el derecho en que se apoya, finalizó el juicio, agotado el trámite pertinente, por sentencia del siguiente tenor, en su parte resolutiva: "Absuélvese a la Nación como civilmente responsable de los cargos que le formula Herminio Berardinelly, por hecho culposo de agentes o dependientes suyos. Con costas en esta instancia".

El fallo fue recurrido en apelación por el apoderado de la parte actora y en la Corte el negocio ha recibido la tramitación que le es propia, advirtiéndose que durante esta segunda instancia se ordenó el recibimiento de algunas pruebas que habían dejado de practicarse en la primera.

PARA RESOLVER LA ALZADA, SE CONSIDERA

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil, al alegar de conclusión, conceptúa que en este negocio se halla demostrada la calidad de empleados de la Nación respecto de Humberto Rafael de Armas y Segundo Amaya, cuya actuación se indica como generadora del daño reclamado, y que, por lo tanto, la sentencia absolutoria recurrida no puede sostenerse con apoyo en la falta de ese vehículo de dependencia en que la funda el fallador de primer grado.

Pero agrega que el fallo debe confirmarse por motivos distintos, a saber: porque el actor, que sólo ha acreditado ser dueño y propietario de la hacienda de El Ejemplo, con capacidad superficiaria de 198 hectáreas, intenta reclamación indemnizatoria por daños ocasionados en un predio de 700 hectáreas, por lo cual, "en el presente juicio, la exageración en cuanto a pretender comprobar que se sufrieron por parte del señor Berardinelly perjuicios en magnitud que se sale de toda lógica y realidad, dados los términos que enmarcan la realidad física y topográfica del inmueble cuyos potreros se afirma fueron incendiados por imprudencia, en lugar de establecer la veracidad plena de las afirmaciones de los hechos —causa petendi—, deja flotando una duda espesa que impide ver claramente la verdad de lo ocurrido y de los daños realmente ocasionados. Luego, el daño no está plena y debidamente establecido. La duda al respecto favorece a la Nación como demandada".

El Tribunal, en el pronunciamiento ya citado, encuentra probados los hechos y circunstancias en que se produjo el incendio de el predio denominado El Ejemplo, cuando Amaya y De Armas llevaban a cabo en esa región la quema de nidos de murciélagos en la campaña de destrucción de esos animales ordenada por el Gobierno Nacional; pero no halla establecido el carácter oficial de empleados de la entidad de derecho público demandada respecto de tales

personas, por lo cual no puede deducirse a la Nación responsabilidad por el hecho culposo de otros, al no demostrarse que entre los autores del daño y el responsable indirecto existe una relación en virtud de la cual aquéllos están al servicio de éste.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia de las Salas de Casación Civil y de Negocios Generales de la Corte, las entidades de derecho público son responsables, en principio, de los daños que causen a consecuencia de descuidos, imprudencias u omisiones en la prestación de los servicios públicos, daños que cuando provengan de actividades que de suyo se reputan peligrosas, como en el caso sub-judice, hacen presumir la culpabilidad de la empresa que presta el servicio. En tal evento, por construcción doctrinaria que se apoya en el artículo 2356 del Código Civil, le basta a la víctima demostrar los hechos que determinan el ejercicio de esa actividad y el perjuicio sufrido, y será el demandado, quien para exonerarse de responsabilidad, deberá probar que el accidente o siniestro ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, o por fuerza mayor o caso fortuito, o por intervención de un elemento extraño. No sobra advertir a este respecto, que las mencionadas Salas de la Corte, en sentencias de 30 de junio de 1962, en lo que atañe a responsabilidad del Estado, acogen la tesis de las fallas del servicio público o culpa de la administración, tesis que en dichos fallos se expone con todo detenimiento en cuanto a sus características, una de las cuales es la de que "se presume la culpa de las personas jurídicas, no por las obligaciones de elegir y contratar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones, no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos".

En el libelo de demanda se afirma que los daños causados a Berardinelly se ocasionaron por un incendio, y que éste se produjo por la quema de unos nidos de vampiros que, al hacerse sin las debidas precauciones, por empleados del Ministerio de Agricultura y Ganadería, determinó la propagación del fuego a los pastizales de la finca del actor.

Para comprobar esta causa generadora del perjuicio y el daño mismo, se trajeron al proceso, entre otras, las declaraciones de los siguientes testigos, quienes sobre este punto deponen en la forma que pasa a indicarse:

Rafael Carrillo Peláez: "Sí es cierto y me consta, por haberlo presenciado que el día once de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, en las horas de la mañana..., los señores Humberto Rafael de Armas y Segundo Amaya, sin llamar a persona alguna y sin dar aviso previo, andaban quemando nidos de murciélagos, sin tomar las precauciones de rigor en estos casos, lo que ocasionó el fuego o incendio, que quemó el pasto y la puntalería de la finca de El Ejemplo y mató una ternera que pastaba dentro de los potreros junto con otras reses. Todo ésto me consta, porque mi residencia del caserío de El Tabaco, en donde yo me encontraba, está bastante cerca del lugar en donde se produjeron los hechos que se relacionan con el incendio de que se viene hablando... Se hizo todo el esfuerzo necesario para apagar el incendio, labor que me tocó a mí personalmente ayudar, a fin de evitar los daños que siempre se alcanzaron a ocasionar".

Audencio Arragoces: "Sí es cierto y me consta, que en la mañana del día once de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho, la finca de El Ejemplo

se hallaba en plena explotación económica, cuando fue incendiada. Sé que fueron dos sujetos empleados en la campaña contra el murciélago, los autores del incendio, de los cuales uno se llama Segundo Amaya y el otro, a quien conozco de cara, supe después, que responde al nombre de Humberto Rafael de Armas; ellos andaban en aquellos días quemando nidos de murciélagos y quemaron unos árboles secos en el terreno de la finca de El Ejemplo, sin llenar los requisitos que se usan para estos casos, es decir, avisar a los dueños o empleados de los dueños donde habían de hacer aquellos trabajos de destrucción de murciélagos... Si sé y me consta, porque a mí me tocó ayudar a todas las labores de apagar el incendio, sacar el ganado de los lugares de peligro y demás, que inútilmente se hizo todo el esfuerzo necesario para salvar la finca y evitar los daños, que sin poder evitarlos se produjeron".

De la diligencia de inspección ocular y del dictamen pericial rendido con ocasión de la misma, pruebas practicadas dentro del juicio, se desprende lo siguiente: a) Los linderos de la finca El Ejemplo, reconocidos durante la vista de ojos y transcritos en el acta correspondiente, son los mismos que aparecen en la Resolución Nº 308 de 27 de septiembre de 1954, por medio de la cual se expidió a Berardinelly título de adjudicación por el Ministerio de Agricultura y Ganadería de dicho inmueble; b) La parte de la finca afectada por el incendio es precisamente la comprendida dentro de dicha alinadación, finca que tiene una extensión aproximada de 200 hectáreas; c) También fue afectada por el incendio una porción de tierra colindante del anterior lote, en que tuvo establecidas mejoras Simón Carrillo; d) Existen en el inmueble dos edificaciones destinadas, respectivamente, para habitación y fabricación de quesos, como también corrales para bañar ganados y otros elementos necesarios para la explotación agrícola y pecuaria de la finca; e) Se encuentran en las cercas que ya han sido reconstruidas, postes de madera y alambres quemados. "En las partes donde existieron pastos, han crecido montes que están en estado de rastrojos, y en otras partes los pastos están levantando ahora, porque se les regó semilla, aprovechando la entrada de las lluvias. En la actualidad no hay ganado apacentado en la finca, por falta de pastos. Hay unas puntas que quedaron sin quemarse, y por esta circunstancia tienen pastos en buen estado, pero por estar la mayoría del terreno inutilizado temporalmente para la ganadería, no se utilizan esas pequeñas porciones en donde quedaron pastos sin quemarse".

Con la copia de la escritura pública número 131 de 2 de noviembre de 1954, otorgada ante el Notario del Circuito de Barrancas, y debidamente registrada, que contiene la protocolización de la Resolución 308 de 27 de septiembre del mismo año, mediante la cual el Ministerio de Agricultura y Ganadería adjudicó definitivamente a Herminio Berardinelly, a título de agricultor y ganadero, el terreno baldío denominado El Ejemplo, por los linderos, extensión y ubicación allí señalados, ha comprobado el actor ser dueño de dicho inmueble, ya que completó esa prueba con el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Riohacha, del que resulta que Berardinelly es actual poseedor inscrito de la finca en cuestión, inscripción que no ha sido cancelada por ninguno de los medios legales.

Con la copia de las Resoluciones números 002 y 003 de 24 de marzo y 7 de abril de 1958, expedidas por el Secretario General del Ministerio de Agricultura, y con la diligencia de inspección ocular practicada a los libros de ese Ministerio en la zona agropecuaria de Riohacha por comisión de la Corte, se establece que Rafael de Armas y Segundo Amaya, habían sido designados por

aquella dependencia ministerial para desempeñar las funciones de cazadores de vampiros, zorros y demás animales transmisores de rabia, cargo que desempeñaban el día de la ocurrencia del incendio en la zona de La Goajira.

De los elementos de convicción antes transcritos, resulta, en síntesis:

Los testimonios aportados al juicio y citados en primer término —en los cuales exponen los declarantes las razones del conocimiento personal de los hechos y las circunstancias de lugar, tiempo y modo como ocurrieron— atribuyen el origen del incendio causante de los daños reclamados a la actividad peligrosa que en la época de su ocurrencia llevaban a cabo dos empleados de la Nación. Y como tales testimonios se refieren, además, a acaecimientos externos perceptibles por cualquier persona normal y reúnen los requisitos señalados por el artículo 697 del C. Judicial, debe aceptarse su eficacia probatoria a este particular.

De otra parte, la diligencia de inspección ocular y el dictamen de peritos precitados, acreditan la existencia del daño irrogado al actor, por razón del presunto acto culposo causante del incendio de los pastizales de su finca, pero no establecen el perjuicio material en concreto, sino en abstracto. A las anotadas pruebas de inspección ocular y de peritos, debe otorgárseles el crédito probatorio que les confieren los artículos 730, 722 y 723 del Código de Procedimiento Civil para demostrar este extremo de la acción, ya por razón de los hechos verificados directamente por quienes practicaron esa vista de ojos o por las fundadas deducciones de la peritación sobre hechos que caen bajo los sentidos externos.

Que el acto dañoso u omisión se produjo por el hecho de determinados agentes de la Nación, a cuyo servicio se encontraban el día del siniestro, aparece acreditado de autos con las certificaciones de que se hizo oportuna relación, pues emanan de funcionarios que ejercen cargos de autoridad pública en ejercicio de sus funciones (Arts. 632 del C. J.).

El artículo 2342 del Código Civil prescribe quienes puedan pedir la indemnización por el daño causado por otro en las cosas, y de acuerdo con dicha norma en virtud de la cual corresponde al actor fijar claramente su posición jurídica en juicio, como el actual, así procedió aquél mediante la indicación de que es propietario del inmueble afectado por el incendio, conocido con el nombre de El Ejemplo, y, además, poseedor de mejoras agrícolas, plantadas en terrenos aledaños a ese inmueble.

En cuanto a la primera pretensión indemnizatoria, acreditó el demandante con los documentos públicos antes referidos (escritura pública Nº 131 de 2 de noviembre de 1954 y Resolución del Ministerio de Agricultura Nº 303 de 27 de septiembre del mismo año, completados con el certificado del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados), ser propietario actual de dicho bien raíz, el cual durante la práctica de la diligencia de inspección ocular prementionada se reconoció por sus linderos y se estableció haber quedado temporalmente inutilizado para su aprovechamiento pecuario por la destrucción de los pastizales que causó el incendio. En tal Resolución ministerial se expresa que se adjudica definitivamente a Berardinelly, a título de cultivador y ganadero, el terreno baldío denominado El Ejemplo, en una extensión aproximada de 198 hectáreas, por los linderos allí individualizados y que son los mismos a que se refiere el hecho primero de la demanda, adjudicación que se le otorga por haber comprobado las cuestiones de hecho que dan nacimiento al derecho,

como haber explotado económicamente con pastos naturales y artificiales, y ocupación de ganados, durante diez años, más de la mitad de dicho inmueble.

En cambio, no ha acreditado el actor durante la secuela del juicio, ser poseedor de las mejoras agrícolas mencionadas en otro de los fundamentos fácticos del libelo de demanda, y en relación con las cuales también pide la reparación del daño en ellas causado por el memorado incendio.

En efecto, de la prueba testimonial aducida al respecto, o sea, de las declaraciones de Rafael Carrillo, Arragocés, y otros, sólo aparece, en términos generales, que el actor Berardinelly ha venido ensanchando la explotación económica de las tierras conocidas con el nombre de El Ejemplo, desde el año de 1948 hasta el día en que se produjo el incendio, "pero sin haber variado los linderos de esas mismas tierras que le adjudicó el Ministerio de Agricultura y Ganadería, según la respectiva Resolución" (se refieren los deponentes a la número 308 de 1954, antes analizada). Como es obvio, esos testimonios sólo confirman la existencia de mejoras en el predio adjudicado al actor, a título de colono, pero no otras porciones de terreno.

En relación con la diligencia de inspección ocular, practicada extrajuicio por el Juez Promiscuo de Barrancas el 16 de enero de 1959, a la cual únicamente debe concedérsele el valor de una presunción más o menos grave, conforme al artículo 732 del C. Judicial, debe observarse que en el acta de la misma, nada se afirma con certeza, sobre la posesión de mejoras, por parte del actor en el predio, objeto de esa visita judicial, cuya extensión se fija en 700 hectáreas, y que los peritos que en ella intervinieron, limitan su concepto al justiprecio de los perjuicios ocasionados por el incendio en toda esa extensión territorial, sin indicación concreta de dueños o poseedores. De lo expuesto se deduce que el demandante no llegó a comprobar, como era su deber procesal, la existencia de daños causados por este aspecto.

Como de los elementos probatorios legalmente aportados al juicio, no aparecen demostrados los demás perjuicios que se reclaman, ni dan siquiera base para hacer una condena en abstracto, procede la declaración indemnizatoria pedida al particular.

De todo lo dicho, debe concluirse que estando comprobado el daño en la propiedad del querellante a que se refiere el hecho primero de la demanda, pero no determinado el quantum de ese perjuicio material, la liquidación correspondiente, debe hacerse en incidente separado, por el trámite indicado en el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta que ese perjuicio se concreta al valor en que se estime legalmente la falta temporal de aprovechamiento de los pastos que existían en la época del suceso en el mencionado predio de El Ejemplo, consumidos por el incendio, o sea, el valor que corresponde a la no utilización de esos pastizales para el fin a que estaban destinados en el tiempo comprendido entre el día de su destrucción, por la quema y el que determine su natural e inmediata reproducción.

En mérito de las razones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo apelado y en su lugar,

RESUELVE:

1º La Nación es civilmente responsable del daño material causado por agentes suyos, en los pastos de propiedad del demandante Herminio Antonio Berardinelly el día 11 de diciembre de 1958, existentes en aquella fecha en el predio denominado El Ejemplo, que se determina en el hecho primero de la demanda.

2º En consecuencia, se condena a la Nación a pagar al demandante, diez días después de ejecutoriada la providencia que fije su importe en una cantidad líquida, el valor de tales perjuicios.

Parágrafo. El monto de tales perjuicios se regulará en el incidente propio de la ejecución de este fallo (artículo 553 del C. J.) y de acuerdo con las bases señaladas en la parte motiva de la sentencia.

3º Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. SE CONFIRMA UNA SENTENCIA RELACIONADA CON LA EXPLOSION DE CALI

No hay necesidad de entrar a dilucidar si la explosión ocurrida en Cali el 7 de agosto de 1956, se debió, o no a culpa del Estado, pues es lo cierto, que éste asumió la responsabilidad de los perjuicios que dicha explosión produjo. — Basta considerar lo atinente a la realidad y cuantía de los daños, y a indagar si tienen su causa en la referida explosión.

No hay necesidad de entrar a dilucidar si la explosión ocurrida en Cali el 7 de agosto de 1956, se debió o no a culpa del Estado, pues es lo cierto, que éste asumió la responsabilidad de los perjuicios que dicha explosión produjo, al expedir el Congreso Nacional la Ley 179 de 1959, que centralizó en la "Fundación Ciudad de Cali", creada por los Decretos 133 y 170 de 1957, todo lo relacionado con las indemnizaciones a los damnificados cuyo patrimonio no pasara de cierto límite, y cuyo artículo 22 dice: "Todo damnificado que reciba indemnización de la Fundación Ciudad de Cali, se entiende que renuncia a toda acción contra el Estado por causa de perjuicios derivados de la explosión. Pero queda a salvo el derecho de quienes no quieran acogerse a las disposiciones de esta ley, para hacerlo valer ante la justicia ordinaria".

En consecuencia, bastará considerar lo atinente a la realidad y cuantía de los daños sufridos por los demandantes, y a si tienen su causa en la aludida explosión.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, 30 de julio de 1964.

(Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau).

Se decide la segunda instancia de los juicios acumulados promovidos contra la Nación por "Suárez & Valdivieso Ltda.", "Gonzalo Echeverri & Co. Ltda." y Nicanor Restrepo & Cc. Ltda.", sociedades todas domiciliadas en la ciudad de Cali, y que han efectuado a través del apoderado judicial, que constituyeron sus correspondientes representantes legales. Con relación al primer juicio, ocurrieron durante las dos instancias numerosas cesiones del crédito.

En las demandas se hace responsable a la Nación, de los perjuicios recibidos por dichas sociedades, como consecuencia de los destrozos causados a sus propiedades por la explosión de un cargamento de dinamita, ocurrida en la ciudad de Cali el 7 de agosto de 1956, cargamento de propiedad del Gobierno, y

que era transportado en varios camiones, por orden y bajo custodia de miembros del Ejército de la República. En los libelos se indican los perjuicios que recibió cada demandante, así como las cuantías de éstos.

La sentencia que puso fin a la primera instancia, fue proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y su parte resolutiva, es del siguiente tenor:

"Primero. El Estado Colombiano (República de Colombia), es responsable civilmente por su culpa, de los perjuicios que recibieron *"Suárez & Valdivieso Ltda."* (Relieves Farves) y *"Gonzalo Echeverri L. & Cía. Ltda."*, vecinos todos de Cali, con motivo de la explosión ocurrida el siete (7) de agosto de mil novecientos cincuenta y seis (1956) en el sector urbano comprendido entre la calle 25 y las carreras primera y quinta de la ciudad de Cali, consistentes tales perjuicios en los destrozos y deterioros sobre los objetos que a continuación se relacionan:

De *"Suárez & Valdivieso Ltda."* a) Las pérdidas, daños y deterioros sufridos por la fábrica o factoría denominada "Relieves Farves" en sus maquinarias, herramientas, muebles, enseres, existencia de materiales y obras confeccionadas, vehículos, planos, modelos, hormas, etc., la cual se encuentra situada en el local distinguido con los números 23-59 y 23-65 de la carrera primera de esta ciudad en inmueble de propiedad del señor Vicente Arbeláez, determinado por los siguientes linderos: por el norte, con la carrera segunda norte; sur, la carrera primera; oriente, con propiedad de los señores Jaime Zuluaga y Miguel Gutiérrez; y por el occidente, con propiedad de Jorge Zamorano; y b) Los daños y destrucciones de los muebles, empaques, elementos, papel y materiales existentes en el local donde funcionaban las oficinas de la fábrica o factoría, el distinguido con los números 23-B-27 de la carrera primera (1ª) de Cali, determinado por los siguientes linderos: por el norte, con propiedad del Municipio de Cali; Sur, la carrera primera; oriente, propiedad del señor Pablo Monsalve; y, por el occidente, con propiedad del señor Vicente López Gómez.

De "Gonzalo Echeverri L. & Cía. Ltda." Las pérdidas y daños sufridos por la empresa de que es propietaria la firma social dicha, en sus instalaciones situadas en el local distinguido con el Nº 4-08 de la calle 27, esquina con la carrera cuarta (4ª) de esta ciudad de Cali, en sus trilladoras, elevadores de Café, despedregadora y demás maquinaria, poleas, motores, lavamanos, equipo industrial y de oficina, existencias, etc."

"Segundo. Por virtud de lo resuelto en el auto del treinta (30) de enero último, los señores Jesús Suárez C., Alfonso Valdivieso C., doctor Alfonso Romero Aguirre, Alberto Arana Ochoa y doctor Jaime Mondragón Gutiérrez, son cesionarios, y por lo tanto titulares del derecho que el numeral *'primero'* de esta sentencia se le reconoce a la sociedad *'Suárez & Valdivieso Ltda.'* (Relieves Farves), en la proporción del sesenta y dos por ciento (62%) para los dos primeros, el veintidós por ciento (22%) para el doctor Romero Aguirre, el seis por ciento (6%) para el señor Arana Ochoa y el diez por ciento (10%) para el doctor Jaime Mondragón Gutiérrez".

"Tercero. En consecuencia, *condénase* al Estado colombiano (República de Colombia) a pagar a los cesionarios de la sociedad *'Suárez & Valdivieso Ltda.'* (Relieves Farves), o sea a los señores Jesús Suárez C., Alfonso Valdivieso C.,

Alberto Arana Ochoa, doctor Alfonso Romero Aguirre y doctor Jaime Mondragón Gutiérrez, en la proporción que expresa el numeral anterior, el valor de los perjuicios a que se refiere el numeral *primero* de esta sentencia, por la cuantía que ha de deducirse y liquidarse en los términos, y por el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial"

"*Cuarto. Condénase* al Estado colombiano (República de Colombia) a pagar a la sociedad '*Gonzalo Echeverri L. & Cía. Ltda.*' de las condiciones civiles expresadas, el valor de los perjuicios a que se refiere el numeral *primero* de esta sentencia, por la cuantía que ha de deducirse y liquidarse en los términos y por el procedimiento del artículo 553 del C. Judicial".

"*Quinto. Absuélvese* al Estado colombiano (República de Colombia) de los cargos formulados en la demanda de que es actora la firma social '*Nicanor Restrepo & Cía. Ltda.*', domiciliada en Cali, por falta de comprobación del lugar de ubicación de la empresa industrial de que es propietaria, y, por consiguiente de la relación de causalidad entre el daño sufrido y el agente que lo generó".

"*Sexto. Declárase no probadas* las excepciones propuestas en los juicios acumulados a que se contrae esta sentencia".

"*Séptimo.* Una vez ejecutoriada esta sentencia, dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 554 del C. Judicial".

"*Octavo.* De conformidad con el artículo 508 de la misma obra, *consúltese* esta sentencia; y

"*Noveno.* No hay lugar a condenar en costas. (Artículo 576 del C. Judicial)".

De tal providencia apeló únicamente el señor Fiscal Primero del Tribunal, quien había llevado la personería de la Nación. Ante la Sala le correspondió llevarla al señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, quien en su vista de fondo, pide la revocatoria del proveído apelado y la consiguiente absolución de la Nación. El doctor Jaime Mondragón Gutiérrez, apoderado de dos de los numerosos cesionarios de "Suárez & Valdivieso Ltda.", pide en su alegato de bien probado la confirmación del mencionado proveído.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

No hay necesidad de entrar a dilucidar si la explosión ocurrida en Cali el 7 de agosto de 1956 se debió o no a culpa del Estado, pues es lo cierto que éste asumió la responsabilidad de los perjuicios que dicha explosión produjo, al expedir el Congreso Nacional la Ley 170 de 1959, que centralizó en la "Fundación Ciudad de Cali", creada por los Decretos 133 y 170 de 1957, todo lo relacionado con las indemnizaciones a los damnificados, cuyo patrimonio no pasara de cierto límite, y cuyo Art. 22 dice: "Todo damnificado que reciba indemnización de la Fundación Ciudad de Cali, se entiende que renuncia a toda acción contra el Estado por causa de perjuicios derivados de la explosión. Pero queda a salvo el derecho de quienes no quieran acogerse a las disposiciones de esa ley, para hacerlo valer ante la justicia ordinaria".

En consecuencia, bastará considerar lo atinente a la realidad y cuantía de los daños sufridos por los demandantes y a si tienen su causa en la aludida explosión.

Respecto a "Nicanor Restrepo & Co. Ltda.", nada hay que decir, pues el Tribunal denegó sus pretensiones y no apeló de la sentencia.

Con relación a "Suárez & Valdivieso Ltda." se tiene: de las declaraciones de Humberto Zúñiga, Arcesio Saavedra, Lisímaco Castaño y otros, resulta la plena prueba de que la fábrica "Relieves Farves", de propiedad de tal sociedad, sufrió muy graves daños como consecuencia de la explosión. Esto también lo demuestra la inspección ocular extrajuicio practicada a solicitud del Gerente de la sociedad, y que si bien se produjo sin intervención de la contraparte, puede apreciarse como una presunción grave, de conformidad con el Art. 732 del C. J. Finalmente, también hace fe al respecto el certificado sobre cuantía, de los perjuicios expedidos por la Junta Informadora de Daños y Perjuicios, creada por el Decreto 1932 de 1956.

En cuanto a la cuantía precisa de los perjuicios, el Tribunal rechazó las tres peritaciones discordantes rendidas en la primera instancia, por lo cual la condena la hizo en abstracto, como ya se vio. No habiendo sido apelada la sentencia por los demandantes, tal decisión del Tribunal no puede ser enmendada, pues se incurriría en "reformatio in pejus".

Por esta misma razón, la evaluación de los perjuicios deberá circunscribirse estrictamente a las bases dadas en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia. Es claro que podrá admitirse la suma certificada por la "Junta Informadora de Daños y Perjuicios", ya que, de conformidad con el Art. 9º del Decreto 1932, estaba encargada "del estudio y resolución de las solicitudes que presenten los damnificados (...) y de expedir los certificados sobre el monto de las pérdidas". Desde luego, se tendrán en cuenta los datos de libros de la sociedad demandante, especialmente los inventarios, las facturas, recibos, comprobantes, etc., y la relación de daños hecha ante la aludida Junta Informadora.

Es obvio que deberá deducirse cualquier suma que a título de indemnización haya recibido la sociedad demandante del Gobierno directamente o por conducto de la "Fundación Ciudad de Cali" o de cualquiera otra entidad oficial.

Por lo que respecta a "Gonzalo Echeverri & Co. Ltda.", sociedad dedicada principalmente a la compra, venta, beneficio, importación y exportación de café, se observa, con las declaraciones de Manuel Gallego, Jaime Córdoba, Juan Gallego y Harnnold Home, y con una inspección ocular extrajuicio, practicada sin audiencia de la Nación, pero a la que se le puede dar el valor de presunción grave, resulta comprobado que las instalaciones de dicha sociedad sufrieron graves daños, como consecuencia de la explosión del 7 de agosto de 1956.

Con relación a la cuantía, el Tribunal también, en este caso, rechazó el avalúo practicado, por considerarlo carente de debida fundamentación. No habiendo sido apelada la sentencia por la sociedad demandante, la condena en abstracto que contiene el fallo no puede ser revisada por la Sala. Por lo mismo, la estimación de los perjuicios, deberá ceñirse estrictamente a las bases dadas en el ordinal primero de la sentencia.

Naturalmente, también respecto a este demandante se podrá tener en cuenta la suma certificada por la "Junta Informadora de Daños y Perjuicios", e igualmente se deberán apreciar los datos de los libros, especialmente los inventarios y las facturas, comprobantes, recibos, etc., así como la relación de daños formulada ante la mencionada Junta.

Asimismo deberá hacerse deducción de cualquier suma que la sociedad demandante haya recibido a título de indemnización de la Fundación Ciudad de Cali o de otra entidad oficial o del Gobierno directamente.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1º CONFIRMASE la sentencia apelada en sus ordinales primero, tercero, cuarto, quinto, sexto, séptimo y noveno.

2º En el incidente de liquidación se tendrán en cuenta las diversas cesiones admitidas en una y otra instancia, y las proporciones correspondientes a cada cesionario.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. INFLUENCIA DE LA SENTENCIA PENAL EN LA ACCION CIVIL SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. COMPENSACION DE CULPAS

Examen del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal. — La acción civil podrá proponerse ante el juez civil, aun cuando se haya dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, salvo que tales providencias se funden, en que la infracción no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima. — El sobreseimiento definitivo y la sentencia absolutoria de que trata el artículo 28, no fundan la excepción de cosa juzgada en lo civil, sino en los eventos allí previstos. — Tampoco podrá oponerse tal excepción en forma indiscriminada, respecto a la posible responsabilidad civil de terceros por actos ilícitos de otro.

En este juicio se trata de determinar la influencia de la sentencia dictada en el proceso penal, en relación con la acción civil sobre indemnización de perjuicios, punto legislado en el artículo 28 del C. de P. P., en esta forma: "La acción civil no podrá proponerse ante el juez civil, cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

Por la redacción negativa o prohibitiva de la disposición copiada, podría deducirse que, por regla general, el sobreseimiento definitivo y la sentencia absolutoria, fundan la excepción de cosa juzgada en el proceso civil sobre indemnización de perjuicios; sin embargo, tal interpretación resulta inexacta, porque lo que realmente consagra es, precisamente, el principio contrario, ya que allí se indican taxativamente los casos en que la prohibición debe operar.

En efecto, sin modificar el contenido de la disposición, se podría redactarla en esta forma, con lo cual se evitaría el equívoco de hacer aparecer la excepción como regla: La acción civil podrá proponerse ante el juez civil, aun cuando se haya dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, salvo que tales providencias se funden en que la infracción "no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

Las excepciones enumeradas taxativamente, por sí mismas ponen de manifiesto, que la acción civil para la indemnización de perjuicios sería imposible o improcedente, pues ¿qué perjuicios podrían deducirse de un delito inexistente o que el presunto responsable no lo ha cometido, o bien no tiene la calidad de ilícito porque "obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima?"

En consecuencia, quien ha sido favorecido con un sobreseimiento definitivo o con una sentencia absolutoria en el proceso penal, no le basta invocar tales providencias, sino establecer que está comprendida su situación jurídica dentro de los casos de excepción, previstos en el artículo 28 del C. de P. P.; en otras palabras, las dichas providencias proferidas en el proceso penal no fundan la excepción de cosa juzgada en lo civil, sino en los eventos allí previstos, los cuales no pueden desconocerse en la vía civil, pues sería contrario al orden público afirmar en el proceso penal que el hecho delictuoso no se ha realizado, para aceptar en el civil lo contrario, o que el sindicado sí lo cometió o que no obró en cumplimento de un deber ni en ejercicio de una facultad legítima, pues sería tanto como desconocer el principio de contradicción que enseña que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, ya que en una sentencia (en la penal), se negaría lo mismo que se afirmaría en la otra (en la civil), incurriendo en una evidentísima contradicción con grave menoscabo de la estabilidad de la cosa juzgada.

Si respecto del sindicado, las providencias dichas no fundan la excepción de cosa juzgada, sino en los casos previstos en el artículo 28 del C. de P. P., tampoco podrá oponerse tal excepción en forma indiscriminada respecto a la posible responsabilidad civil de terceros por actos ilícitos de otro, sea directa por omisiones o indirecta por hechos ajenos.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, 4 de agosto de 1961.

(Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Ana del Carmen Mazo v. de Londoño y de sus hijos menores de edad Aura María, María Rosmira, Ramón Egidio, Gabriel Albeiro, Luz del Socorro y Gerardo Antonio Londoño, demandó a la Nación ante el Tribunal Superior de Medellín, con el fin de que en la sentencia se hicieran estas declaraciones y condenas:

I. "1º) La Nación es responsable de los perjuicios morales y materiales ocasionados por la muerte del señor Gerardo Antonio Londoño Muñoz, ocurrida el 23 de enero de 1959 en el municipio de San Andrés (Ant.).

"2º) Como consecuencia de lo anterior, tres días después de la ejecutoria del fallo, pagará a Ana del Carmen Mazo v. de Londoño y a sus hijos, Aura María, María Rosmira, Ramón Egidio, Gabriel Albeiro, Luz del Socorro y Gerardo Antonio Londoño Mazo, la suma de sesenta mil pesos ($ 60.000.00) por perjuicios materiales, y la de dos mil pesos ($ 2.000.00), a cada uno, por perjuicios morales. Subsidiariamente solicitó que la condena se haga por la suma que se pruebe en el juicio o en el incidente del Art. 553 del C. J." (Fls. 7 Vto., C. Nº 1º).

Los hechos de la demanda los enumeró así:

"1º) El señor Gerardo Antonio Londoño Muñoz contrajo matrimonio en la parroquia de San Andrés (Ant.), el día 21 de febrero de 1944, con la señora Ana del Carmen Mazo Muñoz.

"2º) Durante el matrimonio fueron procreados los siguientes hijos que viven: Aura María, María Rosmira, Ramón Egidio, Gabriel Albeiro, Luz del Socorro y Gerardo Antonio Londoño Mazo, quienes son menores de edad.

"3º) Don Gerardo Antonio Londoño Muñoz tenía por los años de 1958 y 1959, un hotel bien acreditado, en el área urbana de la población de San Andrés (Ant.). Además, durante la semana y de día, se dedicaba a la agricultura, lo cual le daba en total, buen rendimiento, suficiente para el sostenimiento de su esposa y de todos sus hijos.

"4º) Fue don Gerardo Londoño Muñoz un buen padre, buen esposo y ciudadano ejemplar.

"5º) El día 23 de enero de 1959, por la mañana, salió don Gerardo Antonio Londoño Muñoz, con otros compañeros, para dedicarse al cultivo de su parcela, situada en la parte baja de la carretera que va a San Andrés, y a poca distancia de la población. Por su parte, el señor Javier Silva S., trabajador de la Nación, al servicio de las carreteras nacionales, el mismo día, se dedicó con una máquina pesada, buldozer, a la tarea de reparar la citada carretera, moviendo y botando tierra, pero en un sitio distante al que ocupaba Londoño Muñoz.

"6º) En la parte alta, borde de la carretera, del predio que cultivaba Muñoz, no se puso señal alguna de peligro, ni se indicó de otra manera, que se fuese a operar con la máquina.

"7º) El trabajador de la Nación, en ejercicio de sus funciones de arreglar la carretera, cuando regresaba a la población para dar amplitud a la vía, decidió empujar con su aparato una piedra voluminosa y la lanzó por la pendiente.

"8º) Ante la súbita aparición del bólido, que descendía con velocidad acelerada, los compañeros de Londoño pudieron moverse como autómatas para ponerse a buen recaudo, pero éste, por la velocidad e inopinada aparición de la roca, no pudo defenderse y pereció aplastado.

"9º) La muerte de Londoño Muñoz fue la consecuencia de una conducta negligente e imprudente a cargo del servidor de la Nación, y constituye fuente de cuantiosos perjuicios materiales y morales para la cónyuge sobreviviente y para los hijos.

"10) Los perjuicios de orden moral sufridos por la cónyuge, y cada uno de sus hijos, valen dos mil pesos ($ 2.000.00) para cada uno.

"11) Los perjuicios materiales para la totalidad de los miembros de la familia valen *sesenta* mil pesos ($ 60.000.00) m. l." (Fls. 6 a 6 vto. ib.).

En derecho invocó los Arts. 2349 y 2356 del C. C., además hizo los siguientes comentarios:

"Han dicho los hermanos Mazeaud que la culpa es un 'error de conducta en que no habría incurrido una persona prudente y diligente colocada en las mismas circunstancias externas en que obró el autor del daño'. Ese error de conducta implica una falta de sometimiento a la disciplina social. El Estado responde por sus agentes. Al disponer la prestación de servicios y la ejecución de obras públicas, se está creando un riesgo, por el empleo de máquinas. De donde, su responsabilidad en este caso, generado en actividades peligrosas, no se extingue siquiera probando la falta de culpa en la acción dañosa, por no existir falla en la escogencia o vigilancia de sus agentes. El estado es diligente en la escogencia de sus servidores y los vigila en forma competente. Pero como la causa del daño no radica tanto en la falta de elección o vigilancia acertadas, sino en la misma actividad que conlleva un riesgo, es claro que el estado responde objetivamente. Y la culpa se vincula directamente a la entidad de derecho público". (Fls. 7 ib.).

Por su parte, el Fiscal 2º del Tribunal, en representación de la Nación, le correspondió dar respuesta a la demanda, que lo cumplió en la forma que pasa a transcribirse:

"Al hecho 1º: Que pruebe la parte demandante y a la vez ofendida con la negligencia de los trabajadores al servicio de la Nación, que hubo culpa al no poner el debido cuidado para evitar desgracias a personas o a bienes.

"Al hecho 2º Que por medio de una prueba concluyente, demuestren en juicio que la cuantía señalada por los intereses asciende a la suma señalada en el numeral segundo de las peticiones, siempre y cuando quede debidamente establecida la circunstancia comprometedora del numeral primero de las peticiones". (Fls. 9 ib.).

II. Agotada la primera instancia, el Tribunal, mediante sentencia de fecha 19 de junio de 1963, absolvió a la Nación en relación con la acción sobre responsabilidad extracontractual por los motivos que pasan a mencionarse:

En primer término, observa el Tribunal que la parte actora no trajo copia completa de las providencias de sobreseimiento definitivo, sino solamente en cuanto concierne a la parte resolutiva; hace alusión y transcribe varias doctrinas de la Corte sobre la influencia de la sentencia dictada en materia penal sobre las posibles acciones civiles para la indemnización de los perjuicios ocasionados por el ilícito; y luego discurre en esta forma:

"Habida cuenta de la jurisprudencia copiada y de los supuestos en los cuales es viable un sobreseimiento definitivo (Art. 437, C. P. P.), comprensible es lo impropio que sería declarar obligada la parte demandada a resarcimiento de perjuicios, como quedó anotado en otro párrafo. El sobreseimiento dicho, es proferido cuando esté demostrado que no se realizó el hecho que haya dado lugar a la investigación penal, o cuando él no integre delito, cuando se acredita de modo completo la inocencia del procesado, y cuando se establezca que el hecho generante de la investigación penal, tuvo cumplimiento 'En algunos de los casos enumerados en los artículos 23 y 25 del Código Penal', según está previsto en la ley. Como se desconoce en los autos por qué se sobreseyó en favor de Javier Silva S., es de lógica jurídica concluir que no es dable acceder a lo deprecado por la parte demandante.

"El interés público o social, media en relación con el principio general de que la decisión pronunciada en materia penal lleva incidencia en la civil,

en armonía con lo dispuesto en la legislación (Art. 28, 29, y concordantes, C. P. P., Art. 82 Cdts., C. P.), de lo cual fluye que está revestido de fundamento lo expresado al final del párrafo anterior. En verdad, de las constancias procesales no resalta que se esté en presencia de alguno de aquellos casos de excepción en los cuales la decisión penal no veda avanzar con amplitud la acción civil, lo que basta para comprender que en esta oportunidad no debe la Sala entrar en el examen de las diversas constancias y aspectos del proceso, con la finalidad de definir si existe una culpa por la cual proceda reclamar indemnización a la Nación, según esas constancias, en gracia de que el sobreseimiento preindicado permite omitir dicho examen.

"Fue observado antes que las partes omitieron aportar al expediente copias de las providencias contentivas del sobreseimiento dictado en favor del asalariado de la Nación, y su ausencia al menos hace surgir la duda acerca de si aquéllas entrañan en el fondo negación de la acción civil o desconocimiento de lo invocado como fundamento de ella, duda que el expediente no permite despejar y que naturalmente conduce a la absolución de la parte demandada (Art. 234, 601 Cdts., C. J.), con la denegación de lo pedido en el memorial de demanda. Además, un fallo condenatorio civil podría dar lugar a contradecir lo resuelto en investigación de carácter penal, lo que debe evitarse, en guarda de trascendentes principios de derecho, del interés social. De suerte que no es posible dictar fallo de condena". (Fls. 20 a 21 ib.).

III. En segunda instancia, a petición del Procurador 2º Delegado en lo Civil, y del apoderado de la parte actora, se trajeron al juicio copia de la providencia de sobreseimiento de primera como de segunda instancia y, además, de los testimonios rendidos por quienes presenciaron los hechos o intervinieron en ellos como agentes, los cuales, precisa advertirlo, ya habían sido presentados por la parte actora durante el término probatorio de primera instancia (Fls. 14 a 20, C. Nº 29), juntamente con copia del acta del levantamiento del cadáver y del dictamen pericial rendido al efecto.

De acuerdo con el acta de levantamiento del cadáver, consta que éste fue encontrado 15 metros antes de terminar la loma; que el occiso fue identificado como quien en vida respondía al nombre de Gerardo Londoño Muñoz, y muerto por una piedra de unas quince arrobas "y que al parecer había acabado de rodar de la parte de encima, lo que se pudo ver por las huellas que en el rastrojo dejó, y que pasó por el lugar donde fue encontrado el cadáver..." (Fl. 13, C. Nº 29).

Los peritos Ovidio García y Alcardo Espinal, en el concepto rendido dentro del informativo y previo examen del sitio de los acontecimientos dicen: "En el lugar donde estaba la máquina trabajando, nos dimos cuenta únicamente de las huellas de la piedra que rodó, y que por la dirección y además por no haber más piedras recién rodadas abajo, creemos sea la causante de la muerte del señor Gerardo Londoño. Que también observamos si de ese lugar se veía el trabajadero de Londoño, y constatamos que no se ve por estar enrastrojado y muy pendiente, y el rastrojo bastante alto (Creo), dice el señor Espinal que el señor Gerardo Londoño se dio cuenta que la máquina estaba trabajando arriba porque yo lo vi cuando estaba descargando yuca, la cual estaba trayendo de allá de ese trabajadero. Que al volver a subir se ve la carretera del camino y debe de haberse dado cuenta que la máquina estaba trabajando. Por lo expuesto, conceptuamos que el maquinista no fue responsable de esta muerte,

por cuanto el señor Gerardo se ha debido dar más cuenta que el mismo maquinista, y que aunque éste hubiera dado alguna señal, Londoño no se hubiera dado cuenta, por lo que dejamos anotado de que estaba trabajando y cargando para el pueblo" (Fls. 13 Vto. Ib.).

El testigo Luis Londoño Muñoz, hermano de la víctima, depone: "Preguntado: Diga usted, si cuando ustedes iban a coger el trabajo ya la máquina estaba en la carretera, ya estaba trabajando, y de ese lugar se sentía...? Contestó: En ese punto no estaba trabajando cuando cogimos el trabajo, y pues cuando íbamos me di cuenta que la máquina estaba en otra parte, y ya después que llegamos al trabajo no nos podíamos dar cuenta por el ruido de la quebrada y el del rastrojo, que como estábamos rozando no nos dejaba oír la llegada de la máquina". (Fl. 14 Ib.).

Preguntado respecto de si los obreros de las carreteras en reparación dan aviso, el testigo dijo: "Ellos no han llegado a dar aviso y, el aviso es que uno los ve y entonces uno se retira".

Saúl Pemberty, ayudante del tractorista y de 20 años de edad, dice: "Preguntado: Diga usted, cuando en el trabajo de ensanche o reparación de la carretera, qué precauciones toman para evitar casos semejantes al ocurrido? ... Contestó: Nosotros nos fijamos que no vaya a haber alguna persona y a gritar. Preguntado: En el día de ayer qué señas o aviso dieron y desde qué lugar? ... Contestó: En el día de ayer nos asomamos que no hubiera en la huerta alguna persona y no vimos a nadie, y observamos desde la carretera". (Fl. 15 Ib.).

El deponente Fidencio Muñoz Medina, manifiesta: "Preguntado: Diga usted si cuando ustedes empezaron a trabajar ya se sentía la máquina en la parte de arriba y en qué dirección? ... Contestó: Si se sentía en la carretera, pero no en la dirección de donde nosotros estábamos, se encontraba como a unas dos o tres cuadras... Preguntado: Diga usted si con sus compañeros en el día de ayer, antes de ocurrir el incidente que se presentó ustedes no comentaban algo del peligro que en tal lugar pudieran tener?... Contestó: Si comentamos, claro que sí, tanto que por la mañana cuando llegamos al rato de haber estado en trabajo, sentimos un ruido al lado de encima y entonces Héctor salió a ver si era la máquina o un carro y dijo que era el carro de proleche y seguimos trabajando, y la otra vez que comentamos fue cuando la piedra mató a Gerardo y que oímos la cuchilla allá encima, y Héctor dijo que aquí nos va a matar una piedra, y por aquí no hay piedra grande dijo Gerardo, e inmediatamente se paró de donde estaba sentado y lo cogió la piedra, entre la conversación de nosotros y la bajada de la piedra hubo cinco minutos". (Fls. 15 a 16 Vto. Ib.).

El otro trabajador, Héctor Muñoz González, declara: "... sobre lo que es motivo de mi declaración puedo decir que yo a las siete de la mañana al empezar trabajo, sentí un ruido en la carretera, y yo le dije a Fidencio, allá está la cuchilla trabajando y aquí nos va a matar una piedra; él no creyó y yo me salí a ver qué era, y donde sentíamos el rumbido no era la cuchilla, era un carro, más o menos a las tres y media de la tarde, de nuevo sentí un ruido y le dije a Gerardo que aquí nos va a matar una piedra y él no creyó, más o menos a los cinco minutos vi la piedra que venía y yo le dije a Fidencio, ve ahí viene esa piedra, no acababa de decir la palabra cuando le dio a Gerardo al lado izquierdo, pero Fidencio no vio la piedra y en esos momentos fuimos a ver que le había pasado a Gerardo y lo encontramos muerto" (Fl. 17 Ib.).

En la misma exposición, más adelante se lee: "Preguntado: Por qué ustedes viendo el peligro y que se desprende de haber comentado éste, no abandonaron el lugar del trabajo y permanecieron allí?... Contestó: Porque nosotros no creímos, ya que al mediodía la máquina estaba trabajando en la batea. Preguntado: Diga usted si del punto donde ustedes estaban trabajando se ve la carretera?... Contestó: No se ve. Preguntado: Sabe usted si el señor Javier Silva y Gerardo eran amigos, o por el contrario enemigos? Contestó: Yo no puedo decir nada a eso, porque no sé. Preguntado: Qué le parece a usted más imprudente, si ustedes seguir trabajando en ese lugar, máxime que comentaron el peligro o el señor Silva arrimarse tanto a la orilla?... Contestó: A mí me parece más imprudente la actitud de nosotros ya que en el día yo mismo comenté en dos veces, y que ellos, mis compañeros no me creyeron que iba a matar una piedra, y me parece que el señor Silva no es culpable" (Fls. 17 a 17 Vto.). Ib.).

Por su parte, el sindicado Javier Silva Salazar, en la indagatoria manifiesta que, al comenzar los trabajos en aquella fecha, tuvieron el cuidado de observar que no hubiese trabajadores por la parte de abajo de la loma por donde arrojarían la carga; y después dice: "... y es claro que ni yo ni mi ayudante después de comenzar el trabajo, íbamos a seguir buscando por el rastrojo, porque es más que natural que el ruido de la misma máquina va indicando el lugar o trecho que se va recorriendo..."

IV. Con fundamento en las anteriores probanzas, el Juzgado Quinto Superior de Medellín, en auto de fecha 4 de mayo de 1960, sobreseyó definitivamente en favor del sindicado, y para llegar a tal conclusión, dijo:

"Los hechos que se han descrito y que aparecen suficientemente comprobados, llevan a la convicción de que en el caso de estudio, no hubo mano criminal, ni intención o culpa de persona alguna que influyera o determinara la muerte de Gerardo Londoño Muñoz, y sí que el hecho se cumplió debido más que todo a imprudencia por parte del occiso y sus acompañantes, al no tomar las medidas aconsejables en el lugar de su labor, y en previsión de los hechos por ellos mismos comentados durante el día; forzoso es por tanto dar término a este negocio, con un sobreseimiento definitivo en favor del sindicado Javier Silva Salazar, cuya filiación se lee al folio 7 Fte." (Fl. 3, C. Nº 49).

El Tribunal Superior al confirmar el sobreseimiento definitivo, en grado de consulta, después de mencionar las declaraciones estudiadas antes en este fallo, expuso:

"De tales exposiciones se desprenden claramente que el sitio de la carretera donde Silva Salazar adelantaba su trabajo, queda distante varias cuadras y en tal forma al sindicado no le fue fácil prever que en el plano inferior se hallaban otras personas dedicadas a sus labores agrícolas. Idénticas explicaciones da Silva en su indagatoria (Fl. 7). Fue por tanto fortuito el caso y no se configura delito alguno" (Fl. 4, Ib.).

V. En este juicio se trata de determinar la influencia de la sentencia dictada en el proceso penal en relación con la acción civil sobre indemnización de perjuicios, punto legislado en el Art. 28 del C. de P. P., en esta forma:

"La acción civil no podrá proponerse ante el juez civil, cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobre-

sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funda no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

Por la redacción negativa o prohibitiva de la disposición copiada, podría deducirse que, por regla general, el sobreseimiento definitivo y la sentencia absolutoria, fundan la excepción de cosa juzgada en el proceso civil sobre indemnización de perjuicios; sin embargo, tal interpretación resulta inexacta, porque lo que realmente consagra es, precisamente, el principio contrario, ya que allí se indican taxativamente los casos en que la prohibición debe operar.

En efecto, sin modificar el contenido de la disposición, se podría redactarla en esta forma, con lo cual se evitaría el equívoco de hacer aparecer la excepción como regla: La acción civil podrá proponerse ante el juez civil, aun cuando se haya dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, salvo que tales providencias se funden en que la infracción "no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima".

Las excepciones enumeradas taxativamente, por sí mismas, ponen de manifiesto que la acción civil para la indemnización de perjuicios sería imposible e improcedente, pues ¿qué perjuicios podrían deducirse de un delito inexistente o que el presunto responsable no lo ha cometido, o bien no tiene la calidad de ilícito porque "obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima?"

En consecuencia, quien ha sido favorecido con un sobreseimiento definitivo o con una sentencia absolutoria en proceso penal, no le basta invocar tales providencias, sino establecer que está comprendida su situación jurídica dentro de los casos de excepción previstos en el Art. 28 del C. de P. P.; en otras palabras, las dichas providencias proferidas en el proceso penal no fundan la excepción de cosa juzgada en lo civil, sino en los eventos allí previstos, los cuales no pueden desconocerse en la vía civil, pues sería contrario al orden público afirmar en el proceso penal que el hecho delictuoso no se ha realizado, para aceptar en el civil lo contrario, o que el sindicado sí lo cometió o que no obró en cumplimiento de un deber ni en ejercicio de una facultad legítima, pues, sería tanto como desconocer el principio de contradicción que enseña que una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo, y bajo el mismo aspecto, ya que en una sentencia, en la penal, se negaría lo mismo que en la otra, en la civil, se afirmaría, incurriendo en una evidentísima contradicción con grave menoscabo de la estabilidad de la cosa juzgada.

Si respecto del sindicado las providencias dichas no fundan la excepción de cosa juzgada, sino en los casos previstos en el Art. 28 del C. de P. P., tampoco podrá oponerse tal excepción en forma indiscriminada respecto a la posible responsabilidad civil de terceros por actos ilícitos de otro, sea directa por omisiones o indirecta por hechos ajenos.

En este caso, según el sentir del demandante, la responsabilidad del Estado sería por la omisión en tomar las precauciones del caso, para evitar los acontecimientos desgraciados, como el registrado en este juicio, mediante avisos o señales que pusieran de manifiesto el peligro existente en aquellos lugares en donde trabajan las máquinas encargadas de la conservación o reparación de las carreteras; sin embargo, debe observarse que los reglamentos sobre tales

señales o avisos no existen, por una parte, y por otra, dada la naturaleza de los hechos o de los trabajos realizados en las vías, sería algo difícil si no imposible, en casos como el presente, hallar un medio eficiente y efectivo para evitar tales accidentes sin la cooperación de las presuntas víctimas.

En efecto, en el supuesto de que existieran tales señales o el deber de poner tales avisos, en el presente juicio está plenamente probada, cuando menos, la compensación de culpas, porque, como se ha visto al examinar las pruebas presentadas por la parte actora, los trabajadores advirtieron el peligro y, aún más, se lo manifestaron a Gerardo Londoño, muerto por la piedra que rodó desde la carretera, en la cual, desde por la mañana, vieron y se dieron cuenta de que estaba trabajando la máquina en la reparación y limpieza de la vía, con plena advertencia del peligro en que se hallaban.

Por los motivos expuestos, la Corte Suprema; Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada por la parte actora y proferida por el Tribunal Superior de Medellín, el 19 de junio de 1963.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

EXCEPCIONES PERENTORIAS. EXCEPCION GENERICA. EXCEPCION DE PRESCRIPCION

1. La excepción de prescripción debe alegarse expresamente, no de una manera implícita, como sería la que resultara de invocar la llamada excepción genérica. — La prescripción atañe a la extinción de las acciones, no de las obligaciones. — Jurídicamente no existe la excepción genérica, pero en el supuesto de que existiera no comprendería la prescripción de las acciones. — 2. La ley distingue entre proponer una excepción y alegarla. — La de prescripción, si no se ha propuesto en la demanda, puede alegarse en cualquiera de las instancias del juicio antes del auto de citación para sentencia; aunque estrictamente debía proponerse, precisamente al contestar la demanda.

1. Jurídicamente no existe la llamada excepción "genérica" o ecuménica, porque el artículo 329 del Código Judicial contiene una definición descriptiva de toda excepción perentoria, encaminada a desconocer "la existencia de la *obligación*, o la declaran extinguida si alguna vez existió", y menos todavía podría invocarse esta disposición respecto de las excepciones que no tienen la calidad de innominadas sino que están basadas en hechos precisos y determinados.

En el supuesto de que existiera la tal excepción genérica, tampoco sería procedente respecto de la prescripción de la acción, porque los artículos 343 del Código Judicial y 2513 del Código Civil, exigen en este caso que el demandado la alegue expresamente; de ahí que el primero ordene "que debe siempre proponerse o alegarse" y el segundo, "el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio". Estas perentorias disposiciones excluyen toda alegación implícita, como la que resultaría de la inexistente excepción "genérica", pues si se procede en otra forma, carecerían de objeto los dos artículos citados (343, C. J. y 2513 C. C.), como quiera que el artículo 329 los desvirtuaría en absoluto, a la vez que pondría al legislador en manifiesta contradicción.

Además, aun admitiendo la existencia de la llamada excepción "genérica", no por el hecho de que la invoque el demandado puede deducirse, en sana lógica, que alega la de la prescripción, porque el artículo 329 del Código Judicial se refiere a la inexistencia de las *obligaciones*, mientras que la prescripción atañe a la extinción de las *acciones*, pues en el rubro del Capítulo 3º del Título 41, Libro IV del C. Civil, se lee: "De la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales" y lo confirman los artículos 2535, 2539 y 2541 del citado Código.

Como una consecuencia evidente de que la prescripción extingue las acciones judiciales, pero no las obligaciones, se encuentra el hecho de que, prescrita la acción, subsiste la obligación natural, como así lo dice expresamente el artículo 1527 del Código Civil, que ratifican entre otros, el 111, 2314, etc., del mismo.

En conclusión, no existe la excepción genérica; y en caso de que existiera, no comprende la de prescripción de las acciones; ni el artículo 329 puede modificar lo legislado en el 343 del Código Judicial y el 2513 del Civil, que exigen que el demandado alegue expresamente la excepción de prescripción y prohibe el último al juez declararla oficiosamente.

2. Corresponde decidir si la excepción de prescripción debe proponerse expresamente en la contestación de la demanda, o bien puede válidamente alegarse hasta la citación para sentencia, aun en la segunda instancia, ya que el apoderado de la sociedad demandada, vista la oficiosa declaración del Tribunal, en el alegato de esta segunda instancia dijo: "Era mi voluntad, Honorable Magistrado, y sigue siendo, que se me reconozca esta excepción de prescripción que vengo alegando acogiéndome, como dije, a la no existencia dentro del juicio ordinario del criterio rigorista existente para el juicio ejecutivo".

Estrictamente, dentro del criterio que regula la relación procesal, la excepción de prescripción debía proponerse, precisamente en la contestación de la demanda; sin embargo, los preceptos del Código de Procedimiento Civil permiten fundar la tesis contraria, según pasa a verse:

El artículo 341 del Código Judicial en forma clara distingue entre proponer y alegar una excepción, con estas palabras: "Por regla general, las excepciones perentorias pueden proponerse en la contestación de la demanda y alegarse en cualquiera de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia".

El artículo 343 al establecer la salvedad sobre la prescripción advierte "que debe siempre proponerse o alegarse", o sea, si no se ha propuesto en la demanda, también puede alegarse en cualquiera de las instancias del juicio, antes del auto de citación para sentencia; e igual conclusión podría deducirse del artículo 2513 del Código Civil que ordena alegarla a quien pretenda aprovecharse de ella.

Dada la expresa alegación del demandado en esta segunda instancia, llenando a cabalidad la exigencia legal, se confirmará la sentencia absolutoria apelada.

Corte Suprema de Justicia. - Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto diecisiete de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña).

El Gobernador del Departamento de Antioquia, ante el Tribunal Superior de Medellín demandó a la sociedad comercial "Transportes Sierra Ltda.",

representada por Rodrigo Osorio López, con el fin de que en la sentencia que pusiera fin al juicio ordinario, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que la empresa de conducciones 'Transportes Sierra Ltda.', domiciliada en Medellín, no ha cumplido con las obligaciones que le corresponden en el contrato celebrado con el Departamento de Antioquia (Fondo de Fomento Agrícola e Industrial) para la movilización de unas mercaderías de propiedad de este último hasta el Municipio de Turbo;

"b) Que como consecuencia de la declaración que antecede, se diga que el demandado, es responsable civilmente de la destrucción y desaparecimiento de las mercancías puestas a su disposición por el porteador; hecho ocurrido el día 7 de noviembre de 1959;

"c) Que en tal virtud, se declare que la sociedad demandada, 'Transportes Sierra Ltda', es deudora del valor de las mercancías recibidas en la fecha indicada y no entregadas en el lugar de su destino, además de los perjuicios ocasionados por razón del incumplimiento, indemnizaciones que montan a la suma de $ 20.014.00, como valor de la carga y $ 5.000.00 en razón de los perjuicios ocasionados con su destrucción.

"d) Que tanto el valor de la indemnización anterior como el de las costas del juicio deberá cubrirlo el condenado dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia". (Fls. 19 y 20 C. Nº 1º).

Los hechos, en síntesis, son los siguientes:

1º El 7 de noviembre de 1959, el Departamento de Antioquia despachó con destino al Municipio de Turbo, un cargamento de mercancía, que confió para su acarreo a la empresa Transportes Sierra Ltda.

2º Mediante comunicación de fecha 9 de noviembre de 1959, el gerente de Transportes Sierra Ltda. informó al Fomento Agrícola del Departamento de Antioquia que el camión de placas Nº A-71602 "se volcó y como consecuencia se incendió habiendo sido consumido por el fuego tanto el vehículo como la totalidad de las mercancías".

3º Hechas las averiguaciones del caso por las autoridades del Departamento, el accidente se atribuye a culpa del conductor, porque "interrogados que fueron sobre el particular resultaron afirmativos y exactos en admitir con singular espontaneidad la culpa del conductor de la máquina quien la guiaba cuando se hallaba, por lo avanzado de la hora, sumido en el más completo sueño en forma tal que le hacía perder el dominio del vehículo".

4º Como consecuencia del accidente culposo, los conductores no cumplieron con la obligación de entregar la mercancía en el lugar de destino, por lo cual deben pagar los perjuicios ocasionados al Departamento.

Como disposiciones aplicables invocó las contenidas en los Códigos Civil y Comercial, especialmente el artículo 2072 del primero y los artículos 271, 298, 299, 292, 329 del otro.

Por medio de memorial suscrito tanto por el gerente como por el apoderado, la sociedad contestó la demanda para manifestar su oposición "a que por

su Despacho se hagan los pronunciamientos solicitados por el señor Gobernador en la primera parte de su demanda y comprendidos del ordinal a) al ordinal d) de la misma, que culminarían con una injusta condena en contra de la Empresa por un valor de veinticinco mil catorce pesos ($ 25.014.001".

En cuanto a los hechos, acepta los tres primeros; no le consta el cuarto y respecto del quinto dice: "No me interesa, y, si "con singular espontaneidad" admiten que fue por obra del sueño, también están diciendo que la autoridad *no les permitió* quedarse donde precisamente ellos creían proteger en mejor forma los intereses que llevaban. (Los del Gobierno que ahora nos demanda). Estaban cumpliendo en más que en debida forma, sólo que en la plaza de Cañasgordas donde el policial quería que durmieran los conductores, ha sido y es teatro de monstruosas violencias y lugar por demás inseguro;" (Fls. 26 ib.).

Como excepciones se alegó, en forma expresa, la de "ilegitimidad de personería de la parte demandada", porque debió responder el dueño del vehículo accidentado; falta de causa por compensación de culpas; carencia de acción porque el insuceso se "debió exclusivamente a un caso fortuito y fuerza mayor", lo cual funda "en que si el puesto del Ejército en Cañasgordas esa noche, antes de echarles de allí les presta la protección debida, nada hubiera ocurrido, antes nos debe perjuicios a nosotros";

En el último párrafo alega la parte demandada la *inexistente* excepción *genérica* que pretende fundar "... en todo hecho, en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, de que habla el Art. 329 del C. J.".

Mediante sentencia de fecha 5 de noviembre de 1963, la mayoría de la Sala de Decisión del Tribunal *a-quo* falló así el litigio: "... deniega lo pedido en la demanda, y en su lugar declara existente (sic) la excepción de prescripción, conforme a lo expuesto en la anterior motivación".

Para llegar a la oficiosa declaración de estar probada la excepción de prescripción de la acción, la mayoría de la Sala razona en esta forma:

"Dicha excepción debe reconocerse en la presente providencia, puesto que resulta invocada por la parte opositora. En efecto, en su respuesta dijo oponer varias excepciones: '... y La Genérica: Consistente esta excepción en todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, de que habla el Art. 329 del C. J.' Y en su alegación final, manifestó que estaban probadas sus excepciones y '... sino también la genérica del Art. 329 del C. J. que fue propuesta a tiempo, para que se desconozca la obligación pretendida o se declare extinguida, si alguna vez existió' (Fl. 37, C. 19).

"Exacto es que la sociedad demandada no usó expresamente el término 'prescripción', pero de ello no se desprende que no la hubiera alegado, lo que se hace de más claridad, observando que aludió a cualquier fenómeno de extinción de la obligación, y bien sabe que las obligaciones se extinguen por la prescripción! (Art. 625, 2512, 2535 Cdts. y ss. cc.). En realidad, no es posible pensar que de parte de la entidad demandada no haya una voluntad de aprovechar la prescripción que se menciona, lo que es más claro si se observa que

ningún elemento de renuncia obra en el expediente (Art. 2515, C. C.) y que en nuestro procedimiento vigente no están consagradas fórmulas sacramentales.

"En armonía con lo dispuesto en la ley sustantiva (Art. 2513, C. C.), en la legislación procedimental está dispuesto que la excepción aludida debe proponerse o alegarse (Art. 343, C. J.), con lo cual está señalando un límite a la oficiosidad funcionarista en materia de excepciones perentorias (Art. 328, 329, C. J.). Precisamente, la voluntad de la parte demandada es la que permite reconocer la excepción ya mencionada, pues no se dispone de certidumbre para aseverar que tal voluntad no existe. Claro está que en este proceso no es de aplicación el criterio rigorista que sobre excepciones prima en el juicio ejecutivo, en el que sí es menester explicar el contenido del medio exceptivo invocado por la parte ejecutada, según lo repiten la doctrina y la jurisprudencia" (Fl. 41 Vto. a 42 Ib.).

I

En el salvamento de voto, contra los deleznables argumentos de la mayoría, dijo el Magistrado disidente:

"En esencia se predica en la sentencia que el litigante al proponer la excepción perentoria genérica, enumérica o universal del Art. 329 del C. J., está proponiendo implícitamente la de prescripción, y que si existe hay que declararla en la sentencia.

"Respetuosamente considero no sólo violatoria de normas procedimentales, expresas la tesis desarrollada en la providencia, sino especialmente peligrosa, sin que sea válida la cita de la jurisprudencia de la H. Corte que está interpretando el Art. 329 pero no el 348 especial y posterior.

"En efecto, el Art. 329 define las excepciones perentorias, diciendo que consiste en 'todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió'.

"Allí se advierte la existencia de dos categorías de excepciones perentorias: a) Si el demandado no desconoce la existencia aparente del hecho que origina el derecho, pero afirma simultáneamente un hecho impeditivo, coetáneo con el primero que impide los efectos legales del vínculo jurídico Ej. falsedad simulación, vicios del consentimiento, etc. b) Cuando admite el demandado la existencia del hecho constitutivo del derecho, pero al mismo tiempo le opone uno posterior que indica la extinción de la relación jurídica, Ej. pago, compensación, novación, confusión, prescripción, etc.

"Se trata pues, en el Art. 329, C J., de la excepción innominada. Se refiere a cualquier hecho que reúna esas condiciones; y aún, no propuesto, si el juez halla justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria aún no propuesta o alegada, debe reconocerla, salvo la *Prescripción* que debe proponerse o alegarse concretamente, dice el Art. 343, norma positiva expresa. No es que en nuestro derecho haya términos sacramentales, sino que la ley expresamente ordena ser concretos en oponer la Prescripción, y que la H. Corte extiende en varios fallos para la compensación, de acuerdo con el Art. 1719, C. C." (Fls. 43 a 43 Vto. Ib).

A la motivación de la mayoría se pueden oponer, además, las siguientes razones:

a) Jurídicamente, no existe la llamada excepción "genérica" o ecuménica, porque el Art. 329 del C. J. contiene una definición descriptiva de toda excepción perentoria, encaminada a desconocer "la existencia de la *obligación*, o la declaran extinguida si alguna vez existió"; y menos todavía podría invocarse esta disposición respecto de las excepciones que no tienen la calidad de innominadas, sino que están basadas en hechos precisos y determinados;

b) En el supuesto de que existiera la tal excepción genérica, tampoco sería procedente respecto de la prescripción de la acción, porque los Arts. 343 del C. J. y 2513 del C. C., exigen en este caso que el demandado la alegue expresamente; de ahí que el primero ordene "que debe siempre proponerse o alegarse" y el segundo, "el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio". Estas perentorias disposiciones excluyen toda alegación implícita, como la que resultaría de la inexistente excepción "genérica", pues, si se procede en otra forma, carecerían de objeto los dos artículos citados (343 del C. J. y 2513 del C. C.), como quiera que el Art. 329 los desvirtuaría en absoluto, a la vez que pondría al legislador en manifiesta contradicción;

c) Además, aún admitiendo la existencia de la llamada excepción "genérica", por hecho de que la invoque el demandado, no por eso puede deducirse, en sana lógica, que alega la de la prescripción, porque el Art. 329 del C. J., se refiere a la inexistencia o a la extinción de las *obligaciones*, mientras que la prescripción atañe a la extinción de las *acciones*, pues en el rubro del capítulo 3º del Título 41, Libro IV del C. C., se lee: "De la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales" y lo confirman los Arts. 2535, 2539, 2541 del citado Código.

Como una consecuencia evidente de que la prescripción extingue las acciones judiciales, pero no las obligaciones, se encuentra el hecho de que, prescrita la acción, subsiste la obligación natural, como así le dice expresamente el Art. 1527 del C. C., que ratifican, entre otros, el 111, 2314, etc., del mismo Código.

En conclusión, no existe la excepción genérica; y en caso de que existiera, no comprende la de prescripción de las acciones; ni el Art. 329 puede modificar lo legislado en los Arts. 343 del C. J. y 2513 del C. C., que exigen que el demandado alegue expresamente la excepción de prescripción y prohibe el último al juez declararla oficiosamente.

Ahora corresponde decidir si la excepción debe proponerse expresamente en la contestación de la demanda, o bien puede válidamente alegarse hasta la citación para sentencia, aún en la segunda instancia, ya que el apoderado de la sociedad demandada, vista la oficiosa declaración del Tribunal, en el alegato de esta instancia dijo:

"Era mi voluntad, honorable Magistrado, y sigue siéndolo, que se me reconozca esta excepción de prescripción que vengo alegando acogiéndome, como ya dije, a la no existencia dentro del juicio ordinario del criterio rigorista existente para el juicio ejecutivo" (Fl. 8, C. Nº 49).

Estrictamente, dentro del criterio que regula la relación procesal, la excepción de prescripción debía proponerse, precisamente, en la contestación de la demanda; sin embargo, los preceptos del Código de Procedimiento Civil permiten fundar la tesis contraria, según pasa a verse:

El Art. 341 del C. J. en forma clara distingue entre proponer y alegar una excepción, con estas palabras:

"Por regla general, las excepciones perentorias pueden proponerse en la contestación de la demanda y alegarse en cualquiera de las instancias del juicio antes de la citación para sentencia".

El Art. 343 del C. J., al establecer la salvedad sobre la de prescripción advierte "que debe siempre proponerse o alegarse", o sea, si no se ha propuesto en la demanda, también puede alegarse en cualquiera de las instancias del juicio, antes del auto de citación para sentencia; e igual conclusión podría deducirse del Art. 2513 del C. C., que ordena alegarla a quien pretende aprovecharse de ella.

Dada la expresa alegación del demandado en esta segunda instancia, llenando a cabalidad la exigencia legal, se confirmará la sentencia apelada, ya que, por estar las partes de acuerdo en los demás extremos del pleito, hace innecesario hacer estudio de los elementos de la acción, los cuales, por otra parte, aparecen plenamente probados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia de primera instancia, proferida en este proceso por el Tribunal Superior de Medellín.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente, previas las cancelaciones de rigor.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

RECURSO DE HECHO. INTERPOSICION DE RECURSOS. NOTIFICACIONES PERSONALES

1. El efecto de la presentación personal, ante funcionario distinto al del conocimiento, del memorial en que se interpone un recurso, se limita a garantizar la autenticidad, pero no puede considerarse como acto de interposición del recurso. — La apelación sólo puede entenderse interpuesta, cuando el escrito respectivo llega a la secretaría del organismo o funcionario del conocimiento. 2. La regla que manda notificar personalmente al demandado el auto que confiere traslado de la demanda, no se refiere en forma alguna al demandante.

1. La presentación que ante funcionario distinto al del conocimiento, se hace del escrito en que se interpone un recurso tiene efecto, exclusivamente, en lo que concierne a la garantía de autenticidad, mas no puede considerársela como acto de interposición del recurso, el que sólo puede verificarse ante el organismo o funcionario del conocimiento, de suerte que la apelación sólo puede entenderse interpuesta cuando el escrito respectivo llega a la secretaría del organismo jurisdiccional que debe resolver sobre ella; de otro modo se abriría el camino a actuaciones sorpresivas en la tramitación y desarrollo de los juicios, que anarquizarían el procedimiento y quebrantarían principios tan esenciales como los de la preclusión de los términos y el de la lealtad que en la causa se deben recíprocamente las partes y que deben al juez.

2. La norma contenida en el artículo 307 del Código Judicial tiene por objeto clasificar las notificaciones según su forma, y si dice que "en lo general" se hacen personalmente es en virtud de lo prescrito en los artículos 309 y 311 del Código Judicial, y para denotar que es esa la forma común o más generalizada de efectuarlas, mas de ningún modo con el ánimo de abrogar reglas que como las de los artículos 309 y 310, son posteriores y tienen carácter especial, y señalan clara y explícitamente la manera de hacer las notificaciones.

El artículo 310 consagra la regla general de que los autos interlocutorios se notifican por anotación en estados, y solamente por vía de excepción la notificación personal, cuando así sea necesario hacerla, lo que en cada caso determina la ley, según se desprende del artículo 312.

Esta última disposición, en su ordinal 1º establece, como uno de los casos de excepción, que debe hacerse personalmente al demandado la notificación del auto que confiere traslado de la demanda, como una consecuencia del principio universal de razón que consagra el derecho

de defensa, por lo cual la expresada regla se vincula a la establecida en el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial que señala como causa de nulidad en todos los juicios la falta de citación o emplazamiento del demandado; regla, la del artículo 312, que en forma alguna se refiere al demandante a quien la ley supone obviamente enterado de su propia actividad ante el órgano jurisdiccional y consciente de la conducta personal que le incumbe por motivo de su demanda.

La regla del artículo 320, sólo mira a la fijación de la competencia para conocer del negocio, sin que tenga que ver con la forma como deba verificarse la notificación de las providencias judiciales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintisiete de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro).

(Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo).

El señor Alvaro Ricaurte Pardo, por medio de apoderado, demandó ejecutivamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el Departamento del Tolima, representado por el Gobernador, para el pago de una suma de dinero y los correspondientes intereses a la rata del seis por ciento anual a partir de la expiración del respectivo plazo.

El Tribunal, en auto de veinticinco de junio del presente año, denegó el mandamiento ejecutivo, por las razones que expresa en la mencionada providencia.

Esta fue notificada por estado el veintisiete de junio, y personalmente al señor fiscal de aquella corporación el treinta del mismo mes, habiendo quedado ejecutoriada, según constancia de la secretaría, el tres de julio "por el transcurso del término legal y el silencio de las partes".

El mismo tres de julio el apoderado judicial del demandante presentó personalmente ante el Juez Quinto Civil Municipal de Bogotá un memorial telegráfico, dirigido al Magistrado ponente en el juicio ejecutivo, en que interpone apelación contra el auto que denegó el mandamiento ejecutivo, memorial que fue recibido en la secretaría del Tribunal el cuatro, o sea al día siguiente de expirado el término, para interponer el recurso, motivo por el cual el Tribunal denegó la apelación en providencia de nueve de julio siguiente.

En estas circunstancias, la parte ejecutante, previa solicitud de reposición, que también fue denegada, de esta última providencia, ha recurrido de hecho ante la Corte para que se le conceda la apelación que le fue denegada por la corporación de primer grado.

Para fundar el recurso la parte ejecutante alega que "La notificación de la providencia, emitida por el Tribunal, el 25 de junio último, negatoria de librar el mandamiento de pago, primera resolución proferida dentro del juicio ejecutivo, que propuse, contra el Departamento del Tolima, debió hacérseme, personalmente, por mandato de los artículos 307, 312, 320 del C. de P. C., en relación con el artículo 981 del mismo cuerpo legal, para que pudiera producir efectos, a términos del artículo 327 ibidem". El resto de su exposición está destinado a desarrollar este argumento cardinal, mediante el examen exegético de las disposiciones legales en que se apoya.

Pues bien:

Vistos los artículos 484 y siguientes del Código Judicial, y considerando: que la presentación que ante funcionario distinto del de el conocimiento se hace del escrito en que se interpone un recurso tiene efecto, exclusivamente, en lo que concierne a la garantía de autenticidad, mas no puede considerársela como acto de interposición del recurso, el que sólo puede verificarse ante el organismo o funcionario del conocimiento, de suerte que la apelación sólo puede entenderse interpuesta cuando el escrito respectivo llega a la secretaría del organismo jurisdiccional que debe resolver sobre ella; de otro modo se abriría el camino a actuaciones sorpresivas en la tramitación y desarrollo de los juicios, que anarquizarían el procedimiento y quebrantarían principios tan esenciales como los de la preclusión de los términos y el de la lealtad que en la causa se deben recíprocamente las partes y que deben al juez.

Visto el artículo 307, y considerando: que esta norma sólo tiene por objeto clasificar las notificaciones según su forma, y que si dice que "en lo general" se hace personalmente es en virtud de lo prescrito en los artículos 309 y 311 del Código Judicial, y para denotar que es esa la forma común o más generalizada de efectuarlas, mas de ningún modo con el ánimo de abrogar reglas que como las de los artículos 309 y 310 son posteriores y tienen carácter especial, y señalan clara y explícitamente la manera de hacer las notificaciones.

Visto el artículo 310, y considerando: que él consagra la regla general de que los autos interlocutorios se notifican por anotación en estados, y solamente por vía de excepción la notificación personal, cuando así sea necesario hacerla, lo que en cada caso determina la ley según se desprende del artículo 312.

Vista esta última disposición, y considerando: que en su ordinal 1º establece, como uno de los casos de excepción, que debe hacerse personalmente al demandado la notificación del auto que confiere traslado de la demanda, como una consecuencia del principio universal de razón que consagra el derecho de defensa, por lo cual la expresada regla se vincula a la establecida en el ordinal 3º del artículo 448 del Código Judicial, que señala como causa de nulidad en todos los juicios la falta de citación o emplazamiento del demandado; regla, la del artículo 312, que en forma alguna se refiere al demandante a quien la ley supone obviamente enterado de su propia actividad ante el órgano jurisdiccional y consciente de la conducta procesal que le incumbe por motivo de su demanda.

Visto, por último, el artículo 320, y considerando: que esta regla sólo mira a la fijación de la competencia para conocer del negocio, sin que tenga que ver la forma como deba verificarse la notificación de las providencias judiciales.

LA SALA RESUELVE

No se admite el recurso de hecho interpuesto por el ejecutante, y consiguientemente se deniega, como ya lo hizo con acierto el Tribunal de primera instancia, la apelación de la misma parte contra el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, el veinticinco de junio de mil novecientos sesenta y cuatro.

Cópiese, notifíquese, comuníquese al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, para que deje constancia en el expediente respectivo, insértese en la *Gaceta Judicial* y archívese.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION REIVINDICATORIA CONTRA LA NACION. LA TRADICION INSCRITA Y EL REGIMEN DE LA LEY 200 DE 1936. PRESUNCION SOBRE BALDIOS Y MANERA DE DESVIRTUARLA. CONVALIDACION DE TITULOS. PRUEBA PERICIAL. RETROACTIVIDAD DE LA LEY. LA DEMANDA COMO ACTO DE VOLUNTAD. DETERMINACION DEL RESARCIMIENTO EN LA OCUPACION DE HECHO

1. Funciones y deberes de los peritos. — 2. Convalidación del título que en un principio fue nulo. — Tradición inscrita del dominio e interrupción de la tradición. — 3. Presunción sobre terrenos baldíos y manera de desvirtuarla, según se trate de predios rústicos o urbanos. — 4. Objeto específico de la prueba pericial. — Radio de acción de la actividad pericial. — 5. En cuanto no vulnere derechos adquiridos, nada se opone a que el legislador expida, cuando lo crea conveniente, leyes retroactivas. — Una de ellas es la Ley 200 de 1936, en lo que concierne a las regulaciones de la propiedad inmueble. — Eficacia de los títulos inscritos conforme al régimen de la Ley 200. — 6. La acción reivindicatoria contra el Estado y la demanda como acto de voluntad del actor. 7. Ocupación de hecho y determinación del resarcimiento. — 8. Los intereses legales como representación del lucro cesante.

1. La Sala encuentra aceptables las conclusiones, tanto del reconocimiento judicial como del pericial, porque es propio del perito (y lo mismo puede decirse del juez que hace el reconocimiento) operar "sobre datos ya procesales, que conoce o aprecia en virtud de un específico encargo judicial" (Guasp),'... Incluso debe entenderse como deber de los peritos que han de conceptuar sobre la localización de un inmueble verificar la exactitud de las afirmaciones que se hagan sobre concordancias del plano o mapa que se presenta como base para tal localización con el oficial del cual se dice que sirvió de base para su levantamiento.

2. Al referirse a la prueba instrumental, observa el fiscal que la escritura pública de 1905, relativa a la venta hecha a favor de Guillermo Campbell, solamente viene a registrarse en el año de 1948, y que por tanto en 1912, cuando éste transfiere el terreno a Betancourt, no era poseedor inscrito, por lo que el pretendido adquirente no llegó a ser legítimo dueño; ésto es, que la tradición quedó interrumpida en 1905, y mientras tanto la Nación incorporó legalmente los terrenos a su patrimonio como bien fiscal.

El Tribunal al estudiar el punto, observa que el registro del título a favor del Guillermo Campbell efectuado en 1948, dio plena validez al acto celebrado en 1905, conforme a lo prescrito en el artículo 767 del Código Civil; o sea, que "como la validación del título que en un principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título", en este caso no se ha interrumpido la tradición que alega el actor, puesto que convalidado por ratificación el título de 1905 los posteriores confirieron también la posesión inscrita a los sucesivos adquirentes. Expresa el Tribunal, además, que el acto ejecutado por el Estado, consistente en destinar los terrenos de La Loma a las obras del puerto local de Barranquilla, carecía de eficacia para interrumpir la tradición entre particulares, exigida por la Ley 200 de 1936, porque tal destinación no confiere el derecho de propiedad al Estado, ya que no es modo de adquirir el dominio conforme a la ley.

Nada tiene que objetar la Sala a las consideraciones del fallador de primer grado, pues que se fundan en norma legal expresa —el artículo 767 del Código Civil— y en la jurisprudencia de la Corte sobre el particular.

3. En el caso de autos se contempla, como cuestión fundamental, la disputa del dominio particular frente a las pretensiones del Estado. La Compañía demandante exhibe títulos de propiedad que comprenden un lapso mayor de cincuenta años, y la Nación llegó a ocupar el terreno a que se refieren tales títulos invocando como fundamento lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal), según el cual "se reputan baldíos, y, por consiguiente, de propiedad nacional; (...) c) Las islas de los ríos o lagos navegables por buques de más de cincuenta toneladas". Esta regla establece una presunción a favor del Estado, que puede desvirtuarse presentando la prueba de la propiedad particular, que lo es para los predios rústicos el título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, o los títulos inscritos anteriores a la Ley 200 de 1936 en que consten tradiciones del dominio por un lapso no menor del que exigen las leyes para la prescripción extraordinaria, salvo, en lo que atañe a los títulos inscritos anteriores a la ley, que se trate de terrenos no adjudicables, o reservados, o destinados a un servicio o uso público (Ley 200, Art. 3º); y respecto de los predios urbanos, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la ley, en que consten tradiciones del dominio por un lapso no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, sin que haya lugar en este caso a la expresada salvedad, pues que el artículo 7º, *in-fine*, de la Ley 200 ordena que las demás disposiciones de dicho estatuto no se apliquen a la propiedad urbana.

4. El expositor Luis Alzate Noreña dice que los peritos expresan "no sólo sus observaciones materiales y sus impresiones personales, acerca de los hechos observados, sino también las inducciones que deben derivarse objetivamente de los hechos observados o tenidos como existentes" (Pruebas Judiciales), lo que coincide con lo indicado por la Corte, cuando dice que la prueba pericial "no degenera en testimonio, porque los peritos hayan hecho el justiprecio en virtud de conocimiento que tuvieron de la finca en época pretérita, conforme a los hechos consig-

nados en la memoria de ellos, y no en virtud del conocimiento presente del inmueble" (XXV, 409). La peritación no es, ciertamente, un simple recuento de hechos percibidos por conducto inmediato de los sentidos, materia propia del testimonio, sino un razonamiento que lleva a una cierta conclusión por un proceso de inducciones o deducciones lógicas; pero ésto no quiere decir que el perito deba prescindir sistemáticamente de sus percepciones sensibles como elementos de juicio, pues esas percepciones pueden a veces ser factor de acierto en la elaboración del dictamen. Lo que se le exige no es que prescinda de modo absoluto de todo dato de orden meramente histórico, sino que la conclusión a que llegue sea el resultado de operaciones intelectuales realizadas conforme a los principios de una técnica o a la experiencia personal.

5. Huelga decir, que no teniendo origen constitucional, el principio de la irretroactividad de la ley, en cuanto no vulnere derechos adquiridos, en la legislación columbiana, nada se opone a que el legislador expida, cuando lo crea conveniente, leyes retroactivas. Una de ellas es la Ley 200 de 1936, en lo que concierne a las regulaciones de la propiedad inmueble que contiene, y así lo ha admitido la Corte en forma constante. Según lo expresó esta Sala en sentencia de 13 de marzo de 1939, los títulos inscritos no sólo son un medio nuevo de prueba en el régimen de la Ley 200, "sino que al propio tiempo constituyen o crean el dominio privado (...). No es tan sólo un medio nuevo de prueba del dominio particular el que se consigna en la ley, al decirse que la propiedad privada puede acreditarse con títulos inscritos, en unos casos, y en otros con título anterior al 11 de octubre de 1821. Si estas normas se aplicaran entre particulares, para comprobar el dominio, serían únicamente un medio de prueba de la propiedad; pero como han de producir efectos entre aquéllos y el Estado, tales disposiciones no juegan apenas el papel de permitir o autorizar una forma de comprobación del dominio, sino de constituirlo, porque se trata de tierras sin título emanado de aquél, y que por virtud de la Ley 200 adquirieron el carácter de particulares. Los medios nuevos allí previstos son el elemento transmisor de la propiedad del patrimonio nacional al patrimonio privado. Y vistos por este aspecto entrañan el reconocimiento de la legitimidad en la apropiación de los baldíos, en condiciones especiales, no permitidas antes. El Estado, al entregar la propiedad de los baldíos, en las formas nuevas de la Ley 200, renuncia al *status* legal que hasta la expedición de dicho estatuto protegía su dominio sobre ellos, y se coloca en el plano jurídico que corresponde al orden creado por ella. Esa renuncia a usar de los antiguos elementos defensivos de la propiedad de la Nación, impone como consecuencia necesaria, la de que los mandatos de la ley operan desde el momento en que ella entra en vigor (...). Su determinación debe producir efectos inmediatos, si los particulares satisfacen los requisitos exigidos, porque a la voluntad del órgano competente del soberano nada cabe agregar" (*Gaceta Judicial*, XLVIII, 107, 112). Y si lo que la ley ha establecido, es un sistema o *modo* de adquisición de la propiedad territorial baldía, mediante la posesión inscrita durante el lapso de la prescripción extraordinaria, parece lógico que pueda constituirse la propiedad privada en virtud de títulos no sólo anteriores a la ley, sino que hubieren completado la tradición del dominio por el lapso de esa prescripción, con anterioridad al acto que constituyere una reserva sobre los respectivos terrenos o los destinare a un servicio público; y en ese caso

el acto de destinación o de reserva no puede producir efectos por haberse consumado ya la transferencia del dominio público al particular. Sin que valga el argumento fundado en la irretroactividad de la ley, pues, como queda dicho, el legislador puede darle efecto retroactivo, y en el caso de la Ley 200, obviamente se lo otorgó en cuanto consagra la adquisición de baldíos mediante la posesión inscrita con títulos anteriores a ella.

6. En casos como el que se contempla en estos autos, frente al hecho de la ocupación material del inmueble, por una entidad de derecho público, sin que haya precedido el juicio de expropiación que ordenan la Constitución y la ley, el legítimo propietario tiene la acción prevista en el Título 12, Libro 2º, del Código Civil, o sea, la establecida en beneficio del dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea obligado a restituírsela; pero como, por otra parte, la demanda implica un acto de voluntad del actor, a ella debe atenerse el fallador en cuanto expresa las pretensiones que se formulan ante el órgano jurisdiccional. En el caso presente la demanda condiciona la restitución en especie, a la circunstancia de que el inmueble no se encuentre ocupado por un servicio público, y solicita que en el evento de que lo esté la restitución se verifique en dinero; ésto es, que en el caso de ocupación del terreno con un servicio público, la pretensión se limita al resarcimiento de perjuicios. Y como de autos aparece que el Estado tiene ocupado el lote perteneciente a la firma demandante con obras del puerto fluvial de Barranquilla, la sentencia debe dictarse en consonancia con esta última pretensión, mediante el reconocimiento del daño ocasionado con la ocupación de hecho y la orden de indemnizarlo.

7. En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que el resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o servicio público ocasiona, pues si así fuera el damnificado no sólo percibiría el monto del daño sufrido, sino que también vendría a derivar un provecho adicional motivado por la misma causa a que se atribuye el perjuicio, es decir, que obtendría un enriquecimiento injusto.

8. Habrá de adicionarse la sentencia de primer grado en el sentido de que la Nación debe pagar a la parte actora, los intereses legales de la suma a que monte la indemnización, pues la acción en casos como el presente, se resuelve en la de daños —que es la implícitamente entablada por el actor— y el resarcimiento de perjuicios, supone el del daño emergente y lucro cesante, representado éste por los intreses legales de la suma a que ascienda el perjuicio a partir de la ocupación.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre dos de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo).

La Compañía de Transportes Betancourt, S. A., en liquidación, promovió por medio de apoderado, ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, juicio ordinario de mayor cuantía contra la Nación, a fin de provocar las siguientes declaraciones y condenas:

"*Primera.* Que pertenece a la Compañía de Transportes Betancourt, S. A., en liquidación, representada por su liquidador, Santiago Ruso E., la propiedad del lote de terreno, con la casa alta y baja de madera en él construida, ubicado en el lugar denominado La Loma del área urbana de la ciudad de Barranquilla, que mide cincuenta metros (50 m.) de frente por setenta metros (70 m.) de fondo, y comprendido por los siguientes linderos: 'Por el norte, con terreno que es o fue de Guillermo Campbell; por el sur, con terrenos que fueron de Rafael Salcedo; por el oriente, con terreno que es o fue de la sucesión de Manuel María Bula; y por el occidente, caño en medio, con terrenos que fueron de la que en esta ciudad se conoció con la denominación de Compañías Aliadas de Transportes", propiedad que le corresponde por haber perdido el mencionado terreno su calidad originaria de baldío, ya que la compañía lo adquirió con títulos inscritos, otorgados con anterioridad a la vigencia de la Ley 200 de 1936 que acreditan tradiciones del dominio, por lapso mayor del que las leyes señalan para la prescripción extraordinaria, y que se halla ubicado dentro del área urbana de la ciudad.

"*Segunda.* Que se condene a la Nación, actual poseedora del inmueble, a restituirlo en especie a la parte demandante, después de vencido el término que se indique en el fallo o que éste se ejecutorie, por las medidas y linderos con que aparece singularizado en la petición primera, o por los que en el juicio se comprueben.

"*Tercera.* Que en subsidio de lo solicitado en la petición segunda, se condene a la entidad demandada, actual poseedora, a restituirle en especie a la parte demandante, las porciones del lote de terreno, objeto del litigio que en el juicio se compruebe estar libres de toda ocupación con obras del puerto local de Barranquilla o de cualquiera otro servicio público nacional, por las medidas y linderos que se establezcan; y a restituirle en dinero las otras porciones del mismo terreno que la Nación se haya puesto en imposibilidad de restituir en especie, por comprobarse que las tiene ocupadas con las mencionadas obras del puerto local de Barranquilla o con cualquiera otro servicio público nacional, por hecho y culpa que le son imputables, por las medidas y linderos que aparezcan también comprobadas, y con los avalúos que hagan peritos en el juicio, si el fallo se pronunciare en concreto, o por los que deban hacerse posteriormente, si la condena se hiciere en abstracto, quedando las restituciones sujetas al vencimiento del término que se fije en la sentencia o a la ejecutoria de ésta.

"*Cuarta.* Que si se comprobare en el juicio que la Nación, poseedora actual del inmueble, se ha puesto en imposibilidad de hacer la restitución en especie de la totalidad del lote de terreno, objeto de la litis, o de una parte en especie y otra en dinero, conforme a lo solicitado en la petición tercera, por hallarse ocupada la totalidad, por sus medidas y linderos, con obras del puerto local de Barranquilla u otra obra de servicio público nacional, se le condene entonces a hacer la restitución en dinero, según la estimación que por peritos se hiciere en el juicio, si el fallo se pronunciare en concreto, o conforme al avalúo que deba hacerse separadamente en caso de un pronunciamiento en abstracto. Esta súplica aparece formulada como subsidiaria de la segunda y tercera precedentes.

Son hechos en que el actor funda la demanda, los siguientes:

1º La compañía demandante adquirió el terreno, objeto de la litis, y una casa alta y baja de madera en él edificada, inmueble que mide cincuenta metros (50 m.) de frente por setenta metros (70 m.) de fondo, determinado por

los linderos descritos en la petición primera, de la antigua Compañía de Transportes Betancourt, S. A., constituida por escritura pública número 1110 de 16 de noviembre de 1934, de la Notaría 3ª del Circuito de Barranquilla.

2º Esta compañía lo había adquirido, por su parte, de Ernesto Correa Suárez, según contrato que se hizo constar en la escritura pública número 73 de 21 de enero de 1935, de la misma Notaría 3ª de Barranquilla.

3º Ernesto Correa Suárez, lo hubo de la Empresa Fluvial de M. Betancourt, como consta en el instrumento público número 1134 de 24 de noviembre de 1934, de la Notaría ya nombrada.

4º La Empresa Fluvial de M. Betancourt lo adquirió por aporte que a ella hizo el socio Manuel Betancourt, conforme a la escritura pública número 2625 de 10 de septiembre de 1927, de la Notaría 2ª de Barranquilla.

5º Manuel Betancourt lo compró a Guillermo Campbell, según instrumento público número 1380 de 26 de diciembre de 1912, de esta última notaría.

6º Guillermo Campbell lo compró a Napoleón Salcedo R., según consta en el instrumento público 375 de 26 de abril de 1905, de la Notaría 1ª de Barranquilla.

7º Napoleón Salcedo lo adquirió de Diego A. Glen, conforme a la escritura pública número 230 de 5 de mayo de 1896, de la Notaría 2ª del nombrado Circuito.

8º Diego A. Glen lo hubo de José Trinidad Jinete, por medio de la escritura pública número 138 de 13 de agosto de 1883, de la misma notaría.

9º José Trinidad Jinete adquirió, finalmente, la posesión material del terreno por explotación económica del suelo (cultivos), por cuyo motivo el Concejo Municipal de Barranquilla, le transfirió el dominio el 12 de marzo de 1882, a todo lo cual se refieren las escrituras públicas números 138 de 13 de agosto de 1883 y 230 de 5 de mayo de 1896 ya citadas.

10. Todos los títulos que quedan relacionados fueron oportunamente inscritos en los libros correspondientes de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla.

11. Las personas que figuran como propietarias del inmueble en los anteriores títulos ejercieron tranquila, pacífica e ininterrumpida posesión material sobre el inmueble, la que suma a la suya inscrita la entidad demandante.

12. El lote de terreno que reclama la parte actora en este juicio se halla ubicado en el lugar denominado La Loma, del área urbana de la ciudad de Barranquilla.

13. Dicho lote es una parte y se localiza por sus medidas y linderos dentro de otro de mayor extensión que el Gobierno Nacional tomó asignándole la calidad de reserva territorial del Estado, en calidad de baldío, habiéndolo destinado en tal concepto a las obras del puerto local de Barranquilla, por medio del Decreto ejecutivo número 2210 y de la Resolución 223 del Ministerio de Industrias, expedidos en 1932, con lo cual desposeyó al legítimo dueño. Este terreno de mayor extensión se encuentra comprendido, según el decreto y la resolución

citados, dentro de los siguientes linderos: "Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el caño denominado de Los Tramposos; por el este, el mismo río Magdalena; y por el oeste, el caño denominado de Las Compañías", también llamado La Tablaza.

14. La Nación se halla en posesión material del lote de terreno, objeto de la litis, desde fines de diciembre de 1932, teniéndolo como reserva territorial del Estado (baldío).

15. El Gobierno Nacional dispuso cambiarle al globo de tierras singularizado por sus linderos en el Decreto 2210 de 1932, y consiguientemente, al terreno que reclama el actor, la calidad de baldío que lo había asignado, por la de bien fiscal del Estado, como se lee en la Resolución número 223 proferida por el Ministerio de Industrias en 1932, la que aparece prevista en aquel Decreto.

16. Una porción del terreno que reclama la parte demandante, está ocupada con el edificio del Hospital Sanitario, y la otra, con los patios del malecón, pertenecientes al puerto local de Barranquilla.

17. En el decreto y la resolución citados, se tiene el globo de tierras delimitado en los mismos, y de consiguiente, al que reclama el actor, como constitutivo de una isla situada en el río Magdalena; sin embargo, al recorrer dichas tierras, se observa fácilmente que están situadas en la banda occidental del mencionado río y que en verdad se trata de una zona, que en virtud de dragados hechos por el hombre, adquirió antes la figura geográfica de una isla, que las aguas que lo circundan no están alimentadas por corrientes naturales, y que cuando los dragados periódicos se suspenden, las bocas de contacto de sus canales con el río se tapan y las aguas quedan estancadas, por lo cual el mencionado globo se le tiene como una parte de la llamada zona negra de Barranquilla.

El Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla, a quien se dio traslado de la demanda anterior, la contestó oponiéndose a las peticiones formuladas en el libelo y manifestando no constarle los hechos en que ellas se apoyan.

Abierto el juicio a pruebas, dentro del término correspondiente, se recibieron varios testimonios, y se practicó en el inmueble una inspección ocular, con intervención de peritos.

Presentados los alegatos de conclusión y citadas las partes para sentencia, el Tribunal profirió la que en su parte resolutiva decide:

"Primero. Declárase que la Compañía de Transportes Betancourt, S. A., en liquidación, representada por su liquidador, doctor Santiago Rozo E., es dueño del inmueble a que se refiere la petición primera de la demanda, el cual se halla en el sitio denominado 'La Loma', del área urbana d la ciudad de Barranquilla, y cuyos linderos y medidas se indican en la misma petición primera de la demanda.

"Segundo. Condónase a la Nación a pagar a la Compañía de Transportes Betancourt, S. A., en liquidación, representada por su liquidador, doctor Santiago Rozo E., el valor del inmueble a que se refiere el punto anterior, mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública sobre transferencia del mismo inmueble a la Nación.

"La fijación del valor que deba pagar la Nación, se hará mediante el trámite del artículo 553 del Código Judicial y de conformidad con las bases indicadas en la parte motiva".

De esta sentencia apelaron tanto la parte actora como la Nación, por lo cual han subido los autos al conocimiento de la Corte, donde se tramitó la segunda instancia con intervención del señor Procurador Delegado en lo Civil; y habiendo finalizado con la audiencia pública, en la cual sólo intervino el apoderado de la compañía demandante, previa citación para sentencia, y después de una suspensión del proceso durante varios años a solicitud de las partes, ha llegado el momento de proferir la de segundo grado, a lo cual procede la Sala, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

La Compañía de Transportes Betancourt, S. A., se constituyó por escritura pública número 50 de 14 de enero de 1937, de la Notaría 2ª de Barranquilla, y se declaró disuelta y en estado de liquidación por instrumento público número 397 de 31 de marzo de 1938, de la Notaría 3ª del mismo Circuito (Fls. 23 a 32 y 36 a 37 v., Cuad. 1º). Su actual liquidador es el doctor Santiago Rozo E., como consta en el acta protocolizada por escritura pública número 932 de 5 de marzo de 1941, de la Notaría 3ª (Fls. 60, 61, Cuad. 1º). Estos actos fueron legalmente registrados en la Cámara de Comercio de Barranquilla, según aparece en el certificado expedido por el presidente y el secretario de esa entidad, visible al folio 13 del cuaderno principal.

A la expresada sociedad anónima se incorporaron, según la citada escritura número 50 de 14 de enero de 1937, los bienes pertenecientes a la extinguida sociedad M. Betancourt & Cía., entre ellos el inmueble, objeto de este juicio, el que había sido adquirido por esta última entidad por compra a Ernesto Correa Suárez, según escritura pública número 73 de 21 de enero de 1935 (Fls. 51 a 55, Cuad. 1º). Correa Suárez lo había adquirido por compra a M. Betancourt & Cía., como aparece de la escritura pública número 1134 de 24 de noviembre de 1934 Fls. 16 a 20, Cuad. 1º). M. Betancourt & Cía., lo recibió al constituirse la sociedad, como aporte del socio Manuel Betancourt, conforme a la escritura pública número 2625 de 10 de septiembre de 1927 (Fls. 46 a 50, Cuad. 1º), y éste por compra a Guillermo Campbell, según escritura número 1300 de 26 de diciembre de 1912 (Fl. 35, Cuad. 1º). Guillermo Campbell lo hubo por venta que de él le hizo Napoleón Salcedo, según consta en la escritura pública número 375 de 26 de abril de 1905 (Fls. 56 y 56 v., Cuad. 1º), y Salcedo por compra a Diego A. Glen, por escritura 230 de 5 de mayo de 1896 (Fls. 33 y 34, Cuad. 1º). Diego A. Glen lo adquirió, por último, por compra a José Trinidad Jinete, conforme a la escritura pública número 133 de 13 de agosto de 1883 (Fls. 21 y 22, Cuad. 1º).

Todos los anteriores títulos se hallan legalmente registrados. Así aparece en las respectivas copias que obran en el expediente, y lo certifica, además, el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Barranquilla, el 23 de abril de 1952, con anotación de que el registro de la propiedad de la Compañía de Transportes Betancourt, S. A., se encuentra vigente y el inmueble libre de todo gravamen (Fls. 7 a 11, Cuad. 1º).

Por lo demás, el globo de terreno a que se refieren los títulos relacionados fue identificado durante la inspección ocular practicada el 21 de mayo de 1954 por el Tribunal del conocimiento, y por los peritos que intervinieron en la

diligencia, quienes anotan en su dictamen que los linderos del terreno, coinciden exactamente con los que aparecen señalados en la petición primera de la demanda y con los que figuran en las escrituras públicas números 1380 de 1912, 2625 de 1927 y 50 de 1937, de la Notaría 2ª de Barranquilla, y 1134 de 1934 y 73 de 1935, de la Notaría 3ª del mismo Circuito.

Por otra parte, en el acta de la diligencia de reconocimiento judicial, decretada por la Corte para mejor proveer, y realizada con intervención de peritos, consta que para identificar nuevamente el lote, el personal de la diligencia procedió así: "Se tomó como base el plano de la ciudad de Barranquilla (...) que muestra el sector de La Loma, destinado por el Decreto ejecutivo número 2210 de 1932, para las obras del puerto de Barranquilla, el cual figura al folio 3º del cuaderno principal de este juicio, y debidamente autenticado por la secretaría de obras públicas municipales, en agosto 21 de 1948, así como también por el ingeniero jefe de los trabajos de saneamiento de la zona negra, en agosto 20 del mismo año. Dicho plano consulta y tiene como antecedentes, los siguientes planos: a) El levantado en 1946 por el Departamento de Malariología para el estudio de la zona negra; y b) El oficial de Barranquilla, levantado en 1920 por Gehbardt & Cía." Este último aparece mencionado, en efecto, entre los consultados para el levantamiento del que figura en los autos, suscrito por Marthe & Cía., que según certificación de la Secretaría de Obras Públicas de Barranquilla, está de acuerdo con aquél, en lo relativo a "las orillas de los caños que se muestran en líneas de trazos", lo que dio pie a los peritos para examinar el oficial elaborado por Gehbardt & Cía. en 1920 y afirmar que en éste figura como predio urbano el que es objeto de la litis. Hecha así su localización, con el auxilio de los tres planos mencionados, el personal de la diligencia obró de la siguiente manera, para su completa identificación: "Partiendo de la esquina sur-occidental del edificio de la Clínica del Terminal Marítimo y Fluvial, ubicado en la banda occidental del canal "A", se procedió a localizar el terreno que de la Nación demanda la Compañía de Transportes Betancourt, y para tal efecto se midieron cuatro metros (4 m.) siguiendo la línea de la fachada sur de la citada clínica, hacia el Este, quedando así localizado el vértice del ángulo nor-occidental del referido lote. De esta esquina se procedió a proyectar las tres restantes, midiendo las distancias y siguiendo los rumbos indicados en el plano, dando a los lados norte y sur del lote de terreno, una longitud de sesenta y seis metros (66 m.), y a los lados Este y Oeste una longitud de cincuenta metros (50 m.). Hechas las operaciones aritméticas correspondientes, dio una área total de *tres mil trescientos* metros cuadrados (3.300 m.2), cabida equivalente a la señalada en el plano oficial consultado".

Los peritos por su parte, llegan a las siguientes conclusiones: "Estudiando el plano levantado por la firma Marthe y Prieto, el cual tiene como base el plano oficial de Barranquilla, levantado en 1920 por Gehbardt y Compañía, y que se ha venido aceptando como documento oficial, debidamente refrendado por la Secretaría de Obras Públicas Municipales y por el ingeniero jefe de la Sección de Malariología, se llega a la conclusión de que el terreno, objeto de la demanda, era en 1932 un inmueble urbano. La proximidad del citado terreno al cruce de la calle 32 con la actual carrera 46 (antes Callejón del Rosario), zona que en realidad es una prolongación del Paseo Bolívar y edificada; su corta distancia a edificaciones importantes en esa época, como los Cuarteles del Ejército y las Oficinas del Correo y de Telégrafos Nacionales, permiten llegar a la conclusión de que el tantas veces mencionado lote de terreno era un inmueble urbano. Además de figurar el citado lote en el plano oficial de la

ciudad de Barranquilla, elaborado en 1920 por Gehbardt y Compañía, antes de 1932 estaba inscrito en el catastro municipal como un inmueble urbano, según se expresa en el certificado de la Oficina Nacional de Catastro, Seccional del Atlántico, que acompañamos a este informe".

La Sala encuentra aceptables las conclusiones, tanto del reconocimiento judicial como del pericial, porque es propio del perito (y lo mismo puede decirse del juez que hace el reconocimiento) operar "sobre datos ya procesales, que conoce o aprecia, en virtud de un específico encargo judicial" (Guasp), y la calidad de plano oficial de Barranquilla y la de antecedente del elaborado por Marthe & Cía., que se predican del de Gehbardt & Cía. y movieron al personal de la diligencia a consultarlo, son datos procesales que por ser conocidos en la causa y hallarse debidamente acreditados en ella, autorizaban esa consulta, ya que incluso debe entenderse, como deber de los peritos, que han de conceptuar sobre la localización de un inmueble, verificar la exactitud de las afirmaciones que se hagan sobre concordancias del plano o mapa que se presenta, como base para tal localización con el oficial del cual se dice que sirvió de base para su levantamiento; y porque, conocida la localización del lote a que se refiere la demanda con el auxilio de los planos mencionados, el Tribunal que practicó la diligencia ejecutó, con la intervención de peritos ingenieros, las operaciones adecuadas para establecer sobre el terreno los linderos y la extensión del predio, en forma a la cual ni se ha hecho, ni la Corte halla observación qué hacer.

II

Al referirse a la prueba instrumental, observa el Fiscal, que la escritura pública 375 de 26 de octubre de 1905, relativa a la venta hecha por Napoleón Salcedo a Guillermo Campbell, solamente vino a registrarse en el año de 1948, y que por tanto en 1912, cuando el segundo transfirió el terreno a Manuel Betancourt, no era poseedor inscrito, por lo que el pretendido adquirente no llegó a ser legítimo dueño; ésto es, que la tradición quedó interrumpida en 1905, y mientras tanto la Nación incorporó legalmente los terrenos a su patrimonio como bien fiscal.

El Tribunal al estudiar el punto, observa que el registro del título a favor de Guillermo Campbell, efectuado en 1948, dio plena validez al acto celebrado en 1905, conforme a lo prescrito en el artículo 767 del Código Civil; o sea, que "como la validación del título, que en un principio fue nulo, efectuada por la ratificación, o por otro medio legal, se retrotrae a la fecha en que fue conferido el título", en este caso no se ha interrumpido la tradición que alega el actor, pues que convalidado por ratificación el título de 1905, los posteriores confirieron también la posesión inscrita a los sucesivos adquirentes. Expresa el Tribunal, además, que el acto ejecutado por el Estado, consistente en destinar los terrenos de La Loma a las obras del puerto local de Barranquilla, carecía de eficacia para interrumpir la tradición entre particulares, exigida por la Ley 200 de 1936, porque tal destinación no confiere el derecho de propiedad al Estado, ya que no es modo de adquirir el dominio conforme a la ley.

Nada tiene que objetar la Sala a las consideraciones del fallador de primer grado, pues que se fundan en norma legal expresa —el artículo 767 del Código Civil— y en la jurisprudencia de la Corte sobre el particular.

III

Por Decreto número 2210 de 22 de diciembre de 1932, el Gobierno Nacional, destinó a las obras del puerto local de Barranquilla, los terrenos baldíos que "se encuentren" en la isla del río Magdalena, ubicada en el mencionado municipio, comprendida dentro de los siguientes linderos generales: "Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el caño de Los Tramposos; por el este, el río Magdalena; y por el occidente, el caño de Las Compañías". En el artículo 3º del citado Decreto, se declara que la reserva deja a salvo los derechos legítimamente adquiridos. El Ministerio de Industrias, por su parte, dio a los terrenos a que se refiere el decreto, el carácter de bienes fiscales aplicables a las obras mencionadas, por Resolución número 223 de 23 de diciembre de 1932.

En la diligencia de reconocimiento judicial, practicada en la primera instancia se estableció la existencia, en el globo de tierras, alindado como se acaba de expresar, de las siguientes obras: para el servicio del puerto local de Barranquilla, el malecón o muelles con sus patios de entrada y de salida, de cargue y descargue, los edificios de la intendencia fluvial, los del Hospital de Sanidad, los talleres de la canalización y los canales A, B y C; y para el servicio del Ejército, varios cuarteles y el edificio del arsenal. También establecieron los peritos, que la Nación se halla en posesión material de todo el globo de tierras identificado, que ocupa con las obras allí realizadas, excepto una zona situada al norte que ocupan sus dueños: Eternit Atlántico, S. A., Naviera Colombiana, Juan Campo Sarrano y otros. Los testimonios de Roberto E. de Castro, Clímaco Conde Galofre y José Bermúdez corroboran la ocupación efectiva por el Gobierno, del inmueble reclamado por la compañía demandante.

IV

En el caso de autos se contempla, como cuestión fundamental, la disputa del dominio particular frente a las pretensiones del Estado. Ya se ha visto cómo la Compañía de Transportes Betancourt, S. A., exhibe títulos de propiedad que comprenden un lapso mayor de cincuenta años, y cómo la Nación llegó a ocupar el terreno a que se refieren tales títulos, invocando como fundamento lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 110 de 1912 (Código Fiscal), según el cual "se reputan baldíos, y, por consiguiente, de propiedad nacional: (...) c) Las islas de los ríos o lagos navegables por buques de más de 50 toneladas". Esta regla establece una presunción a favor del Estado, que puede desvirtuarse, presentando la prueba de la propiedad particular, que lo es para los predios rústicos el título originario, expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, o los títulos inscritos, anteriores a la Ley 200 de 1936, en que consten tradiciones del dominio por un lapso no menor del que exigen las leyes para la prescripción extraordinaria, salvo, en lo que atañe a los títulos inscritos anteriores a la ley, que se trate de terrenos no adjudicables, o reservados, o destinados a un servicio o uso público (Ley 200, Art. 3º); y respecto de los predios urbanos, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la ley, en que consten tradiciones del dominio, por un lapso no menor del que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, sin que haya lugar en este caso, a la expresada salvedad, pues que el artículo 7º, *in-fine*, de la Ley 200, ordena que las demás disposiciones de dicho estatuto no se apliquen a la propiedad urbana.

No habiendo duda alguna sobre que los títulos presentados por el actor, satisfacen el requisito de la tradición del dominio anterior a la ley, durante el término señalado para la prescripción extraordinaria, resta examinar si en este

juicio se han producido pruebas que desvirtúen la presunción de dominio consagrada en favor del Estado, y que consiguientemente acrediten propiedad particular sobre el inmueble.

En la inteligencia de que la técnica urbanística exige demarcar, dentro del perímetro de una ciudad o caserío, un área circundante no edificada para el ensanche y desarrollo futuros, en función de ciertos coeficientes de crecimiento urbano, el artículo 28 del Decreto número 59 de 1938, prevé qué debe entenderse por área urbana, en defecto de regla particular al respecto. Dice así: "Para los efectos del artículo 7º de la Ley 200, se entiende por propiedad urbana, la predial que se halle ubicada dentro de las áreas de población fijadas legalmente o, a falta de esta fijación, a una distancia que no exceda de cien (100) metros de las últimas edificaciones que constituyan el núcleo de la respectiva población o caserío". No se trata ciertamente, en este caso, de una norma de carácter probatorio, sino de la definición de una calidad que puede acreditarse por cualquiera de los medios de prueba reconocidos en la ley.

El carácter urbano del predio desde 1932, aparece claramente indicado en el juicio por los siguientes hechos: 1) Los peritos que dieron dictamen en la segunda instancia, en virtud de providencia para mejor proveer, informan que en la época expresada tenía esa calidad: a) Por la proximidad en que se hallaba el terreno a algunas vías urbanas y a varias edificaciones de importancia en aquella época; b) Porque como urbano, figura el lote litigioso en el plano oficial de Barranquilla, levantado en 1920 por Gehbardt & Cía.; y c) Porque con la misma calidad aparece registrado en el Catastro de 1932. 2) Desde el año de 1929 el Concejo de Barranquilla, autorizó a Julio E. Gerlein y William Laad & Cía., para urbanizar el predio llamado Villanueva, que forma parte del globo general, denominado La Loma y está situado a inmediaciones del que en este juicio se disputan la Nación y la parte demandante (Acta número 16, correspondiente a la sesión del Concejo, de 22 de marzo de 1929, inserta en el número 604 de la Gaceta Municipal. 3) En el número 923 de la citada Gaceta, aparece publicada la Resolución número 3 de 1941, también del Concejo Municipal, en la que se hace referencia a la escritura 1152 de 25 de marzo de 1929, de la Notaría 2ª de Barranquilla, en que consta que el personero municipal, autorizado por el Concejo, recibió las calles y plazas de aquella urbanización. 4) En el Acuerdo número 16 de 1942, publicado en el número 1057 de la Gaceta, el Concejo señaló el perímetro urbano de la ciudad, quedando comprendido en él, el globo de terreno denominado La Loma, del cual forma parte el inmueble en litigio.

Pero si con todo no fuese suficiente el anterior acopio probatorio, dicen los peritos que actuaron en la primera instancia: "Comprobamos (...) que el identificado es terreno situado dentro del perímetro urbano de la ciudad; que sus linderos norte, sur y occidental se hallan a distancia mucho menor de cien metros de las antiguas edificaciones de la ciudad: un sector sobre la banda oriental de la calle 30; otro en la misma banda de la Avenida Hércules; otros en la banda sur del antiguo caño de Los Tramposos; y otros a la orilla norte del sector llamado Barranquillita"; situación que aparece corroborada en la peritación practicada por orden de la Corte, en la cual informan los peritos: "(...) En 1932 existían en las cercanías del predio citado lo que los peritos anteriores llamaron 'edificaciones antiguas de la ciudad', algunas de las cuales ya han sido reemplazadas por modernas construcciones y otros han desaparecido para permitir el paso a los ensanches y ampliaciones de vías urbanas. Además,

si se examinan detenidamente ciertos detalles de algunas de estas edificaciones que aún existen, tales como su tipo de construcción, materiales empleados, etc., se llega fácilmente a la conclusión de que fueron construidos hace más de treinta años. Estas edificaciones están situadas aproximadamente a 60 mts. del lote de terreno objeto de la demanda". Con lo cual éste queda definido como urbano en virtud de lo prescrito en el artículo 28 del Decreto 59 de 1938.

El expositor Luis Alzate Noreña dice que los peritos expresan "no sólo sus observaciones materiales y sus impresiones personales acerca de los hechos observados sino también las inducciones que deben derivarse objetivamente de los hechos observados o tenidos como existentes" *(Pruebas Judiciales)*, lo que coincide con lo indicado por la Corte cuando dice que la prueba pericial "no degenera en testimonio porque los peritos hayan hecho el justiprecio en virtud de conocimiento que tuvieron de la finca en época pretérita, conforme a los hechos consignados en la memoria de ellos, y no en virtud del conocimiento presente del inmueble" (XXV, 409). La peritación no es, ciertamente, un simple recuento de hechos percibidos por conducto inmediato de los sentidos, materia propia del testimonio, sino un razonamiento que lleva a una cierta conclusión por un proceso de inducciones o deducciones lógicas; pero esto no quiere decir que el perito deba prescindir sistemáticamente de sus percepciones sensibles como elementos de juicio, pues esas percepciones pueden a veces ser factor de acierto en la elaboración del dictamen. Lo que se le exige no es que prescinda de modo absoluto de todo dato de orden meramente histórico, sino que la conclusión a que llegue sea el resultado de operaciones intelectuales realizadas conforme a los principios de una técnica o a la experiencia personal. De la peritación que obra en estos autos puede decirse que de ciertas observaciones materiales e impresiones personales relativas a la situación del inmueble en 1932, pero no sólo de ellas, sino también de la confrontación de planos entre sí y con la realidad objetiva o topográfica, infieren que el lote litigioso tenía en el año expresado la condición de urbano; así como por su conocimiento personal, pero asimismo por el tipo de construcción y por la clase de los materiales empleados en las llamadas "edificaciones antiguas de la ciudad", llegan a la conclusión de que el expresado lote quedaba situado a menos de sesenta metros del núcleo urbanizado. Por estos motivos la peritación es admisible para probar los hechos objeto de la peritación.

V

Pero el señor Procurador, tras de manifestar en su alegato de conclusión que el presente juicio hace parte de una serie de controversias similares "que invariablemente ha perdido la Nación", expresa que "a pesar de los numerosos fallos en contra que se han dictado" aún hay aspectos del asunto que no han sido suficientemente estudiados, por lo cual vale la pena que la Corte vuelva sobre ellos. Tales aspectos son el relativo al carácter de predio urbano que el globo de tierras de La Loma tuviera en 1932 y el referente a la condición de isla que en la misma época pudo tener el mismo terreno.

Respecto del primer punto, la observación del señor Procurador halla respuesta en las consideraciones que se acaban de hacer, las que por eso no es necesario repetir.

Respecto del segundo, dice el funcionario que "la afirmación que hacen los peritos de que si la porción territorial llamada La Loma 'alguna vez pudo tomar la figura geográfica de una isla en razón de los dragados periódicos que

se vienen haciendo en las bocas de contacto con el río, de los caños de Los Tramposos y de Las Compañías, con el fin de impulsar las aguas del río hacia esos caños, las que no están impulsadas por corrientes naturales, y que en las épocas de sequía se corrompen por la misma razón expuesta', no constituye propiamente un dictamen científico y cualquiera habría podido hacerlo sin necesidad de poseer conocimientos especiales"; y agrega: "No niego que La Loma está situada en la margen occidental del Magdalena y que los brazos del río que la rodean requerían, cuando se navegaba por ellos, dragados periódicos para ahondar su cauce y aligerarlo del légamo arrastrado por el río en las crecientes. Pero esto no quiere decir que se tratara de canales artificiales construidos por la mano del hombre, porque tales caños son unos de los tantos brazos que el río extiende por todo el Departamento del Atlántico, alimentados única y exclusivamente por las aguas del mismo río".

La observación que hace el señor Procurador, pierde importancia en este caso por virtud de lo dispuesto en el artículo 7º, *in fine*, de la Ley 200 de 1936, desde el momento que se conoce el carácter urbano del inmueble disputado. Sin embargo, cabe anotar que el Procurador opone a las razones de los peritos que han intervenido en este pleito sus propias razones, pero sin que el dictamen de éstos hubiera sido objetado en la oportunidad procesal correspondiente. En cambio, en la peritación practicada en virtud de auto para mejor proveer, en esta segunda instancia, se confirman las conclusiones de la anterior por motivos que coinciden con los expuestos en ella, y que los peritos expresan así: "En la fecha indicada, el lote de terrenos en mención no era una isla formada por corrientes del R. Magdalena, pues éste corre de Sur a Norte y las bocas de los canales de Los "Tramposos" y de "Las Compañías" están situadas en sentido perpendicular a la corriente del río. Se trata de un lote de terreno que fue adquiriendo la configuración geográfica de una isla formada artificialmente mediante la acción del hombre y a causa de los dragados periódicos que se efectuaban en las bocas de contacto de los canales de Los "Tramposos" y de Las "Compañías" con el río. Estos trabajos de dragado tenían por objeto evitar que la sedimentación cerrara totalmente las bocas de los mencionados canales, impulsando hacia ellos las aguas del río, ya que éstas no eran impulsadas por corrientes naturales. También se efectuaban estos dragados para evitar el estancamiento y la corrupción de las aguas de los canales citados. Conforme hemos venido anotando, el globo de terreno de que se trata, adquirió la figura geográfica de una isla por razón de los dragados periódicos a que antes nos referimos, trabajos de dragado que seguramente se efectuaban no sólo en las bocas de contacto de los canales con el río sino en algunos tramos de los mismos canales. Estos trabajos de dragado se hacían con dragas mecánicas, bien fueran de cortadora o de cangilones. Como se ha dicho, se observa que el curso y la corriente del río Magdalena siguen en el sentido de Sur a Norte y los canales de Los "Tramposos" y de Las "Compañías" corren en sentido distinto, lo cual prueba que las aguas de dichos canales no son impulsadas por corrientes naturales del citado río. Es más, la corriente en los canales ha tenido que lograrse artificialmente por medio de los trabajos de dragado tantas veces mencionados". En estas circunstancias, la Sala no tendría fundamento atendible para desestimar un concepto pericial que se apoya en observaciones y conocimientos técnicos sobre materia en la cual los peritos son especialistas, para atender la opinión de una de las partes en el litigio, pues no otra cosa implicaría negar eficacia a la peritación para aceptar el punto de vista opuesto a ella en momentos en que, a pesar de haber venido perdiendo la Nación desde hace cerca de dos lustros pleitos en que se ha venido

debatiendo la misma cuestión de hecho relativa a la calidad de isla que en 1932 tuviera el globo de terreno denominado La Loma, nada ha hecho para producir pruebas que en alguna forma desvirtúen o siquiera debiliten las que sucesivamente han venido determinando el éxito de las acciones incoadas contra ella con los mismos fundamentos fácticos. Es éste un caso en que, por los antecedentes anotados por el señor Procurador y las especiales circunstancias que lo acompañan, la conducta procesal de parte no puede dejar de tomarse en cuenta en contra suya.

Huelga decir, por lo demás, que no teniendo origen constitucional el principio de la irretroactividad de la ley, en cuanto no vulnere derechos adquiridos, en la legislación colombiana, nada se opone a que el legislador expida, cuando lo crea conveniente, leyes retroactivas. Una de ellas es la Ley 200 de 1936 en lo que concierne a las regulaciones de la propiedad inmueble que contiene, y así lo ha admitido la Corte en forma constante. Según lo expresó esta Sala en sentencia de trece de marzo de mil novecientos treinta y nueve, los títulos inscritos no sólo son un medio nuevo de prueba en el régimen de la Ley 200, "sino que al propio tiempo constituyen o crean el dominio privado (...) No es tan sólo un *medio* nuevo de prueba del dominio particular el que se consigna en la ley, al decirse que la propiedad privada puede acreditarse con títulos inscritos, en unos casos, y en otros con el título anterior al 11 de octubre de 1821. Si estas normas se aplicaran entre particulares, para comprobar el dominio, serían únicamente un medio de prueba de la propiedad; pero como han de producir efectos entre aquéllos y el Estado, tales disposiciones no juegan apenas el papel de permitir o autorizar una forma de comprobación del dominio, sino de constituirlo, porque se trata de tierras sin título emanado de aquél y que por virtud de la Ley 200 adquieren el carácter de particulares. Los medios nuevos allí previstos son el elemento transmisor de la propiedad del patrimonio nacional al patrimonio privado. Y vistos por este aspecto entrañan el reconocimiento de la legitimidad en la apropiación de los baldíos, en condiciones especiales, no permitidas antes. El Estado, al entregar la propiedad de los baldíos, en las formas nuevas de la Ley 200, renuncia al *status* legal que hasta la expedición de dicho estatuto protegía su dominio sobre ellos, y se coloca en el plano jurídico que corresponde al orden creado por ella. Esa renuncia a usar de los antiguos elementos defensivos de la propiedad de la Nación, impone como consecuencia necesaria la de que los mandatos de la ley operan desde el momento en que ella entra en vigor (...) Su determinación debe producir efectos inmediatos, si los particulares satisfacen los requisitos exigidos, porque a la voluntad del órgano competente del soberano nada cabe agregar" (*G. J.* XLVIII, 107, 112). Y si lo que la ley ha establecido es un sistema o *modo* de adquisición de la propiedad territorial baldía mediante la posesión inscrita durante el lapso de la prescripción extraordinaria, parece lógico que puede constituirse la propiedad privada en virtud de títulos no sólo anteriores a la ley sino que hubiesen completado la tradición del dominio por el lapso de esa prescripción con anterioridad al acto que constituyere una reserva sobre los respectivos terrenos o los destinare a un servicio público; y en ese caso el acto de destinación o de reserva no puede producir efectos por haberse consumado ya la transferencia del dominio público al particular. Sin que valga el argumento fundado en la irretroactividad de la ley, pues, como queda dicho, el legislador puede darle efecto retroactivo, y en el caso de la Ley 200 obviamente se le otorgó en cuanto consagra la adquisición de baldíos mediante la posesión inscrita con títulos anteriores a ella.

VI

En casos como el que se contempla en estos autos, frente al hecho de la ocupación material del inmueble por una entidad de derecho público, sin que haya precedido el juicio de expropiación que ordenan la Constitución y la ley, el legítimo propietario tiene la acción prevista en el título 12, libro 29, del Código Civil, o sea, la establecida en beneficio del dueño de una cosa singular de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea obligado a restituírsela; pero como, por otra parte, la demanda implica un acto de voluntad del actor, a ella debe atenerse el fallador en cuanto expresa las pretensiones que se formulan ante el órgano jurisdiccional. En el caso presente, la demanda condiciona la restitución en especie a la circunstancia de que el inmueble no se encuentre ocupado con un servicio público (petición 4ª), y solicita que en el evento de que lo esté la restitución se verifique en dinero; esto es, que en el caso de ocupación del terreno con un servicio público la pretensión se limita al resarcimiento de perjuicios. Y como de autos aparece que el Estado tiene ocupado el lote perteneciente a Betancourt & Cía. con obras del puerto fluvial de Barranquilla, la sentencia debe dictarse en consonancia con esta última pretensión, mediante el reconocimiento del daño ocasionado con la ocupación de hecho y la orden de indemnizarlo.

Los peritos fijan en su dictamen un valor de cien pesos por metro cuadrado, y un total de trescientos veintiocho mil pesos por los tres mil doscientos ochenta y cinco metros cuadrados de superficie que tiene el inmueble, y de esta cifra deducen el veinte por ciento por concepto de valorización. El tribunal fallador desestimó tal dictamen por dos razones: primera, porque el avalúo corresponde al precio actual del terreno; y segunda, porque el porcentaje fijado por concepto de valorización es arbitrario.

Estudiado el dictamen se observa que para avaluar el terreno al precio actual los peritos tuvieron en cuenta las siguientes consideraciones: que el predio está situado en la acera oriental de la Avenida Hércules; que "se configura" en la carrera 46 o Avenida Olaya Herrera con la prolongación hacia el norte de las calles 30 o Avenida Boyacá, 32 y 33, siendo esta última calle, a su vez, una parte del paseo Bolívar al desembocar en la Avenida Olaya Herrera; que a inmediaciones de él se encuentran varios edificios y establecimientos comerciales de importancia en el tráfico mercantil e industrial de la ciudad. Para determinar el monto de la valorización los peritos señalan las obras realizadas en el sector, así: "Relleno con los materiales sacados al hacer en dicho sector el llamado 'Canal A' y cegar una parte del antiguo caño de 'Las Compañías'; construcción de los edificios de la Intendencia Fluvial, el Hospital Sanitario y el tablestacado de los muelles sobre el 'Canal A'."

Al avaluar el terreno del pleito a cien pesos el metro cuadrado los peritos toman en cuenta el avalúo catastral y el precio comercial que rige actualmente en los inmuebles inmediatos. Dicho precio, según los peritos, está influenciado por la valorización que le han dado al lugar las obras públicas y el desarrollo urbano, fenómeno que sin duda alguna se ha operado a partir del año de 1932 en que el Gobierno tomó para sí los terrenos de La Loma.

Considera la Sala que el precio, para que resulte equitativo y razonable, debe ser el que el predio tenía en el momento de la ocupación, en 1932, pues el actual se debe a las obras públicas construidas, o sea, al hecho mismo de la ocupación por el Gobierno y al desarrollo urbano provocado por dicha ocupa-

ción. En repetidas ocasiones ha dicho la Corte que el resarcimiento no puede comprender la valorización que la obra o servicio público ocasiona, pues si así fuera el damnificado no sólo percibiría el monto del daño sufrido sino que también vendría a derivar un provecho adicional motivado por la misma causa a que se atribuye el perjuicio, es decir, que obtendría un enriquecimiento injusto. Verdad es que los peritos del monto total del avalúo deducen un veinte por ciento por concepto de valorización; pero al considerar ellos los factores que han influido en tal valorización no los aprecian por separado, sino que se limitan a fijar el mencionado porcentaje, de manera indiscriminada y sin exponer las razones que para ello tuvieran, por lo cual la Sala no puede menos que concluir que el dictamen no presta mérito suficiente para con base en él formular un pronunciamiento en concreto, mayormente cuando en este caso la valorización no proviene de una sola obra que diera fácil base al respectivo cálculo, sino de un conjunto de obras que incluso impulsaron el crecimiento y desarrollo de la ciudad en el sector. Por estas razones es el caso de confirmar la condena en abstracto pronunciada por el Tribunal de primer grado.

En cambio, habrá de adicionarse la sentencia en el sentido de que la Nación debe pagar a la parte actora los intereses legales de la suma a que monte la indemnización, pues como ya se expresó, la acción en caso como el presente se resuelve en la de daños —que es la implícitamente entablada por el actor— y el resarcimiento de perjuicios supone el del daño emergente y lucro cesante, representado éste por los intereses legales de la suma a que ascienda el perjuicio a partir de la ocupación.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el veinticuatro de marzo de mil novecientos cincuenta y cinco, si bien adicionada en el sentido de que la parte demandada deberá pagar a la demandante intereses legales sobre la cuantía que se fije por concepto de perjuicios, a partir de la fecha de la ocupación del inmueble.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña, con salvamento de voto; *Ramiro Araújo Grau*, con salvamento de voto; *Carlos Holguín Holguín*, Conjuez; *Carlos Peláez Trujillo*, *Luis Carlos Zambrano*.

Jorge García Merlano, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Magistrado, doctor Ramiro Araújo Grau.

Mediante Decreto Ejecutivo 2210 de 1932 y la Resolución 223 del mismo año, originaria del Ministerio de Industrias, el Gobierno Nacional destinó a las obras del puerto local de Barranquilla "los baldíos que se encuentren" en una isla del río Magdalena, contigua a la ciudad de Barranquilla, en el sector denominado "La Loma", y procedió a realizar diversas obras relacionadas con el fin antes dicho. Parte integrante de la isla es un lote sobre el que alega propiedad privada la sociedad demandante, por lo cual demandó a la Nación en el año de 1952, para que se le reconociera ese carácter y se le indemnizara por el despojo que de dicho terreno fue objeto en el referido año de 1932. La pretensión de dominio privado la fundamentó en el artículo 7º de la Ley 200 de 1936 y en el hecho de haberse producido respecto a dicho predio tradiciones de dominio por un lapso mayor al de la prescripción extraordinaria, con anterioridad a la vigencia de la expresada Ley 200.

En el proyecto de fallo que formulé como ponente anoté que la operancia del régimen probatorio consagrado en el artículo 7º de la Ley 200 en favor de los particulares y en contra del Estado, estaba condicionada por los siguientes factores: a) las tradiciones entre particulares debían ser anteriores a la vigencia de la ley; b) si se trataba de terrenos que no eran adjudicables, o que estaban reservados o destinados para cualquier servicio o uso públicos debían tener la calidad de urbanos. Estas exigencias surgen directamente de los textos de los artículos 3º y 7º de la Ley 200.

Agregaba que la calidad de urbano debía tenerla el predio con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley, o a lo menos al entrar a regir, como una exigencia de la más elemental equidad la cual, a tenor del artículo 5º de la Ley 153 de 1887, debe condicionar toda actividad hermenéutica. Y es que de no postularse tal exigencia se llegaría al absurdo de que el legislador quiso introducir la inseguridad en cuanto a la propiedad de los bienes rurales del Estado vinculados a servicios o usos públicos que quedaran en las proximidades de ciudades y que en lo futuro podrían resultar encerrados dentro de las áreas de éstas, a medida que se fueran ensanchando. Benévolo como es con los particulares y en detrimento del Estado el artículo 7º de la Ley 200 en relación con el 3º, no puede, sin embargo, ser interpretado con excesiva amplitud hacia aquéllos, sino que sus términos deben ser entendidos en sentido estricto. Ya es mucho que sobre un terreno urbano adscrito legalmente a un servicio o uso público cuando sus poseedores no tenían medios de acreditar propiedad privada sobre él, se reconozca dicha propiedad, en presencia de tradiciones entre particulares anteriores a la Ley 200 y por no menos de veinte años; pero sería excesivo admitir que esas tradiciones, que no habrían podido esgrimirse válidamente a la entrada en vigencia de la Ley, pudieran hacerse valer años después, por el simple hecho de que el crecimiento natural de una ciudad le diera a tales terrenos la calidad de urbanos.

Esta tesis se encuentra de hecho acogida en la sentencia, pero discrepo de ella en cuanto al reconocimiento que hace de que el predio objeto de la demanda era urbano en 1932.

Ante todo, debe anotarse que fue por demás arbitraria la manera como se identificó el predio. En la escritura por la que fue incorporado a la entidad demandante (50 de 1937 de la Notaría 2ª de Barranquilla) aparece descrito como "un globo de terreno situado en la ribera oriental del caño de esta ciudad que mide cincuenta metros de frente por sesenta metros de fondo, con los siguientes linderos: por el Norte, con terreno que es o fue de Guillermo Campbell; por el Sur, con terrenos que son o fueron de Rafael Salcedo; por el Oriente, con terreno que es o fue de la sucesión de Manuel María Bula; y por el Occidente, camino en medio, con terrenos que fueron de la que en esta ciudad es conocida con la denominación de Compañía Aliada de Transporte". En las escrituras en que constan las tradiciones anteriores no se habla, con relación al lindero occidental, de camino de por medio, sino de "caño de por medio", por lo que hay que considerar que en la copia traída a los autos de la aludida escritura 50 se incurrió en un error. En la demanda también se alude al caño de por medio. Desde luego hay que entender que el caño era el existente en 1920, y no el actual, que queda mucho más al oriente del antiguo cauce del primero, según resulta del plano de Marthe & Prieto allegado al expediente y en el que, respecto al curso del antiguo caño, indicado en líneas de trazos, expide certificación el Secretario de Obras Públicas Municipales de Barranquilla. En virtud los trabajos de relleno y canalización efectuados con posterioridad a 1920 el lote objeto del pleito queda hoy al occidente del curso actual del caño, si bien en las escrituras posteriores al año indicado no se tomó nota de tales cambios topográficos.

En todo caso es por demás cierto que el único lindero arcifinio es el mencionado caño, según el curso que tenía antes de 1920. Los otros linderos están constituidos por terrenos de diversas personas que no han sido identificados en el proceso. Ahora bien, aquel caño, como el actual, tenía una longitud de varios centenares de metros, por lo que el predio podría localizarse, con la sola referencia a él, mucho más hacia el Norte, o un tanto más hacia el Sur, de donde ha sido ubicado por los funcionarios que intervinieron en las inspecciones oculares y por los peritos que los acompañaron.

Tal ubicación fue hecha, según expresan, con base en el aludido plano elaborado por Marthe & Prieto. Pero éste es un plano levantado en 1948 por iniciativa de los propietarios de tierras en el sector de La Loma, y el único respaldo oficial con que cuenta es la certificación, ya mencionada, del Secretario de Obras Públicas del Municipio, pero circunscrita exclusivamente a la localización del cauce del caño con anterioridad a 1920, y a que el sistema de coordinadas es el mismo que se emplea en el plano regulador de la ciudad. En realidad carece procesalmente de autenticación, pues sus autores, que no eran funcionarios públicos, ninguna afirmación han hecho bajo juramento sobre la paternidad del plano ni sobre los asertos que aparecen escritos en él, de que para su elaboración se tuvo en cuenta, entre otros, el plano oficial de Barranquilla elaborado en 1920 por Gehbardt & Cía. Al basarse, pues, magistrados y peritos en el aludido plano, en el que aparece, contigua a la demarcación de una edificación oficial no mencionada en ninguna escritura, el croquis de un predio que se afirma pertenecer a uno de los antecesores de la sociedad demandante, procedieron en forma arbitraria, sin apoyo en ningún dato seguro, pues para las épocas de las inspecciones no quedaban vestigios de los lotes colin-

dantes mencionados en las escrituras, y los terrenos de las antiguas Compañías Aliadas de Transportes, que quedaban fuera de la expresada isla de La Loma, no fueron identificados en forma alguna, como no lo fueron tampoco, se repite, los otros colindantes.

Esta falta de identificación adecuada del terreno objeto de la demanda, que se afirma fue ocupado por el Gobierno en 1932, es por sí sola una circunstancia determinante del rechazo de las pretensiones de la parte demandante, ya que no toda la extensión de la isla de La Loma fue destinada a servicios públicos por el Gobierno en 1932, sino tan sólo los terrenos baldíos que se encontraban en ella, y además esa destinación hecha en un Decreto y Resolución no conllevaba por sí misma un despojo material como el que se alega, por lo que la realidad de éste debe aparecer plenamente establecida. En verdad, no se ha comprobado que la totalidad de La Loma esté ocupada por servicios públicos. Más aún, los peritos que intervinieron en la vista de ojos practicada en la primera instancia explícitamente afirman que hay varios sectores de la expresada zona que continúan en poder de particulares. ¿Cómo descartar pues, que alguno de esos terrenos no corresponda al que dice la sociedad demandante que le fue quitado por el Gobierno, siendo así que también quedan en el costado oriental del antiguo cauce del caño?

Se afirma en la sentencia que los peritos consultaron el plano oficial de Barranquilla elaborado en 1920 por Gehbard & Cía. y se da a entender que en ese plano estaba marcado el predio de la sociedad demandante. La parte pertinente de la peritación es del siguiente tenor: "estudiando el plano levantado por la firma Marthe y Prieto, el cual tiene como base el plano oficial de Barranquilla levantado en 1920 por Gehbardt y Compañía y que se ha venido aceptando como documento oficial, debidamente refrendado por la Secretaría de Obras Públicas Municipales y por el Ingeniero Jefe de la Sección de Malariología, se llega a la conclusión de que el terreno objeto de la demanda era en 1932 un inmueble urbano. La proximidad del citado terreno al cruce de la calle 32 con la actual carrera 46 (antes Callejón del Rosario), zona que en realidad es una prolongación del Paseo Bolívar y edificada; su corta distancia a edificaciones importantes en esa época, como los Cuarteles del Ejército y las Oficinas del Correo y de Telégrafos Nacionales, permiten llegar a la conclusión de que el tantas veces mencionado lote de terreno era un inmueble urbano. Además de figurar el citado lote en el plano oficial de la ciudad de Barranquilla elaborado en 1920 por Gehbardt y Compañía, antes de 1932 estaba inscrito en el Catastro Municipal como un inmueble urbano, según se expresa en el certificado de la Oficina Nacional de Catastro, seccional del Atlántico, que acompañamos a este informe".

Bien claro se echa de ver que los peritos no afirman que consultaron el plano de 1920, sino que, partiendo de lo escrito en el plano de Marthe & Prieto, de que para su elaboración había sido consultado o tenido en cuenta, entre otros, el aludido plano de Gehbardt & Cía., y apareciendo en aquél marcado el lote de la sociedad demandante, dan por sentado que en el referido plano oficial de Barranquilla tenía que estar también marcado el lote objeto del pleito. Es lo que se infiere inequívocamente de la frase: "Además de figurar el citado lote en el plano oficial de la ciudad de Barranquilla elaborado en 1920...", de carácter evidentemente incidental, empleada exclusivamente para unir el argumento que inmediatamente se expone a los presentados antes.

Por otra parte, de aceptarse en gracia a la discusión que el predio estaba demarcado en el aludido plano de 1920, a los peritos incumbía fundamentar debidamente su traslado al plano de Marthe & Prieto, como quiera que con posterioridad a aquel año cambió apreciablemente la topografía de la zona, y fue mucho más recientemente, después de 1932, cuando se construyó la edificación que sirvió de punto de partida para la identificación que sobre el terreno hicieron los peritos. No era, pues, tarea que pudiera hacerse con la simple comparación, al ojo, entre un plano y otro.

Además hay que anotar que la salida de urbano del predio no resultaría entonces sino de su inclusión como tal en el tantas veces aludido plano de 1920; pero no parece que tal comprobación pudiera ser hecha exclusivamente por los peritos, ya que para el efecto no se necesitarían conocimientos especiales. Otra cosa habría sido si, allegado en alguna forma el plano a los autos, se hubiera requerido el auxilio de expertos para llevar a cabo su traslación, en cuanto a la ubicación del lote objeto de la demanda, al plano de Marthe & Prieto y luego al terreno.

Por otra parte, tratándose de un punto de tanta importancia como el de la calidad de urbano del predio, no sería suficiente para aceptarla, la escueta afirmación de los peritos de que figuraba como tal en el plano oficial de Barranquilla elaborado en 1920. Se habría requerido una explicación sobre el particular, pues a los términos de la Ley 200 de 1936 y de su Decreto reglamentario, el 59 de 1938, la calidad de urbano de un predio se reviste de un contenido jurídico. A tenor del artículo 3º del citado decreto, "para los efectos de la Ley 200 es fundo o predio rural el que se halle situado fuera de los límites legalmente determinados del área de la respectiva población".

"Si no existiere disposición legalmente expedida que fije el área de población, se entenderá por fundo o predio rural el que se halle situado a una distancia mayor de cien (100) metros de las últimas edificaciones que formen el núcleo urbano de la respectiva población o caserío".

De suerte que no basta considerar que a los ojos de peritos urbanistas un predio era urbano o no en determinada fecha, sino que esa calidad debía surgir de las circunstancias contempladas en el citado precepto reglamentario, en el que, por cierto, el criterio de la proximidad de menos de cien metros de las últimas edificaciones constitutivas del núcleo urbano de la ciudad, no puede utilizarse sino previa comprobación de que no existe una delimitación oficial del área urbana, cosa que es posible acreditar con competente certificación oficial, pero que se echa de menos en el proceso, en el que ni siquiera se ha hecho la afirmación de la inexistencia de tal delimitación oficial.

En cuanto a las mediciones hechas en las inspecciones oculares entre el predio y edificaciones antiguas de la ciudad, y de las que resultaba hallarse a menos de 100 metros de las mismas en 1932, bastaría observar que se partió de la base de que el predio fue debidamente identificado, y ya se vio cómo resulta arbitraria la ubicación que de él hicieron los magistrados y peritos que intervinieron en las vistas de ojo. Cabe agregar que no bastaría que el predio estuviera a menos de cien metros de edificaciones ya existentes en 1932, sino que además tales edificaciones debían hacer parte del núcleo urbano en esa época, sobre lo cual nada dicen los peritos.

Por lo que hace a la calidad de antiguas de dichas edificaciones, carece de debida fundamentación el dictamen. De aceptar que los peritos podían utilizar sus conocimientos personales al respecto, convirtiéndose en cierta manera en testigos, no sería admisible que no dieran más razón que la del simple conocimiento personal. Han debido, a lo menos, dar cuenta de algún hecho o suceso que les hubiera servido de apoyo a un recuerdo tan distante. No se olvide que el valor de los testimonios está en función de la razón del dicho.

Respecto al certificado de la Oficina de Catastro Nacional, Seccional del Atlántico, debe observarse que no fue allegado a solicitud de parte alguna, sino que los peritos, por sí y ante sí, decidieron obtenerlo y lo acompañaron a su concepto. De manera que, en cuanto a prueba autónoma, que por sí sola acreditaría la calidad de urbano del predio, habría sido allegado irregularmente, por lo que no podría ser apreciado. De otra parte, el dictamen que indudablemente se le pidió a los peritos fue sobre cuestiones de hecho, sobre la calidad de urbano del predio, por razón, obviamente, de su ubicación respecto al núcleo de la ciudad en 1932, pero no sobre una cuestión jurídica como la del valor probatorio de un certificado, lo que sólo el juzgador podría apreciar. Finalmente, de la lectura del documento en mención no puede concluirse inequívocamente que contenga un aserto sobre la calidad de urbano del predio en 1932 por oposición a la calidad de rural. Aquella calidad está afirmada muy incidentalmente, muy de pasada, sin que aparezca como el objeto propio de la certificación.

Las anteriores consideraciones son suficientes para justificar mi desacuerdo con la mayoría de la Sala falladora, por lo que prescindo de entrar en otras.

Fecha: Ut supra.

Ramiro Araújo Grau.

SALVAMENTO DE VOTO

Del Magistrado, doctor Efrén Osejo Peña.

Por no compartir los puntos de vista expuestos en la sentencia precedente por la mayoría de la Sala, sustancialmente idénticos a los quince o más fallos dictados sobre la propiedad del inmueble nominado "La Loma", a partir del año de 1942, me tomo la libertad de exponer los argumentos que, en mi concepto, debían llevar a la lógica conclusión de absolver a la Nación en este litigio.

I. Legal destinación del inmueble. La tesis sostenida desde que comenzó a estudiarse el proyecto, hace como cuatro años, se funda en que la Nación *no ocupó de hecho* las parcelas del inmueble "La Loma", sino que su destinación se llevó a efecto mediante el cumplimiento de las normas legales, tanto materiales como formales, previstas para el caso en el artículo 96 de la Ley 110 de 1912 o C. F., sin que los interesados hicieran objeción alguna dentro del término legal o antes de la caducidad de las posibles acciones administrativas o civiles para impugnar la dicha destinación.

Cuando el Estado necesita destinar un inmueble a algún servicio público, como para construcción de carreteras, de cuarteles, de hospitales, etc., si se considera que es de propiedad privada, en caso de no llegar a un acuerdo con el dueño, procede a expropiarlo; pero si por el contrario, estima que no se trata de predios de propiedad particular sino de tierras baldías, da cumplimiento al mencionado artículo 96 del C. F.; sin embargo, como podría objetarse que tal conducta resulta injurídica, se procede a mencionar siquiera algunas de las disposiciones que le dan fundamento indiscutible.

II. Dominio de los baldíos atributo de la soberanía. Para los fines de este salvamento, bastará con principiar el estudio de las normas sobre baldíos por el artículo 202 de la C. Nal., sin necesidad de mencionar lo dispuesto en las constituciones anteriores, ni las leyes que atañen a esta materia dictadas a partir del 13 de octubre de 1821; pues, en efecto, en la memorada norma constitucional se dijo:

"Pertenecen a la República de Colombia:

"2º Los baldíos, minas y salinas que pertenecían a los Estados, cuyo dominio recobra la Nación, sin perjuicio de los derechos constituídos a favor de terceros por dichos Estados, o a favor de éstos por la Nación a título de indemnización".

Al discutirse el artículo 192 de proyecto de la Constitución de 1886, el señor Caro expuso:

"Si la Nación, como yo lo creo de derecho, recobra como única soberana los bienes de los Soberanos difuntos que formaban la Nación, debe procederse

a una discriminación equitativa, para que ella *conserve* (subrayo) los bienes anexos al tributo de la soberanía, como son el subsuelo y los baldíos, y *renueve* (subrayo) libremente en favor de los Departamentos la donación de otros que no tienen aquel carácter...". (Antecedentes de la C. de Colombia de 1886, página 419).

De esta corta exposición se deduce, primero, que los baldíos pertenecen al Estado como un atributo de la soberanía, y luego que, aún en tiempo de la federación, no se desprendió de ellos en favor de los Estados Soberanos, sino en forma parcial y determinada respecto de los que hubiesen sido donados a éstos, para los fines y con las formalidades previstas en la misma ley.

Como una consecuencia del artículo constitucional, en el artículo 675 del C.C. se preceptuó:

"Son bienes de la Unión (del Estado) todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño".

En el CF. del año de 1912, en el artículo 44 se lee:

"Son baldíos, y en tal concepto pertenecen al Estado, los terrenos situados dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño, y los que habiendo sido adjudicados con ese carácter, deben volver al dominio del Estado, de acuerdo con lo que dispone el artículo 56", que impone la resolución de las adjudicaciones que no hayan sido cultivadas, por lo menos en la mitad, en los diez años siguientes.

III. Destinación de los terrenos baldíos. El Congreso, en desarrollo de las facultades que le confiere el artículo 76 de la C. Nal., destinó los baldíos para diferentes fines, como los expresados en el artículo 46 del C.F., entre los cuales enumera, además de "concesiones a cultivadores", los siguientes:

"....

"e) Al servicio público nacional, departamental o municipal; y

"f) A objetos especiales que determine la ley".

El mismo Código, en el artículo 96, reglamentó en forma más precisa la destinación o adjudicación de baldíos para servicios públicos nacionales, departamentales o municipales, así:

"Siempre que se destine un baldío para un servicio o un uso público por disposición de una ley o por decreto ejecutivo, se debe proceder al levantamiento de un plano y al pronunciamiento de una resolución ministerial en que se exprese el nombre del terreno, si lo tiene, su situación, sus colindantes y sus linderos, resolución que se publica en el Diario Oficial, y se registra en la oficina respectiva de la ubicación del baldío, para que éste deje de tener tal carácter".

No está por demás anotar que la anterior disposición legal se halla ratificada y aclarada por medio del artículo 12 de la Ley 97 de 1946.

Como un corolario de lo expuesto hasta aquí se deduce que el Congreso, con indiscutible fundamento en expresas disposiciones constitucionales, tiene

facultad o competencia para disponer de los baldíos nacionales, no sólo para adjudicarlos en propiedad a los colonos cultivadores, sino también para reservarlos para servicios públicos, mediante el procedimiento administrativo correspondiente, con lo cual, como dice el artículo copiado antes, dejan "de tener tal carácter", para pasar a una nueva categoría jurídica según la destinación prevista en los actos administrativos.

IV. Reserva de los terrenos llamados "La Loma", mediante acto administrativo. *En el año de 1932*, el Gobierno Nacional, haciendo uso de la facultad concedida en el artículo 96 del C.F., reservó o destinó el predio denominado "La Loma", ubicado en jurisdicción del Municipio de Barranquilla, para los fines de uso público indicados en los respectivos decretos y resoluciones; en otras palabras, cumplido el procedimiento legal prescrito, tal inmueble dejó de ser baldío, para integrar el patrimonio público en otra categoría o en otra relación jurídica con el Estado.

Como el artículo 7º de la Ley 200 de 1936 será objeto de estudio más adelante, debe ahora juzgarse el aludido *acto administrativo del Gobierno* en función con la legislación coetánea o vigente en el año de 1932, pues el citado artículo expedido cuatro años más tarde, no podía modificar situaciones de derecho y de hecho ya consumadas; de ahí que deba elucidarse estas cuestiones: ¿Cómo se demostraba, en el año de 1932, la calidad de ser de propiedad privada un inmueble? y luego, en el supuesto de que resultara de propiedad privada, ¿cuáles eran las acciones de que disponían los propietarios afectados con el acto administrativo, como el que reservó o destinó el predio "La Loma" para las construcciones oficiales allí determinadas?

Para absolver el primer extremo, se transcriben los siguientes apartes de la sentencia de fecha 13 de septiembre de 1963, aún inédita, proferida en el juicio ordinario promovido por Paulina Reyes v. de Pava contra la Nación, respecto de la prescripción adquisitiva de varias parcelas del predio Llano Grande, ubicado en el Departamento del Tolima (libro copiador de las sentencias de abril a septiembre de 1963, páginas 129 a 206):

"En el artículo 44 de la Ley 110 de 1912 o C.F., con fundamento en el artículo 202 de la C. Nal., según la codificación actual, define como tierras baldías de propiedad del Estado, las situadas 'dentro de los límites del territorio nacional que carecen de otro dueño', concepto que se aclara con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley de 13 de octubre de 1821, en cuanto allí se consideran como tales las 'que no han sido' antes concedidas a persona alguna"; de manera, pues, que *son tierras baldías las que, encontrándose dentro del territorio nacional, no han sido antes concedidas o adjudicadas a persona alguna*, que lleva a la lógica consecuencia, como negación indefinida, de que quien alega la propiedad de un predio debe demostrar el hecho positivo, esto es, la adjudicación del baldío, según lo dijo la Corte en sentencia de fecha 15 de abril de 1926 (G.J. Tomo XXXII, página 262).

"El artículo 48 de la Ley 110 de 1912 destina los baldíos al pago de la deuda pública; concesiones a cultivadores; fomento de las obras públicas; amortización de bonos territoriales; a los servicios públicos nacionales, departamentales y municipales y a los objetos especiales determinados por ley.

"Según el artículo 47, el Estado no garantiza la calidad de baldíos de los terrenos adjudicados o concedidos; en el artículo 60 prohibe la enajenación a

título de venta, como el 61 insiste en que 'el dominio de los baldíos no puede adquirirse por prescripción'.

"Aun cuando el artículo 65 dispone que 'la propiedad de los baldíos se adquiere por el cultivo o su ocupación con ganados'; en los artículos siguientes, además de indicar el procedimiento y ordenar las formalidades necesarias, le impone el deber de obtener del ministerio respectivo la resolución de adjudicación que 'tiene el carácter de título traslaticio de dominio, equivalente a una escritura pública, y debe inscribirse original en la Oficina de Registro correspondiente', según palabras textuales del artículo 77 del citado C.F.

"Cuando existe oposición a la adjudicación de un terreno considerado como baldío por el colono, en el juicio ordinario debe intervenir el respectivo A. del M.P., de acuerdo con el artículo 80 del dicho Código; pero en estos litigios de la Nación no es parte, porque o se controvierte el mejor derecho a la adjudicación, si el litigio se ha trabado entre dos colonos que reconocen la calidad de baldío del terreno; o bien entre un colono y un adjudicatario anterior que debía exhibir título emanado del Estado para triunfar en sus pretensiones de opositor, antes de la vigencia de la Ley 200 de 1936.

El C.F. de 1912 ha sido reformado por varias leyes, como la 71 de 1917 que en los artículos 10 y 11, ponen a salvo los intereses de los colonos cultivadores, a quienes se 'deberán reconocer las extensiones cultivadas para lo cual no se les exigirá... el que tengan adquirido título de propiedad. Podrán ellos solicitarlo posteriormente, ciñéndose a las disposiciones de esta ley'.

"Aun cuando la Ley 120 de 1928, sobre prescripción y registro de propiedad, parecería no tener incidencia en esta clase de materias, sin embargo, existen varias disposiciones de decisiva influencia, como el artículo 2º, en cuanto da la calidad de título a la sentencia que declare la prescripción, en armonía con el artículo 2534 del C.C., sin atribuirle efecto retroactivo.

"En el segundo inciso se lee: 'La acción que se reconoce por este artículo no puede ejercitarse contra la Nación y demás entidades de derecho público respecto de bienes declarados imprescriptibles'. Por tanto, en el supuesto de que existiera, como un derecho autónomo, la llamada 'justa prescripción por explotación económica', la acción no podría ejecutarse actualmente contra la Nación ni con el pretexto de una oposición a la propuesta de un contrato para la exploración y explotación del petróleo subyacente, primero, porque las Leyes 48 de 1882 y 110 de 1912 declararon, expresamente, imprescriptibles los baldíos, mediante interpretación auténtica de la legislación vigente y con las consecuencias previstas en el artículo 14 del C.C.; segundo, porque el artículo 5º de la Ley 120, dice: 'La declaración judicial de pertenencia de que trata esta ley... no comprenderá ni afectará las zonas de terreno, los yacimientos de hidrocarburos y demás bienes *que hayan sido o sean materia de reserva* de la Nación, o que hayan sido declarados imprescriptibles'. (Subraya la Sala)".

Conviene ratificar el concepto de que el artículo 44 del C.F. de 1912, en armonía con el artículo 202 de la C. Nal., no contiene una presunción sino que declara de propiedad del Estado los terrenos baldíos o realengos como "bienes anexos al atributo de la soberanía", según exacta expresión del señor Caro; en consecuencia, así como está en capacidad de adjudicarlos a los colonos, den-

tro de las condiciones previstas en la legislación, también puede el Estado reservarlos o destinarlos para servicios públicos nacionales, departamentales o municipales (artículo 46 del C.F.), para lo cual señaló el procedimiento adecuado en el artículo 96 de la Ley 110 de 1912; en otras palabras, tan lícito resulta disponer la adjudicación de los baldíos a los colonos, como destinarlos el mismo Estado a sus propios servicios públicos, mediante el lleno de las formalidades necesarias, con el objeto de poner a salvo el derecho de terceros.

Por tanto, los presuntos dueños del predio "La Loma", en el año de 1932, debían oponer al Estado el título de adjudicación emitido por él mismo, en la Colonia o durante la República en cualesquiera de las formas jurídicas de recibo en aquellas épocas; sin embargo, como no han presentado título alguno para demostrar este indispensable extremo, ni siquiera han alegado su existencia, hay que concluir que en el dicho año de 1932 el predio "La Loma" tenía la calidad de baldío y que por cuntera fue legalmente reservado para los fines que expresan el decreto y resolución citados por los actores en la demanda.

V. Caducidad de las acciones. Pasando a considerar la segunda cuestión, esto es, en el supuesto de que los actuales actores hubiesen sido agraciados antes del año de 1932 con el correspondiente título expedido por el Estado, sobre adjudicación de las parcelas comprendidas dentro de la zona conocida con el nombre de "La Loma", para poner a salvo su derecho de propiedad debían ejercitar las acciones administrativas o civiles conducentes, con el fin de dejar sin efecto el acto administrativo del Estado por medio del cual se decretó la reserva o destinación de la citada zona para las construcciones posteriormente realizadas con fondos del erario nacional.

En efecto, debieron dar aplicación a los siguientes artículos de la Ley 130 de 1913:

"Artículo 78. La revisión de los actos del Gobierno o de los Ministros, que no sean de la clase de los sometidos a la jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia por el citado artículo 41 del Acto legislativo número 3 de 1910, corresponde al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo cuando sean contrarios a la Constitución o a la ley, o lesivos de derechos civiles.

"Artículo 80. Para la revisión de dichos actos, en el concepto de ser lesivos de derechos civiles, no puede procederse sino a petición de quienes tengan interés en ello por creerse agraviados. Por tanto en este juicio intervienen únicamente tales personas y el Agente del Ministerio Público.

"Artículo 81. El término para ocurrir ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, en los casos en que se concede este recurso respecto de actos del Gobierno, es de noventa días, contados desde el siguiente a la publicación que debe hacerse en el Diario Oficial de la resolución respectiva".

Así, pues, los presuntos propietarios de las parcelas de "La Loma" debieron ocurrir al Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo dentro del plazo fijado en el artículo 81, antes copiado, pero como así no lo hicieron, en caso de que realmente hubieran sido titulares del derecho ahora alegado, al caducar la acción respectiva, perdieron la propiedad sobre tales lotes, pues, por una parte, las decisiones, o mejor, la destinación de tales inmuebles por el Gobierno, no podía quedar indefinidamente en la inseguridad a voluntad

de los posibles y desconocidos dueños, y, por otra, tampoco sería de recibo un enriquecimiento sin causa mediante el aprovechamiento de la valorización de los predios ocasionada por las costosas obras de saneamiento realizadas por el Gobierno y por los treinta y dos años transcurridos desde entonces hasta la fecha..

No obstante de que la destinación del predio "La Loma" para las construcciones señaladas en el respectivo decreto, constituye un claro y evidente acto administrativo, en cuanto colocó al Estado en una situación subjetiva y determinada, acusable ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, aún en el supuesto de que hubiera sido posible acudir en aquella época ante la jurisdicción civil, también resulta que habría caducado la acción respectiva, conforme al artículo 3º de la Ley 53 de 1909, que dice:

"Los interesados deben intentar las acciones civiles que para ellos emanen de las decisiones de que hablan los artículos anteriores, dentro del plazo de seis meses comunes, contados desde la ejecutoria de la respectiva decisión. Vencido este término, sin que los interesados hayan hecho reclamación alguna, se presumirá que han renunciado toda acción civil, y la Nación quedará libre de responsabilidad por perjuicios. El término para la reclamación será doble respecto de las personas enumeradas en el artículo 2530 del Código Civil".

Al discutirse el artículo 7º que después fue el 8º de la Ley 200 de 1936, se planteó el problema de si la resolución administrativa sobre extinción del dominio por falta de explotación económica, debía proponerse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante la civil y después de algunos debates y con votos en contra, se aceptó esta última solución con fundamento, precisamente, en el artículo antes transcrito, que pone en evidencia su vigencia desde el año de 1909 hasta ahora.

En resumen, si algún derecho tuvieron los actores de este juicio sobre una parcela del inmueble "La Loma", caducó en forma irrevocable e irreversible antes de la vigencia de la Ley 200 de 1936, la cual no podía legislar sobre lo que ya no existía, ni menos podrá influir sobre tal situación el supuesto cambio de los medios probatorios.

VI. El artículo 7º de la Ley 200 de 1936. Los actores, como fundamento de derecho de su acción han invocado en este juicio, como en los anteriores, el artículo 7º de la Ley 200 de 1936, que conviene estudiar desde sus orígenes, aún cuando no podría aplicarse lógicamente a situaciones ya resueltas o terminadas, como se insinuó antes.

El tomo 484 del Archivo del Congreso contiene la historia de los debates llevados a efecto en relación con la Ley 200 de 1936, presentada el año anterior al Congreso; y allí se halla el Nº 116 de los Anales del Senado, correspondiente al 9 de diciembre del citado año (páginas 00248 ss.), en el cual se relata la sesión anterior (8 diciembre) para dejar testimonio de que se presentó la proposición Nº 501 como artículo nuevo del proyecto que a la postre vino a ser el séptimo, concebido en estos términos:

"Acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio, por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. Las otras disposiciones de esta ley no se aplican a la propiedad urbana".

Sobre este sorpresivo artículo, aprobado por 27 votos afirmativos contra doce negativos relacionados en el acta, no se encuentra explicación ni motivación alguna por parte del proponente, ni se dejó en el acta un resumen de los discursos que se pronunciaron en pro y en contra de la enmienda aditiva; sin embargo, como con motivo de esta reforma el proyecto tuvo que volver a la Cámara de Representantes, en el informe rendido por la Comisión el 17 de diciembre, se lee:

"El artículo nuevo, que viene como el 7º del proyecto del Senado, no era necesario y acaso traiga inconvenientes porque, repetimos: la ley al estudio, es claro que sólo se refiere a las propiedades rústicas. Entendemos que este artículo en el sentido de que se presume que salieron del dominio del Estado los fundos urbanos amparados por una *competente titulación* (subrayo) inscrita que comprenda un lapso superior a treinta años. Se justificará que insistamos en relación con la acertada conveniencia de deslindar precisamente las entidades jurídicas, fundos rústicos y fundos urbanos". (Archivo del Congreso. Tomo 484, Vol. XVIII del año de 1936, página 108).

Según el concepto de la Comisión de la Cámara de Representantes, como a los predios urbanos, según el mismo artículo 7º, no se les podía aplicar las demás disposiciones de la Ley 200, quedaron excluídos de los beneficios de posesión económica, para que la propiedad de ellos se demostrara mediante la "competente titulación", que debía comenzar con el expedido por el Estado.

La anterior interpretación que casa con la tesis antes expuesta, encuentra cabal confirmación en el siguiente aparte del mensaje del Presidente López al Congreso en 1936, precisamente con ocasión de la presentación del proyecto que llegó a ser la Ley 200 de 1936:

"La propiedad rural en Colombia *no tiene títulos perfectos*, y por sobre la vaguedad de la titulación escrita aparece la justicia impetuosa del título que da el trabajo a la tierra trabajada. Una arraigada tradición jurídica que se hunde en la tiniebla medieval y que después corre claramente por varias centurias puede producir en el corazón de Europa el fenómeno del respeto por la propiedad rural, aunque sus dueños la destinen a cotos de caza o a reservas incultas. *Pero en Colombia toda la tierra tiene un título originario del Estado, otorgado graciosamente, y al latifundio inculto* en medio de parcelas cultivadas con ardor, está adelantando un privilegio que no se amolda a la concepción democrática del trabajo. Para el campesino la tierra inculta es baldía, es decir, sigue siendo del Estado. *como dueño original del territorio.* Y desde luego entre dos baldíos, prefiere cultivar el que está comunicado con los centros de producción, con los mercados, con las aldeas y ciudades". (Subrayo).

En el anterior aparte, el presidente López reconoce, como hecho evidentísimo, que la propiedad "no tiene títulos perfectos" en Colombia; que "toda la tierra tiene un título originario del Estado, otorgado graciosamente..." que "para el campesino la tierra inculta es baldía, es decir, sigue siendo del Estado, como dueño original del territorio...".

VII. Finalidad de la reforma. Pero cabe preguntar: ¿Cuál fue la finalidad del artículo 7º de la Ley 200 de 1936? Indudablemente, dar a la propiedad urbana la facilidad de sanear los títulos, pero con una salvedad necesaria, dentro de una honesta interpretación, en cuanto el artículo no puede servir de funda-

mento para revivir procesos ya cerrados o terminados, sino en relación con los predios poseídos por sus pretensos dueños en la fecha en que entró en vigencia la Ley 200 de 1936.

Como el Estado es el propietario original de todo el territorio nacional, los títulos otorgados entre particulares no podían serle opuestos, por ser un tercero en aquellos actos o contratos; por otra parte, de acuerdo con el artículo 3º de la Ley 48 de 1882 y del artículo 61 del C.F. de 1912, los terrenos baldíos no podían adquirirse por prescripción; sin embargo, respecto de estos dos principios legales, el artículo 7º de la Ley 200 de 1936 introdujo una limitada excepción para que regulara los hechos futuros, no los pasados, porque en ninguna parte se le atribuyó efecto retroactivo, en cuanto concierne a la propiedad urbana.

Pero esta excepción o innovación no aprovecha ni la pueden invocar los presuntos propietarios de "La Loma", por estos motivos:

a) El inciso 2º del artículo 2º de la Ley 120 de 1928, dice: "La acción que se reconoce por este artículo no puede ejercitarse contra la Nación y demás entidades de derecho público respecto de bienes declarados imprescriptibles".

El artículo 5º de la misma ley añade que la declaración judicial de pertenencia "...no comprenderá ni afectará las zonas de terreno, los yacimientos de hidrocarburos y demás bienes que hayan sido o sean materia de reserva de la Nación, o que hayan sido declarados imprescriptibles".

Ninguna de estas dos disposiciones podía derogar ni expresa ni tácitamente, el artículo 7º de la Ley 200 en cuanto atañe a hechos pasados y consumados; por tanto, no puede invocarse para desconocer la calidad de imprescriptible de las zonas reservadas por el Estado en virtud de los actos administrativos cumplidos en el año de 1932, dentro de la vigencia de la Ley 120 de 1928, 110 de 1912 y 48 de 1882 y antes de haberse expedido el memorado artículo 7º.

b) Además, los actores no han probado los elementos que exige el artículo 7º de la Ley 200 de 1936, para el saneamiento de los títulos de propiedad urbana, como pasa a verse.

En efecto, entre otros requisitos, el actor en esta clase de juicios, para demostrar la propiedad sobre una determinada zona urbana, debe acreditar: títulos inscritos otorgados con anterioridad al año de 1936; que se trate de títulos traslaticios de dominio; que se refieran a un lapso suficiente para adquirir la propiedad por prescripción extraordinaria.

De la conjugación de estos tres elementos resulta después del año de 1936, no antes, la posibilidad de adquirir la propiedad de los baldíos urbanos con fundamento en títulos otorgados entre particulares y la posesión material, porque no puede imaginarse siquiera que la prescripción pueda consumarse mediante los meros títulos inscritos, sin posesión material alguna sobre el predio por parte del prescribiente; en otras palabras, el artículo 7º, en tratándose de predios urbanos, aceptó la prescripción de los baldíos, sin título expedido por el Estado, pero con fundamento en títulos traslaticios de dominio otorgados entre particulares y la posesión civil por el tiempo de la prescripción extraordinaria.

Según se ha visto antes, los baldíos por las leyes 48 de 1882 y 110 de 1912 tenían la calidad de imprescriptibles; por tanto, el tiempo para la prescripción no puede ser apto sino a partir de la vigencia de la Ley 200 de 1936, pero no antes, porque sería un imposible jurídico que tales bienes sean y no sean imprescriptibles al mismo tiempo; y, además, para que los títulos inscritos de los actores de este juicio pudiesen servir de base para los fines del mencionado artículo 7º era necesario que estuviesen en posesión material, en la forma que lo exige el artículo 981 C.C. en armonía con los artículos 2512, 2518 ib.; mas este extremo no está probado, sino que, precisamente, consta todo lo contrario, porque desde 1932 el Estado, previos los actos administrativos de rigor, entró en posesión material, primero, para desecar los pantanos y luego para llevar a efecto las construcciones que existen ahora.

Los artículos 41 y 42 de la Ley 153 de 1887 confirman la tesis que se expone antes, en cuanto la prescripción no podía iniciarse sino a partir de la fecha en que dejaron de ser imprescriptibles los baldíos urbanos.

VIII. Conclusiones. Sintetizando lo expuesto hasta aquí, se tiene lo siguiente:

1º. En 1932 estaba en vigencia sin limitación alguna el artículo 44 del C.F., que consideraba como baldío todo inmueble que, hallándose dentro del territorio de la República, no había sido adjudicado en forma definitiva e irrevocable;

2º. Quien alegaba la propiedad de un inmueble, urbano o rural, frente al Estado, debía presentar el título de adjudicación o la merced hecha en el tiempo de la Colonia, para demostrar el hecho positivo de haber salido del dominio estatal;

3º. El Estado en la misma forma que adjudicaba terrenos baldíos a los cultivadores, en el área determinada por las leyes, también podía reservarlos para darles un destino especial. (Artículo 56 C.F.).

4º. Los terrenos baldíos o realengos, sin lugar a duda alguna, fueron imprescriptibles por lo menos a partir del año 1882, en virtud del artículo 3º de la Ley 48, principio ratificado en el artículo 61 del C.F. de 1912.

5º. Si en forma general o especial una ley declara que puede ganarse por prescripción la propiedad de los baldíos, como una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto, tal disposición legal no puede tener efecto sino a partir de su vigencia, o sea, solamente a partir de tal fecha empezará a correr el tiempo hábil para computarlo a la prescripción extraordinaria.

6º. Si el artículo 7º de la Ley 200 de 1936, en cuanto atañe a los predios urbanos, consagró la posibilidad de ganarlos por prescripción extraordinaria, solamente a partir de su vigencia empezó a correr el término hábil para la consumación de dicho fenómeno.

7º. Además, procede el siguiente dilema: el predio "La Loma" tenía en el año de 1932 la calidad de baldío, o bien era de propiedad particular: si lo primero, la reserva y destinación hecha en el año de 1932 con todas las formali-

dados legales previstas en el artículo 96 del C.F., estuvo bien hecha y debe producir los efectos legales consiguientes; en el segundo, si era de propiedad particular, los presuntos dueños perdieron sus derechos por caducidad de las acciones previstas en los artículos 81 de la Ley 130 de 1913 y 3º de la Ley 53 de 1909.

8º. En virtud de la reserva decretada por el Estado en el año de 1932, el predio "La Loma" dejó de pertenecer a la clase de los baldíos, para ingresar, como así lo dice la resolución respectiva, a los fiscales adscritos a los servicios públicos entonces proyectados y ahora ya realizados; y en consecuencia, la posterior decisión del artículo 7º de la Ley 200 de 1936 respecto de los terrenos baldíos, en función con los títulos inscritos de los particulares, no puede afectarla, modificarla o revocarla por tratarse de hechos consumados legítimamente en el dicho año de 1932.

9º. Si el artículo 7º de la Ley 200 de 1936 tiene virtud para *constituir* la propiedad privada, a fortiori, habrá que reconocérsele por lo menos igual eficacia a los artículos 96 del C.F. y 12 de la Ley 97 de 1946, tanto más que no atañe a la constitución de la propiedad, sino a su traslado dentro del patrimonio del Estado con el título que le da el artículo 202 de la C. Nal., ratificado por el 44 del C.F., etc., etc., pues resulta inadmisible que las leyes solamente tengan eficacia en cuanto aprovecha a los intereses de los particulares, pero no en cuanto favorecen los justos y legítimos del Estado.

10. Motivación de la sentencia de la mayoría de la Sala. Aun cuando lo expuesto hasta aquí, con fundamento en tesis de derecho, basta para demostrar lo infundado de las pretensiones de la parte actora, con todo será menester hacer una breve alusión a los argumentos expuestos en la sentencia de segundo grado, para confirmar la de primer gardo, que condena a la Nación a pagar los baldíos que reservó para distintas obras destinadas al servicio público.

A) En el libelo de la parte actora, en la primera súplica, se demandó la declaración de que el lote allí alindado es de propiedad de la Compañía de Transportes Betancourt, S. A., en liquidación, por haber perdido su calidad de baldío con fundamento en el artículo 7º de la Ley 200 de 1936 y tener la de predio urbano; y luego de pedir la restitución del dicho inmueble y hacer otras peticiones subsidiarias, enumera los títulos de propiedad, como el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 73 de 21 de enero de 1935, en el cual consta que nueve predios se vendieron a la compañía por la suma de diez mil pesos, como lo mismo aparece en la número 1134 de 24 de noviembre de 1934.

En el hecho undécimo afirman que los propietarios "ejercieron tranquila, pacífica e ininterrumpida posesión material sobre el inmueble, la que suma a la suya inscrita (?) la entidad demandante".

Según el hecho 12, "el terreno que reclama la parte actora en este juicio se halla ubicado en el lugar denominado "La Loma", del área urbana de la ciudad de Barranquilla.

En el 13 afirma que el lote descrito en la primera petitoria hace parte de otro mayor, denominado "La Loma" que describe por estas lindes: "Por el norte, el río Magdalena; por el sur, el caño denominado de Los Tramposos;

por el este, el mismo río Magdalena; y por el oeste, el Caño denominado de Las Compañías, también llamado La Tablaza".

Nótese que, según las lindes de la demanda, el predio "La Loma" limita por el sur con el Caño denominado de Los Tramposos y por el *occidente*, con el de Las Compañías, es decir, los dos caños se cruzan o cortan entre sí, formando un ángulo.

En el hecho 15 se lee: "El Gobierno Nacional dispuso cambiarle la calidad de baldío que le había asignado (sic) al globo de tierras singularizado por sus lindes en el Decreto Ejecutivo número 2210 de 1932 y, consiguientemente, al terreno que reclama el actor en el juicio que se inicia, que es una parte y se localiza dentro del interior, por la de bien fiscal del Estado, lo que se lee en la Resolución número 223 proferida por el Ministerio de Industrias en 1932, prevista en el Decreto".

En síntesis, la acción que ejercitó el demandante para obtener la declaración de propiedad, suplicada en la primera petición, fue la de "pertenencia" con fundamento en la prescripción extraordinaria prevista en el artículo 7º de la Ley 200 respecto de un inmueble, antes reservado por el Estado, en abierta pugna con lo dispuesto en los artículos 2º y 5º de la Ley 120 de 1928, en función con el artículo 3º de la Ley 48 de 1882; 61 y 96 del C.F.

B) Según lo expuesto antes, resulta del todo secundario y accidental el determinar si el predio tuvo la calidad de urbano en 1932 o de si tenía la conformación de una isla en aquella misma época; sin embargo, conviene hacer unas breves observaciones respecto de estos dos temas.

1º. En primer término, el comentado artículo 7º de la Ley 200 de 1936 concede el privilegio allí ordenado a los predios urbanos, pero como no se determinó el medio probatorio, el Decreto reglamentario Nº 59 de 1938, en el artículo 28 dijo:

"Para los efectos del artículo 7º de la Ley 200 de 1936 se entiende por propiedad urbana, la predial que se halle ubicada dentro de las áreas de población fijadas legalmente o, a falta de esta fijación, a una distancia que no exceda de cien (100) metros de las últimas edificaciones que constituyan el núcleo de la respectiva población o caserío.

Parágrafo. Lo dispuesto en el artículo 16 de este Decreto respecto de títulos otorgados entre particulares en que consten tradiciones de dominio, es aplicable a la propiedad territorial urbana".

Desde luego, los decretos reglamentarios tienen por efecto primordial hacer viable y operante, en la práctica, la disposición legal reglamentada; y por tanto, el artículo 28 copiado, antes que encaminarse a dar una definición, indicó los dos modos, uno principal, y otro supletorio, para establecer el carácter de urbano de un predio.

Cuando mediante las disposiciones legales pertinentes se ha fijado la zona urbana, no existe dificultad alguna, porque el mismo acto, ley o acuerdo municipal determina las lindes o límites; pero si no existe este medio probatorio principal, el artículo soluciona la dificultad con la admisión de un medio supletorio, al considerar como urbano toda la extensión territorial que esté a

"una distancia que no exceda de cien metros de las últimas edificaciones *que constituyan el núcleo* de la respectiva población o caserío".

Por tanto, solamente cuando se ha probado que no existe el medio probatorio principal, puede admitirse el supletorio creado por el artículo 28 del decreto reglamentario, que señala en forma objetiva las condiciones que deben establecerse para considerar la zona como urbana: no más de cien metros de las últimas edificaciones *"que constituyan el núcleo"* de la población.

En el presente proceso no se ha establecido que en el año de 1932 no existiera el correspondiente Acuerdo que hubiera fijado el área urbana de la ciudad; y en consecuencia, no podía admitirse el medio probatorio supletorio invocado por el actor, a quien le correspondía la carga de la prueba, no al Estado.

En el supuesto de que el medio probatorio fuera admisible sin necesidad de probar, mediante el correspondiente certificado del Alcalde o del Presidente del Concejo de Barranquilla de que en 1932 no existía acto alguno sobre demarcación de la zona urbana, los extremos objeto de la probanza tampoco eran libres sino que los cien metros debían medirse, no de cualquier casa contraria más próxima, sino de "las últimas edificaciones que constituyan el núcleo de la respectiva población", circunstancia que no aparece demostrada en el proceso.

Si bien en la sentencia de la mayoría de la Sala no se incurre en el error, como en las anteriores, de aceptar como prueba el Acuerdo dictado por el Concejo de Barranquilla en el año de 1942, o sea diez años después, en mi concepto, sí incurre en el suponer que el artículo 28 del Decreto 59 es una mera definición sin trascendencia práctica en cuanto a los medios probatorios, cuando la finalidad de tal disposición fue, precisamente, la de resolver la dificultad cuando no existía el acto legal y determinar el medio probatorio procedente o admisible para ubicar sobre el terreno el área urbana.

También se alude en la sentencia a una certificación expedida por los funcionarios del catastro de Barranquilla, en la cual se afirma que el predio "La Loma" aparecía como urbano en tales registros; sin embargo, debe observarse, primero, que tales documentos no son el medio probatorio adecuado, según el artículo 28 del Decreto Nº 59; segundo, se trajo a los autos en una forma irregular, sin citación de la parte, para que se hubiera verificado la exactitud de la afirmación contenida en el documento, en el supuesto de que algo significara en orden a probar la calidad de urbano del inmueble.

En fin, la calidad de urbano del inmueble en este litigio no tiene aspecto técnico, sino que constituye un punto de derecho, sujeto al examen y juzgamiento del juez, no del parecer o dictamen de los peritos que no pueden suplantar a éste en la elaboración de este juicio, en cuanto asignan al inmueble el atributo de urbano, con fundamento en el artículo 7º de la Ley 200 y principalmente en el artículo 28 del Decreto 59.

En conclusión, como no está probada la esencial circunstancia de que el predio, objeto de la demanda, en el año de 1932 (no en 1942) haya estado ubicado dentro del área de población de Barranquilla, no pueden aplicarse los privilegios concedidos en el artículo 7º de la Ley 200 de 1936 y se imponía absolver al Estado.

2º. El artículo 202 de la C. Nal., atribuye al Estado el dominio eminente de los baldíos, que después define, o mejor, especifica el artículo 44 del C.F., para disponer el artículo 45 ib. que "se reputan baldíos, y por consiguiente de propiedad nacional:

"c) Las islas de los ríos o lagos navegables por buques de más de cincuenta toneladas".

Esta última disposición legal tiene por objeto constituir un dominio *radical* del Estado, respecto de las islas ubicadas en los ríos navegables, pues el artículo 107 del mismo Código, dice: "Constituyen la 'reserva territorial del Estado', y no son enajenables:

"a) Las islas nacionales, de uno y otro mar de la República, y las de los ríos y lagos, de que trata el aparte c) del artículo 45".

Las islas, urbanas o rurales, por el solo hecho de serlo, quedan como una reserva del Estado y hacen ilícita cualquier adjudicación e imposible su adquisición por prescripción, como así lo dice el artículo 5º de la Ley 120 de 1928: "La declaración judicial de que trata esta ley... no comprenderá y afectará las zonas de terreno, los yacimientos de hidrocarburos y los demás bienes que hayan sido o sean materia de reserva de la Nación, o que hayan sido declarados imprescriptibles".

El precitado artículo, lo mismo que el inciso 2º del artículo 2º de la misma Ley 120 de 1928, no pueden considerarse afectados, derogados o modificados por la excepción que menciona el artículo 7º, pues expresamente alude a "las otras disposiciones de esta ley no se aplican a la propiedad urbana", por ejemplo, la posesión económica, la denominada agraria del artículo 12, etc. etc.

El elemento de hecho de que el predio "La Loma" es una isla del río Magdalena, navegable por barcos de más de 50 toneladas, se demuestra:

a) En el decreto, en las resoluciones y demás actos oficiales practicados en el año de 1932, con ocasión de la destinación del predio "La Loma", de conformidad con las exigencias del artículo 96 del C.F., se habla y se describe una isla;

b) Lo propio ocurre en el hecho 15 de la demanda, en el cual se confiesa que se trata de una isla al describir sus lindes que demarcan una porción de tierra rodeada de agua por todos los lados;

c) La reserva legal se refiere a islas situadas en los ríos navegables por barcos de más de 50 toneladas, sin hacer excepción alguna o salvedad, en cuanto a su formación espontánea o por medio de ciertas obras ejecutadas por la mano del hombre;

d) Si lo dicho en el punto anterior c) no fuere admisible, el actor debió demostrar en qué época, con qué medios y para qué el Estado o un tercero construyeron los caños, con el objeto de formar artificialmente la isla de "La Loma", pues, como lo observa acertadamente el Procurador Delegado en lo Civil, el hecho de limpiar los caños que son brazos del mismo río, con dragas no priva al inmueble de su condición de isla; y aún más, no sólo no está demostrado

que el Estado o un tercero hayan "fabricado" la isla, sino que consta, precisamente, todo lo contrario, porque después de la destinación de la isla, el Ministerio de Obras Públicas sanéó esa región negra de Barranquilla, desecó los pantanos e hizo los rellenos necesarios que a la postre le quitaron la calidad de isla, para aprovecharla en la construcción de las obras que ahora existen, como el cuartel, el hospital, muelles, etc.

e) En la sentencia de la mayoría se le da especial valor técnico al siguiente concepto de los llamados peritos: "En la fecha indicada, el lote de terreno en mención no era una isla formada por corrientes del río Magdalena, pues éste corre de Sur a Norte y las bocas de los canales de Los Tramposos y de Las Compañías están situadas en sentido *perpendicular* a la corriente del río..." (subrayo).

Imposible expresar más inexactitudes en tan pocas líneas, porque, primero, aún en el supuesto de que los canales fueren perpendiculares a la corriente del río, la porción de tierra comprendida entre ellos y éste continuarían siendo isla; y segundo, porque resulta totalmente falso que los dos canales sean perpendiculares al río, porque si así fuera, serían paralelos entre sí, según elementales nociones de geometría; mas esta afirmación de los peritos está en abierta oposición con hechos evidentes del proceso: En efecto, en el 15 de la demanda se demarcan las lindes del predio y allí se indica, como antes se dijo ya, que por el *sur* limita con el caño de Los Tramposos y por *el occidente* con el de Las Compañías, o sea, dos líneas que físicamente es imposible sean paralelas entre sí, porque necesariamente tienen que cruzarse y cortarse para formar el ángulo sur-occidental de la isla de La Loma; además ésto que se deduce de la lógica matemática elemental, aparece de manifiesto al sentido de la vista con solo mirar los planos presentados con la demanda, en donde se ve claro que los dos canales se cortan en el punto antes indicado; de ahí que la observación del Procurador Delegado en lo Civil respecto de que los canales son dos brazos del río Magdalena, está plenamente comprobado en el expediente, como un hecho evidente físicamente; y si así no fuera ¿de dónde salió el agua que corre por los canales?

Por lo demás, no es de la esencia ni de las propiedades de las islas fluviales que las aguas de los brazos o canales corran en la misma dirección, ni en la confluencia con el caudal principal, formen un ángulo recto, agudo u obtuso, pues todo ésto es meramente accidental y no modifica la denominación geográfica de la "porción de tierra rodeada de agua por todas partes".

Una isla fluvial en el Magdalena, en el año de 1932 o antes, situada en el sector urbano o rural, no podía ser objeto de lícita adjudicación, ni menos de contratos entre particulares oponibles al verdadero dueño: el Estado.

Por el hecho de que el dictamen pericial no haya sido objetado, no significa que haga plena prueba, ni menos quite al juzgador el derecho, o mejor, el deber, de estudiar su fundamentación para estimarlo en su exacto valor, como lo disponen los Arts. 715 a 725 del C. J.

C) Se dice también en la sentencia suscrita por la mayoría de la Sala "que no teniendo origen constitucional el principio de la irretroactividad de la ley, en cuanto no vulnere derechos adquiridos, en la legislación colombiana, nada se opone a que el legislador expida, cuando lo crea conveniente, leyes retroactivas".

En efecto, según precepto constitucional, el legislador no puede dictar leyes con efecto retroactivo o retrospectivo cuando vulneran derechos adquiridos mediante justo título, pues el Art. 30 de la C. Nal, en su primera parte, dispone:

"Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores..."

Según ésto, de acuerdo con la premisa del fallo, puede concluirse que, como el Art. 7º de la Ley 200 de 1936 vulneraría derechos adquiridos por el Estado, según la legislación vigente en el año de 1932 (Art. 96 del C. F.) en cuanto concierne al predio La Loma, no puede dársele efecto retroactivo para modificar situaciones de hecho y de derecho consumadas; o si en la intención del legislador estuvo el darle tal efecto, resultaría inconstitucional, pues violaría el citado precepto de la Carta y sería inaplicable en este caso en obedecimiento al Art. 215 ibidem.

El Estado no solamente tiene el carácter de persona de derecho público, sino el de persona de derecho privado, a la cual se refiere el Art. 90 de la Ley 153 de 1887; por tanto, tiene el atributo de persona jurídica con la capacidad suficiente para ser sujeto activo de toda clase de derechos.

El justo título en este caso, en cuanto atañe al predio La Loma en su totalidad, como en cada una de sus parcelas, está fundado, como se ha dicho ya tantas veces, en forma mediata, en el Art. 202 de la C. Nal.; Arts. 44, 46, 107, etc., del C. F., y de modo inmediato en el Art. 96 de la dicha Ley 110 de 1912, una vez agotado el procedimiento administrativo allí previsto; por tanto, el dicho Art. 7º no tiene, no puede tener, efecto retroactivo, para desconocer situaciones jurídicas ya definidas en disposiciones constitucionales y legales, que favorecen los intereses del Estado, ya de que ahora no se le oponen los casos de excepción del Art. 30 de la C. Nal., sino que, por el contrario, concierne a intereses particulares de los pretensos propietarios del citado fundo.

La Sala de Casación Civil de la Corte ha dicho: "Una ley no puede gobernar las relaciones jurídicas, creadas antes de su expedición, porque ello sería darle efecto retroactivo contra las disposiciones de los Arts. 2683 del C. C. y 28 de la Ley 153 de 1887" (G. J., XXXVIII, Pág. 433).

Sin embargo, este imposible jurídico se propone la parte actora, la cual, en la primera petición solicita la restitución de la respectiva parcela, "... *por haber perdido este terreno su calidad originaria de baldío*, pues la citada Compañía demandante, comprueba haberlo adquirido con títulos inscritos otorgados con anterioridad a la vigencia de la Ley 200 de 1936 (artículo 7º) ..."; y a la vez, en la misma demanda en el hecho 15 dice: "El Gobierno Nacional dispuso cambiarle la calidad de baldío que le había sido asignado al globo de tierras singulares por sus linderos en el Decreto ejecutivo número 2210 de 1932..." Es decir, pretende que se le quite al predio la calidad de baldío que ya no tenía en 1937, pues, antes, en 1932, el Gobierno le quitó tal calidad, para destinarlo a fines de utilidad pública e interés social.

El Art. 7º de la Ley 200 de 1936, no se aplica sino a los inmuebles que, al entrar en vigencia en 1937, hubiesen CONSERVADO su calidad de baldíos, mas

no a los que, como el de La Loma, había dejado de serlo en virtud de actos legales de Gobierno, que no merecieron tacha ni acusación alguna en tiempo hábil.

Con lo expuesto, creo haber demostrado que en 1932, el Estado no ocupó *de hecho* los predios de La Loma, sino mediante el procedimiento legal que estimó adecuado, porque mal podía en aquel tiempo entablar un juicio de expropiación sobre terrenos baldíos; ni podía reputarse de propiedad privada mediante la aplicación del Art. 7º de la Ley 200 de 1936, que no existía en tal época, y que ahora no es lícito o jurídico juzgar los actos cumplidos en 1932, mediante la aplicación de leyes posteriores, sin incurrir en una petición de principio, dando efecto retroactivo a disposiciones que no tienen ni pueden tener tal carácter.

Estimo, pues, en la forma más comedida y respetuosa, que ha debido revocarse la sentencica apelada y absolver a la Nación, respecto de las condenas suplicadas por la compañía demandante.

Fecha ut supra.

Efrén Osejo Peña,

PETROLEOS. RECURSOS CONTRA EL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA. TRAMITACION Y DECISION DE LAS CUESTIONES INCIDENTALES Y DE FONDO

Procedencia del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, cuando la alegación se refiere a puntos de simple tramitación. — Si la cuestión propuesta o reclamada por el demandado atañe a cuestiones incidentales o de fondo, resultan del todo improcedentes los recursos de reposición o de súplica. — Procedimiento para discutir y decidir las excepciones dilatorias, las perentorias y los llamados presupuestos procesales. — Por demás está decir que una excepción dilatoria o presupuesto procesal, no puede ser objeto de estudio o decisión, bajo el pretexto de un recurso de reposición o de súplica, interpuesto contra el auto de admisión de la demanda.

Como la providencia que admite una demanda tiene el carácter de auto de sustanciación, pues no tiene por objeto el juzgamiento de ningún punto sustancial relacionado con la acción, el único recurso viable es el de reposición, cuando la finalidad de la alegación atañe a puntos de simple tramitación, como por ejemplo, que se haya ordenado correr el traslado por cinco días, en lugar de diez u otros de igual contenido o naturaleza.

Ahora, si la cuestión propuesta o reclamada por el demandado atañe a cuestiones incidentales o de fondo, resultan del todo improcedentes los recursos de reposición o de súplica, porque ninguno de ellos, en tales casos, es el admitido por la ley.

En efecto, si se trata de un hecho que constituya una excepción dilatoria, como la ilegitimidad de personería, la declinación de jurisdicción u otras similares, los Arts. 330 y siguientes del Código Judicial, determinan el procedimiento a que deben sujetarse, sin que sea dable a la parte demandada pretender que, mediante un simple recurso de reposición o de súplica "per saltum", se decida sobre la dicha excepción de plano sin necesidad de observar el procedimiento incidental previsto en el Código de la materia.

Si no se trata de una excepción dilatoria, sino de una perentoria, menos todavía podrá ser objeto de decisión, con ocasión de un recurso de reposición o de súplica, por cuanto el artículo 342 del C. J. dispone: "Las excepciones perentorias no son materia de incidentes de especial y previo pronunciamiento, pues ellas se deciden en la sentencia definitiva".

Respecto de los llamados presupuestos procesales, según la naturaleza de ellos, algunos podrán decidirse mediante la tramitación de una excepción dilatoria, mientras que otros habrá que reservarlos para la sentencia, en especial cuando adquieren la calidad de excepciones perentorias formales, que en algunas ocasiones, por disposición expresa de la ley, extinguen no sólo el proceso o juicio, sino también la acción misma.

Por demás está decir, que una excepción dilatoria o presupuesto procesal, no puede ser objeto de estudio o decisión, bajo el pretexto de un recurso de reposición o de súplica, interpuesto contra el auto de admisión de la demanda, especialmente cuando requiere la demostración de determinados hechos, mediante la presentación de las pruebas conducentes, cuyo valor probatorio no puede estimarse, sino cuando se han presentado en las oportunidades predeterminadas en el artículo 597 del Código Judicial; y allí como en ninguna otra disposición se autoriza presentar pruebas con el memorial en el cual se interpone el recurso de reposición o de súplica contra el auto dicho.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, 3 de septiembre de 1964.

(Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de la compañía International Petroleum (Colombia) Ltda., y otras dedicadas a la exploración y explotación de yacimientos petrolíferos, demandó a la Nación en juicio ordinario, con fundamento en el Art. 10 del C. de P., con el objeto de que se hicieran en la sentencia definitiva varias declaraciones, entre otras, la de que la Resolución 0913 de 1961 es violatoria del contrato conocido con el nombre de "El Roble", basado en la propuesta Nº 605.

Repartida la demanda, el señor Magistrado sustanciador la admitió mediante providencia, de fecha 28 de julio de este año, y ordenó correr el traslado de regla al Procurador Delegado en lo Civil, quien, en lugar de dar respuesta al libelo, interpuso los recursos de reposición y el de súplica, como principales, para que el Magistrado decidiera cuál de ellos procedía en este caso.

El señor Magistrado sustanciador, en auto de 31 de agosto, consideró que las cuestión propuesta por el Procurador Delegado, en relación con la caducidad de la acción o acciones ejercitadas en el juicio, tenía el carácter de interlocutoria, porque "cuando se trata de acciones de las que en principio puede predicarse el fenómeno de la caducidad, es claro que el auto que la admite, conlleva la afirmación de que dicho fenómeno no ha ocurrido, lo que le viene a dar el carácter de interlocutorio".

Como la providencia que admite una demanda tiene el carácter de auto de sustanciación, pues no tiene por objeto el juzgamiento de ningún punto sustancial relacionado con la acción, el único recurso viable es el de reposición, cuando la finalidad de la alegación atañe a puntos de simple tramitación, como por ejemplo, que se haya ordenado correr el traslado por cinco días, en lugar de diez u otros de igual contenido o naturaleza.

Ahora, si la cuestión propuesta o reclamada por el demandado atañe a cuestiones incidentales o de fondo, resultan del todo improcedentes los recursos

de reposición o de súplica, por que ninguno de ellos, en tales casos, es admitido por la ley.

En efecto, si se trata de un hecho que constituya una excepción dilatoria, como la ilegitimidad de personería, la declinación de jurisdicción u otros similares, los artículos 330 y siguientes del C. J., determinan el procedimiento a que deban sujetarse, sin que sea dable a la parte demandada pretender que, mediante un simple recurso de reposición o de súplica "per saltum", se decida sobre la dicha excepción de plano, sin necesidad de observar el procedimiento incidental previsto en el Código de la materia.

Ahora, si no se trata de una excepción dilatoria, sino de una perentoria, menos todavía podrá ser objeto de decisión con ocasión de un recurso de reposición o de súplica, por cuanto el Art. 342 del C. J. dispone: "Las excepciones perentorias no son materia de incidentes de especial y previo pronunciamiento, pues ellas se deciden en la sentencia definitiva".

Respecto de los llamados presupuestos procesales, según la naturaleza de ellos, algunos podrán decidirse mediante la tramitación de una excepción dilatoria, mientras que otros habrá que reservarlos para la sentencia, en especial cuando adquieren la calidad de excepciones perentorias formales, que en algunas ocasiones, por disposición expresa de la ley, extinguen no sólo el proceso o juicio, sino también la acción misma.

Por demás está decir que una excepción dilatoria o un presupuesto procesal no pueden ser objeto de estudio y decisión, bajo el pretexto de un recurso de reposición o de súplica, interpuesto contra el auto de admisión de la demanda, especialmente cuando requiera la demostración de determinados hechos mediante la presentación de las pruebas conducentes, cuyo valor probatorio no puede estimarse sino cuando se han presentado en las oportunidades predeterminadas en el Art. 597 del C. J.; y allí como en ninguna otra disposición se autoriza presentar pruebas con el memorial en el cual se interpone el recurso de reposición o de súplica contra el auto dicho.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión se abstiene de resolver en el fondo el recurso de súplica interpuesto por el Procurador 2º Delegado en lo civil, contra el auto de admisión de la demanda.

Notifíquese, cópiese e insértese en la *Gaceta Judicial*.

Efrén Osejo Peña, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR TRABAJOS PUBLICOS. VIA ORDINARIA. ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. PRESCRIPCION

Alcance de la declaración de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 del C. C. A. — Carácter netamente transitorio de las normas del Decreto 293 de 1956. — Vía ordinaria para los juicios que antes se tramitaban conforme a las disposiciones declaradas inexequibles. — Cuál es la acción adecuada cuando no se pretende la restitución, sino la indemnización de los perjuicios derivados de la ocupación permanente. — Término de prescripción de esta clase de acciones. — Intervención del Gobernador y no del Ministerio Público en el caso de autos.

Para precisar la acción deducida en juicio por el actor, en primer término debe estarse a los fundamentos de hecho y de derecho invocados en el libelo, para que el fallo esté en armonía con lo pedido; y si se tiene en cuenta la demanda, en ninguna parte se pretendió fundarla en los Arts. 263, 264 y 269 de la Ley 167 de 1941, como lo quiere el Tribunal, sino que textualmente se lee: "Fundo esta acción en los Arts. 1494, 2341, 2342 y concordantes del Código Civil y 80 de la Ley 153 de 1887".

El Decreto Nº 293 de 1956 no tuvo por objeto, sino el de resolver la situación jurídica de los negocios en curso al momento en que la Corte, mediante sentencia de 20 de junio de 1955, declaró inexequibles los Arts. 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, o sea, las normas de tal Decreto fueron netamente transitorias, en tanto se resolvían los juicios pendientes, porque los promovidos con posterioridad a dicha sentencia, sustituida la acción material, el actor debía elegir el procedimiento adecuado, es decir, el juicio ordinario para demandar la restitución de las parcelas ocupadas de hecho, por la Administración o la indemnización de los perjuicios ocasionados por la construcción de una carretera, por ejemplo.

Según la sentencia de la Corte Plena, dictada en la fecha antes citada, se declaró: "... 2º Son inexequibles los Arts. 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268 de la misma Ley, pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública". (*Gaceta Judicial*, Tomo LXXX, página 259).

De acuerdo con el aparte transcrito, el objeto de la declaración de inexequibilidad no fue la acción material o sustancial, llamada de indemnización de perjuicios con fundamento en los Arts. 2341 y 2342 del Código Civil, sino el haber atribuido tal conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa mediante un procedimiento especial; y en consecuencia, las personas afectadas por la ocupación permanente de la propiedad, con posterioridad al fallo de la Corte, deben obtener la correspondiente indemnización, mediante el ejercicio de la dicha acción, por medio de un juicio ordinario, según las reglas generales previstas en el Código Judicial, una vez que la zona respectiva ha sido incorporada definitiva y permanentemente a un bien de uso público y se demanda, no la restitución de ella, sino el pago de los perjuicios ocasionados directa o indirectamente.

En consecuencia, como no se trata de la acción material, prevista en los Arts. 261 a 265 del Código Contencioso-Administrativo declarados inexequibles, sino de una netamente civil con fundamento en la responsabilidad civil extracontractual, síguese que no puede prescribir en el plazo señalado en el Art. 263 del Código que acaba de citarse, ni debe intervenir el Agente del Ministerio Público, sino en el señalado en la Ley 50 de 1936, y con la actuación del Gobernador en representación del Departamento, de acuerdo con el expreso mandato del Art. 194 de la Constitución Nacional.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, 29 de septiembre de 1964.

(Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña).

El apoderado de Marco A. Quintero, demandó al Departamento de Caldas con el fin de que, previa la tramitación del juicio ordinario correspondiente, en la sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones y condenas, de acuerdo con el memorial de corrección de la demanda:

"Primera. Que el Departamento de Caldas, es directamente responsable de todos los daños que le ocasionó al señor Marco A. Quintero, por concepto de trabajos públicos, en la obra de construcción de la carretera 'Magallanes-Colombia', en la finca determinada en el hecho 1º de la demanda, y

"Segunda. Que como consecuencia de la declaración anterior, se condene a dicha entidad a indemnizar a mi mandante el valor total de los perjuicios, causados como consecuencia de la citada obra, tanto por concepto de lucro cesante como por el de daño emergente, y por la cantidad que se compruebe dentro del juicio" (Fl. 22, C. Nº 1º).

En cuanto a los hechos, en el primero manifiesta que el actor "es dueño de una finca rural, situada en el paraje El Líbano, Municipio de Neira, compuesta de dos lotes", que alinda en este hecho, y adquiridos mediante el contrato de compraventa, contenido en la escritura pública Nº 260 de 6 de agosto de 1933, corrida en la Notaría de Neira, el uno, y el otro, en virtud del acto partitivo que consta en la escritura Nº 187 de 12 de marzo de 1932 de la Notaría 2ª de Manizales.

Los demás hechos, expuestos en la demanda primitiva, dicen así:

"2º El Gobierno de Caldas expidió el Decreto Nº 1224 de 1955, que se publicó en 'Caldas', Nº 4306, sobre carreteras de penetración, entre ellas la de 'Magallanes-Colombia', que parte de un punto de la carretera Manizales-Irra a va (sic) al kilómetro 41 del Ferrocarril Trincal (sic) de Occidente.

"3º El mismo Gobierno expidió el Decreto Nº 1053 del mismo año, que se publicó en Caldas Nº 4302, el que fijó para las carreteras de penetración una anchura de veinte (20) metros.

"4º Esta obra se inició no hace año y medio, y con ella se ocupó una zona de terreno de la finca de mi mandante, citada en el hecho 1º, en una longitud de dos kilómetros y tescientos (sic) metros (2.300).

"5º Con la ocupación de dicha zona y con la obra de la construcción de la carretera, la finca del señor Quintero no se valorizó en absoluto sino que, por el contrato, se hicieron grandes daños, y

"6º Con la ocupación de la zona y con la construcción de la vía, el Departamento de Caldas le causó a dicho señor, ingentes perjuicios no sólo por concepto de lucro cesante, sino también por el de daño emergente, que da derecho a reparación" (Fl. 18 Ib.).

Citó como disposiciones aplicables los Arts. 1494, 2341, 2342 y concordantes del C. C. y 8º de la Ley 153 de 1887.

Presentó con la demanda los números 4302 y 4306 del periódico oficial del Departamento de Caldas.

El Gobernador, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 194 de la C. Nal., que le confiere la representación del Departamento "en los negocios administrativos y judiciales" constituyó mandatario judicial, el cual contestó los hechos en esta forma:

No aceptó el primero mientras el actor no presente el título en la forma prevista en el Art. 635 del C. J.;

El segundo y el tercero los aceptó en lo sustancial, si bien fueron objeto de algunas aclaraciones sobre la extensión ocupada con la carretera, el impuesto de valorización, etc.

No aceptó el cuarto, como lo propio hizo en el fondo, respecto del quinto y del sexto.

Propuso las excepciones de compensación con el impuesto de valorización debido por el actor; la de prescripción por haber promovido la acción fuera del plazo señalado en el Art. 263 del C. C. A. y la nulidad por no haber citado al A. del M. P., de acuerdo con el Art. 265 del citado Código.

Agotada la primera instancia, el Tribunal falló el negocio mediante sentencia de fecha 12 de abril de 1962, en el sentido de absolver al Departamento, por cuanto el actor no había demostrado la propiedad de los predios, pues no fue presentada la certificación del Registrador de I. P. y P., para que la escri-

tura Nº 187 hiciera fe en juicio, ni la suficiencia de los títulos en la forma ordenada por el Art. 635 del C. J.

A) Acción ejercitada. En la sentencia apelada, el Tribunal, respecto de la acción ejercitada en este juicio, razona así:

"Dadas las modalidades especialísimas de los artículos 263, 264 y 269 de la Ley 167 de 1941, la acción que se propone para obtener la indemnización por causa de trabajos públicos que apareja la ocupación permanente de la propiedad privada es distinta a la acción de responsabilidad civil, consagrada en el Título 34, Libro 4º del C. Civil, la cual puede ser instaurada no sólo por el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso, conforme al Art. 2342 ibidem. La acción indemnizatoria de los artículos 263 y 264 de la Ley 167 de 1941, o sea el Código Contencioso-Administrativo, solamente puede ser instaurada por el propietario del inmueble, en razón de que ella se resuelve en el pago del valor del terreno ocupado y en la obligación del actor de otorgar en favor de la administración título traslaticio de dominio, como dispone el artículo 269 ibidem" (Ff. 45, Ib.).

Para precisar la acción deducida en juicio por el actor, en primer término, debe estarse a los fundamentos de hecho y de derecho invocados en el libelo, para que el fallo esté en armonía con lo pedido; y si se tiene en cuenta la demanda, en ninguna parte se pretendió fundarla en los Arts. 263, 264 y 269 de la Ley 167 de 1941, como lo quiere el Tribunal, sino que textualmente se lee: "Fundo esta acción en los Arts. 1494, 2341, 2342 y concordantes del C. C. y 80 de la Ley 153 de 1887".

El Decreto Nº 0293 de 1956 no tuvo por objeto, sino el de resolver la situación jurídica de los negocios en curso, al momento en que la Corte, mediante sentencia de fecha 20 de junio de 1955, declaró inexequibles los Arts. 261 a 268 de la Ley 167 de 1941, o sea, las normas de tal decreto fueron netamente transitorias en tanto se resolvían los juicios pendientes, porque los promovidos con posterioridad a la dicha sentencia, sustituida la acción material, el actor debía elegir el procedimiento adecuado, es decir, el juicio ordinario para demandar la restitución de las parcelas ocupadas de hecho por la Administración o la indemnización de los perjuicios ocasionados por la construcción de una carretera, por ejemplo.

Según la sentencia de la Corte Plena, dictada en la fecha antes citada, se declaró:

"2º Son inexequibles los artículos 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, y 268 de la misma ley, pero sólo en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública" (*G. J.*, Tomo LXXX, Pág. 259).

De acuerdo con el aparte transcrito, el objeto de la declaración de inexequibilidad, no fue la acción material o sustancial, llamada de indemnización de perjuicios con fundamento en los Arts. 2341 y 2342 del C. C., sino el haber atribuido tal conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa mediante un procedimiento especial; y en consecuencia, las personas afectadas por la

ocupación permanente de la propiedad, con posterioridad al fallo de la Corte, deben obtener la correspondiente indemnización, mediante el ejercicio de la dicha acción, por medio de un juicio ordinario según las reglas generales previstas en el C. J., una vez que la zona respectiva ha sido incorporada definitiva y permanentemente a un bien de uso público y se demanda, no la restitución de ella, sino el pago de los perjuicios ocasionados directa o indirectamente.

En consecuencia, como no se trata de la acción material prevista en los Arts. 261 a 266 del C. C. A. declarados inexequibles, sino de una netamente civil con fundamento en la responsabilidad civil extracontractual, siguese que no puede prescribir en el plazo señalado en el Art. 263 citado, ni debe intervenir el A. del M. P., sino en el señalado en la Ley 50 de 1936 y con la actuación del Gobernador, en representación del Departamento, de acuerdo con el expreso mandato del Art. 194 de la C. Nal.

Por tanto, no existe la causal de nulidad por la falta de intervención del fiscal, ni tampoco se ha consumado la prescripción ordinaria a contar del año de 1956 hasta la fecha en que fue legalmente notificada la demanda al Gobernador el 12 de septiembre de 1958, que solamente la contestó y devolvió el expediente dos años después, el once de agosto de 1960. (Fl. 23, C. Nº 1º).

B) Fundamento de las súplicas. Determinada la verdadera naturaleza de la acción ejercitada en este juicio por el actor, corresponde determinar tanto el fundamento de derecho como el de hecho de las súplicas hechas en la demanda para llegar a la conclusión de si prosperan o no, de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso.

Respecto del primero, del fundamento de derecho, se halla consagrado en el Art. 2342 del C. C. que autoriza para pedir la indemnización, no sólo al que es dueño, sino aún al usufructuario, habitador o al usuario, según el caso; y de acuerdo con el hecho invocado, se debe dar la prueba en el juicio.

El actor, en este proceso, ha invocado el derecho de dominio sobre los dos lotes, afectados por la carretera construida por el Departamento de Caldas; y como es obvio, la demostración de este extremo constituye el hecho esencial del litigio, tanto en lo tocante al pago del valor de la zona incorporada a la vía, como en cuanto atañe a los demás daños ocasionados, porque todos tienen por fundamento el derecho de dominio del actor, desconocidos mediante las vías de hecho, por quienes, a nombre del Departamento, construyeron la carretera sin llenar previamente las formalidades constitucionales y legales.

C) Pruebas sobre el dominio. En el hecho 1º de la demanda se invoca la propiedad del lote llamado La Miranda, adquirido por las lindes descritas allí, mediante la partición llevada a efecto entre Félix Estrada y Marco Aurelio Quintero, según la escritura pública Nº 187 de 12 de marzo de 1932, otorgada ante el Notario Nº 2 de Manizales.

En la diligencia de inspección ocular, llevada a efecto por el Juez Promiscuo del Circuito de Neira, comisionado por el Tribunal, se lee: "Posesionados así los señores peritos, el suscrito, en asocio de los mismos, procedió a hacer la identificación, por su situación, linderos y extensión superficiaria aproximada de la propiedad del demandante, y la cual relaciona la demanda y se halló así: Finca rural situada en la vereda antes dicha, mejorada con pastos y casa de habitación, compuesta de dos lotes, cuyos linderos son los siguientes": (Fl. 26, C. Nº 3º).

Descritas en el acta las lindes recorridas por el juez, los peritos y los apoderados de las partes, se dejó testimonio de que "... los lotes así identificados, tienen una extensión aproximada de ciento cincuenta cuadras cuadradas, cada uno, ésto es, toda la finca tiene una extensión superficiaria de trescientas cuadras cuadradas. Asimismo, el suscrito juez, en asocio de los señores peritos, constató, la existencia de la carretera, que en una longitud de dos mil doscientos treinta y cinco metros, atraviesa el predio ya identificado o sea, en una extensión de mil doscientos treinta y cinco, sobre el lote llamado El Líbano, y en una de mil metros, el denominado 'La Miranda'. (Fls.26 a 26 Vto., Ib.).

Al final del acta, el juez dice: "El suscrito juez, por su parte deja constancia por haberlo apreciado en forma personal, y por la misma manifestación que en su presencia hizo el señor Marco Aurelio Quintero, el lote denominado conocido con el nombre de 'La Miranda', y que en la demanda figura bajo el lote número 1, o sea el primero, no es de su propiedad, pues actualmente pertenece al señor Gabriel Jaramillo, y en extensión superficiaria de ciento cincuenta cuadras cuadradas" (Fls. 27 Vto. a 28 Ib.).

Durante el término probatorio de primera instancia, el apoderado del actor solicitó que se pidiera copia de la escritura 187 de 12 de marzo de 1932, al Notario de Manizales "... con instrucciones —dice— de pasarla a la Oficina de Registro para que se haga constar lo de la inscripción de ella".

Expedida la copia y enviada a la oficina de registro, el Registrador ordenó devolverla, porque "...lo que allí se solicita no puede certificarse en este despacho, por cuanto el archivo correspondiente a inmuebles situados en el circuito de Neira, y del año que allí se cita, se halla en dicho municipio".

El interesado, directamente, solicitó al Registrador de Neira la expedición de un certificado, en relación con la escritura Nº 187 de 12 de marzo de 1932, en el cual se afirma que Marco Aurelio Quintero adquirió el lote La Miranda, en virtud de la división celebrada con Félix Estrada, según aparece en partida Nº 85, folios 47 y 48 del Libro Nº 19, Tomo I de fecha 12 de marzo del año de 1932.

Las lindes insertas en el certificado, son iguales a las relacionadas en la demanda y en la diligencia de inspección ocular.

El aludido certificado, se presentó juntamente con el alegato de segunda instancia, es decir, fuera de los plazos u oportunidades previstos en el Art. 597 del C. J., cuanto más que el expediente se devolvió, con el alegato, después de dos años de haberlo conservado en su poder el apoderado de la parte actora; y así, pues, si bien se presentó el título, no hace fe en juicio, según lo dispuesto en el Art. 2673 del C. C.; en consecuencia, no se ha probado la propiedad del predio llamado La Miranda, hecho fundamental de la acción, como antes se dijo.

En la escritura Nº 260 de fecha 6 de agosto de 1933, otorgada ante el Notario de Neira, consta que Marcelino Ramírez le vendió a Marco Aurelio Quintero el predio que, en el juicio, ha sido identificado con el nombre de El Líbano por las lindes descritas en tal instrumento, reproducidas en la demanda y verificadas en la inspección ocular; sin embargo, al fin del citado instrumento se lee: "En este estado manifestaron los otorgantes que en el inmueble que vende Marcelino Ramírez, tiene derecho a la onceava parte el señor José Joaquín

Muñoz, por habérsela comprado al señor Luis Ramírez, y que por lo tanto el vendedor no responde sino de los diez derechos restantes".

Resulta, pues, que el actor no es propietario exclusivo del inmueble, para demandar en su propio nombre la indemnización por la ocupación de una zona, que sigue la misma suerte de la totalidad del inmueble, o sea, de la comunidad formada por el comprador y el antiguo propietario de una onceava parte.

Con base en las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada por el actor y proferida por el Tribunal Superior de Manizales, el día 12 de abril de 1962.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase, previas las cancelaciones de rigor.

Efrén Osejo Peña, Ramiro Araújo Grau, Carlos Peláez Trujillo, Luis Carlos Zambrano.

Jorge García M., Secretario.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. PRUEBA DEL PERJUICIO MATERIAL. PRESUNCION DEL PERJUICIO MORAL POR LA PERDIDA DEL HIJO

1. Responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados con vehículos automotores. — Fallas del servicio de policía y responsabilidad extracontractual. — 2. Circunstancias especiales en que es dado presumir perjuicios materiales para los padres por la muerte del hijo. — Alcance y sentido de las doctrinas sobre el particular, sentadas anteriormente por la Sala. — Presunción del daño moral que sufre el padre con la muerte del hijo.

1. Dispone el artículo 63 del Decreto 14 de 1941 sobre tránsito, expedido por el Alcalde de Bogotá y vigente en la fecha del suceso, que "los conductores están en la obligación de detener sus vehículos al llegar a los retenes y sólo pueden reanudar la marcha cuando lo indique el empleado correspondiente"; de suerte que el solo hecho de no haberse detenido el vehículo al llegar al retén, constituye violación de una norma de tránsito que compromete la responsabilidad del Estado, por haber sido la causa del accidente en que perdió la vida el joven mencionado y haberse cometido por un empleado oficial en ejercicio de funciones, dentro del ámbito del servicio a él encomendado. Como lo expresa el fallador de primer grado, la responsabilidad de la Nación se encuentra comprometida "en virtud de aparecer, que dicho accidente se produjo como resultado de falla del servicio que, como el de policía, que esencialmente está constituido para protección de la vida y bienes de las personas, debe cumplirse con observancia de un máximo de precauciones y de diligencia, a fin de que armonice con esa finalidad, y con la naturaleza, primordialmente preventiva, de las atribuciones de la policía".

2. El Tribunal de primer grado, da por probado el daño material sufrido por los padres del joven, con la muerte de éste. "Estas declaraciones —dice el Tribunal— no fueron ratificadas en el curso del proceso, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 693 del Código Judicial, no podrán ser estimadas como prueba. Sin embargo, no por ello se puede razonablemente desconocer la existencia de un perjuicio cierto en el evento de autos, en virtud de tener que presumirse, por modo necesario, que la muerte del menor ocasionó a sus padres, los demandantes, no sólo perjuicios de orden moral, sino de orden material, derivados los primeros del quebrantamiento de sus sentimientos de afección, y los segundos de la pérdida de los derechos de que los padres son titulares con respecto a sus hijos, no únicamente en forma material, sino por razón de expresas disposiciones de la ley, como son las refe-

rentes a los cuidados materiales y ayuda alimentaria que éstos deben a aquéllos en todo caso y oportunidad, aun cuando la emancipación dé al hijo, el derecho de obrar independientemente, y cuyo incumplimiento sanciona la ley con la pena de indignidad para suceder a los padres y con el desheredamiento (artículos 251 y 411 del Código Civil y 1025, Nº 3º y 1266, Nº 2º, Ob. Cit.)".

La anterior motivación dice fundarse en la doctrina sentada por la Corte, en fallos de la Sala de Negocios Generales, de 22 de julio de 1943 y 29 de mayo de 1954 *(Gaceta Judicial*, LV, 764, ss.; LXXVII, 707 ss.). En estas providencias la Corte, partiendo del hecho de estar probado que el alimentario se hallaba recibiendo alimentos de su descendiente legítimo, expresa que sin "generalizar deducciones para todas las hipótesis en que haya un daño futuro y contingente", "las leyes generales y constantes de la naturaleza humana" permiten suponer que quien se halla respecto de los padres en la situación en que se encontraba la víctima, respecto de los suyos "procede generalmente en la forma de procurarles asistencia en los años de su ancianidad o invalidez, hallándose esa persona en condiciones de productividad económica que le permitan hacerlo", porque al obrar así es una "regla general de la conducta de los hombres colocados en las circunstancias vistas". El impulso natural en el hombre de socorrer a los padres en caso de necesidad, ha permitido, así, a la Corte establecer la presunción de que el hijo siempre acude en auxilio de ellos cuando lo han menester. Es ésta —ha dicho la Sala— "una presunción y consecuencia estructuradas dentro de la rigidez que impone la ciencia probatoria, pues con ellas no se hace otra cosa sino deducir de las leyes más generales y constantes de la naturaleza, de suponer, según la expresión de Demogue, cuál habría sido la conducta de ... frente a sus obligaciones de hijo en relación con sus padres" (G. J., LV, 770, 771).

La doctrina expuesta en el primero de los fallos mencionados, y reiterada en el segundo, es inobjetable cuandoquiera que se trata de un perjuicio cierto, como es el derivado de la frustración en el goce de un derecho perfecto, como el que tiene el padre destituido de bienes de fortuna a que el hijo lo auxilie económicamente en la medida de su capacidad; mas no es admisible en la extensión que le reconoce el fallador de primer grado, porque hallándose el derecho del alimentario subordinado a condiciones que establece la ley, su derecho es solamente eventual mientras no se cumplan esas condiciones, y por tanto hipotético. Estas son, que el deudor se halle en condición económica que le permita cumplir la obligación (C. Civil, Art. 419) y que el alimentario carezca de medios de subsistencia suficientes para atender a sus necesidades de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar su vida (C. C. Art. 420). Mientras estas condiciones no se cumplan, el derecho del padre a la asistencia económica del hijo es puramente eventual, como ya se dijo, e hipotético el perjuicio que con la frustración del de percibir alimentos puede recibir con su muerte, hasta el punto de que si así no fuera la muerte del hijo, podría constituir una fuente de enriquecimiento, sin causa para el padre rico que en el hijo destituido y víctima de un accidente no tuviera sino una carga económica qué soportar. Y como en el caso presente no se estableció cuál es la situación económica de los padres demandantes, debe concluirse que no está comprobado el daño patrimonial que se demanda.

Nada cabe observar, en cambio, en lo que concierne a la condena a pagar el perjuicio moral subjetivo, pues éste no requiere demostración, sino que se presume, ese sí, y la cuantía se justifica, dentro de lo preceptuado en la ley, por la naturaleza de la afección que el padre profesa al hijo y la magnitud de la aflicción que su muerte le causa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo).

"El 16 de enero de 1951, a eso de las 5 de la tarde, salió de la población de Funza, con destino a esta ciudad, el bus de placas Nº 18269, afiliado a la empresa de Transportes 'Flota Funza, S. A.', y en el que viajaba como ayudante el joven Gonzalo Mora Sánchez. En el retén de occidente se detuvo el bus para entregar la correspondiente planilla, para cuyo efecto descendió de éste el ayudante Mora Sánchez, quien al atravesar la carretera para llegar a la casilla, fue arrollado por el radio patrulla de la Policía Nacional de placas Nº 0059, manejado por el agente-chofer de nombre Mesías Corredor, vehículo que sin detenerse en el retén pasó a gran velocidad en dirección también a esta ciudad, arrastrando a Mora Sánchez en un trayecto no menor de treinta metros, y ocasionándole su muerte instantáneamente".

Así resume el Tribunal de primer grado, los hechos que dieron lugar a que Modesto Mora y Carmen Sánchez de Mora, mayores de edad y vecinos de Bogotá, y padres de la víctima del accidente, demandaran, por medio de apoderado, a la Nación, representada por el Agente del Ministerio Público, para que se le condenase a pagarles la suma de cuarenta y cinco mil seiscientos ochenta pesos moneda corriente, por perjuicios a ellos, causados con la muerte de su hijo Gonzalo Mora Sánchez, cuantía que se descompone así: cuarenta y tres mil seiscientos ochenta pesos por concepto de daños materiales y dos mil pesos por concepto de morales.

Subsidiariamente solicitaron condena conforme a la estimación que peritos hicieren de los perjuicios sufridos, o, en último caso, condena en abstracto para que el daño se determinare según lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial.

Son hechos en los cuales la parte actora apoya sus pretensiones los siguientes:

"1º En el año de 1932 contrajeron matrimonio católico, Modesto Mora y Carmen Sánchez, y dentro de ese matrimonio, entre otros hijos, tuvieron a Gonzalo Mora Sánchez, quien nació el 21 de julio de 1936.

"2º Gonzalo Mora Sánchez desde los primeros años de su infancia, dedicó su tiempo al estudio, principiando por cursar la enseñanza primaria, en donde dejó marcado el derrotero del estudiante distinguido.

"3º Culminados sus estudios de enseñanza primaria se dedicó a trabajar e ingresó, por dificultades económicas, a la Empresa de Transportes 'Flota de Funza, S. A.' que gerenciaba el doctor Miguel Aguilera C., en donde percibía como ayudante, un sueldo mensual de $ 80.00, $ 85.00 o más, producto que como

hijo ejemplar lo dedicaba a la ayuda del hogar sencillo, pero decoroso, que sus padres mantienen a fuerza de trabajo honrado.

"Ese trabajo sin embargo no menoscabó en lo mínimo sus aspiraciones intelectuales y culturales. No abandonó sus estudios de música y canto que venía cultivando desde sus primeros años con gran resultado, así era como en sus horas de descanso y por la noche, en forma ordinaria empleaba su tiempo en continuar recibiendo las clases que el profesor Héctor Gustavo Orjuela Laverde, en forma generosa dicta a varios estudiantes de la vecina población de Funza (Cundinamarca).

"4º El día 16 de enero de 1951 a las cinco menos un cuatro de la tarde, salió de Funza a Bogotá el bus de placas 13260 perteneciente a la 'Flota de Funza, S. A.', conducido por el chofer Jorge Caho (sic), y cuyo ayudante era precisamente el niño Gonzalo Mora Sánchez. Eran las cinco más o menos del día y año indicados, cuando el bus arribó al Retén de Occidente, paró el vehículo, conservando su derecha, el chofer Caho ordenó a Gonzalo Mora bajarse y acercarse hasta la casilla o caseta del retén a dar los datos de rigor, o sean los correspondientes a placas del vehículo y pasajeros que conducen.

"5º Apenas había descendido del bus el joven Gonzalo Mora Sánchez, y cuando había recorrido una distancia de un metro y medio a contar del guardafango del bus en dirección a la caseta del Retén, en forma inesperada y recorriendo a una velocidad no permitida por el Reglamento de Circulación y Tránsito, para ninguna especie de vehículos automotores, se presentó el radio-patrulla de la Policía Nacional, placas 0059, manejado por el agente y chofer Mesías Corredor, quien arrolló a Gonzalo Mora, y en golpes sucesivos del radiador y guardafangos del radio-patrulla, lo llevó a unos treinta o más metros, dejándolo cadáver a un lado de la vía, y sólo pudo detenerse a unos 80 metros. El radio-patrulla, según informe del Retén y según aseveración de quienes se encontraron en el momento de los sucesos, no hizo el paro de rigor frente al retén, ni recibió señal alguna que lo exonerara de hacer el paro, ni anunció su presencia, y recorriendo a una velocidad mayor a 85 o 90 kilómetros por hora, accidentó al niño Gonzalo Mora Sánchez, con la consiguiente e inmediata muerte, sin que de parte de éste hubiera existido descuido o falta de previsión al tratar de cruzar la vía.

"6º Estos hechos, en la forma que los he expuesto, fueron presenciados entre otras personas, por Jorge Gerardo Caho (chofer del bus de la Flota en que trabajó Gonzalo Mora), Juan E. Acuña, Ernesto Palacios, Cecilia Calderón y otros.

"7º En la forma indicada en el numeral 5º de los hechos, el Agente de la Policía Nal., en ejercicio de funciones, conduciendo un radio-patrulla de la Policía Nal., el 0059, cumpliendo una misión especial de la Estación Cien (100) violó el Decreto 14 de 31 de enero de 1941 de la Alcaldía de Bogotá, que en su Art. 63 perentoriamente y sin excepción declara: "Los conductores están en la obligación de detener sus vehículos al llegar a los retenes, y sólo pueden reanudar la marcha, cuando lo indique el empleado correspondiente". Así pues, la obligación en todo caso es de hacer el paro, y luego de dada la orden de continuar la vía, iniciar la marcha. También violó los Arts. 66, 72 y 74 (parte "En el tercer Sector") del Decreto 14 de enero 31 de 1941, que estatuyen la división de Sectores para velocidad en los recorridos, categorías de vehículos, mayor y menor velocidad, permitida en los diferentes sectores, y para las varias clases

de vehículos, velocidad que en el caso concreto, no debía haber excedido de 50 kilómetros por hora, en esos lugares, sin menoscabo de que en todo caso debió parar en el Retén.

"8º Las actividades del Agente Mesías Corredor, al infringir o contravenir las normas de circulación, ocasionaron en forma directa e inmediata la muerte de Gonzalo Mora Sánchez, lo cual genera el derecho al cobro de los perjuicios a la Nación, por culpa extracontractual in eligendo de sus agentes.

"9º Invoco como hecho subsidiario, que los perjuicios se causen por la comisión de un delito, homicidio culposo o intencional, de Mesías Corredor en Gonzalo Mora Sánchez, que conlleva igualmente la indemnización civil que se reclama.

"10. De acuerdo a los datos científicos sobre estadística y demografía, hechos en Colombia, el promedio de vida es de sesenta años. El niño Gonzalo Mora Sánchez, a la fecha de su muerte, contaba con 14 años y 6 meses de edad, lo que equivale a decir que aún tenía por vivir 42 años con 52 centésimas de año, y que consecuencialmente, y en razón de su sueldo mensual, que oscilaba entre $ 80.00 y $ 90.00, habría producido un total de $ 43.680.00, suma ésta a que ascienden los perjuicios materiales inferidos a mis representados como herederos de mejor derecho, toda vez que el muerto no dejó mujer ni hijos legítimos ni naturales. A suma igual equivalen los perjuicios para la sucesión de Gonzalo Mora Sánchez.

"11. Los perjuicios morales, los estimo en la suma de *cuatro mil pesos*, debido al quebrantamiento psíquico producido por el dolor del deceso de su hijo Gonzalo Mora en las personas de Modesto Mora y Carmen Sánchez de Mora. Esta regulación la formulo al tenor del Art. 95 del C. Penal.

"12. Señalo igualmente como hechos, para que sean tenidos en cuenta por los peritos encargados de liquidar los perjuicios materiales, por si ellos fueran necesarios: a) Modesto Mora nació el día 16 de junio de 1912, y b) Carmen Sánchez de Mora el 24 de noviembre de 1904. Si es que fuera a tenerse en cuenta el promedio de vida del beneficiario.

"13. Mesías Corredor fue nombrado Agente de la Policía Nacional (chofer-mecánico) por medio de Resolución Nº 1858 de octubre 19 de 1949, originaria de la Policía Nacional, y se posesionó el 28 de octubre de 1949, según Acta Nº 2682, de tal suerte que estaba vigente su cargo el día 16 de enero de 1951, y además como ya se ha dicho, se encontraba en ejercicio de funciones encomendadas por la Estación 100 de la Policía Nal.

"14. La investigación del caso, sobre los hechos, está a cargo de la Inspección 3ª de Circulación y Tránsito de Bogotá, y corresponde al Expediente Nº 15283, y por competencia por la naturaleza de los hechos al señor Juez 1º Superior de Bogotá, en cuyo despacho se encuentra en la fecha. Mis representados, ni persona alguna se han constituido en parte civil dentro del proceso penal para lograr la indemnización de los perjuicios.

"15. La reparación de los daños y perjuicios ocasionados a mis representados, con los actos del Agente Mesías Corredor, se hará efectiva, mediante el pago de los perjuicios materiales y morales en la forma solicitada en esta demanda".

En derecho, los demandantes fundan la acción en los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil.

Admitida la demanda, de ella se dio traslado al señor Fiscal del Tribunal, quien la contestó oponiéndose a la acción incoada y manifestando no constarle ninguno de los hechos alegados como fundamento de ella.

La parte actora aportó, durante el respectivo término, el material probatorio que aparece en el cuaderno correspondiente, además de las siguientes que fueron traídas al juicio con el libelo: un ejemplar de los Anales del Concejo de Bogotá, número 442, de fecha 4 de febrero de 1941, debidamente autenticado, en el que aparece publicado el Decreto número 14 de 1941 sobre disposiciones de tránsito; partida de matrimonio de los esposos Modesto Mora y Carmen Sánchez; partida de origen civil sobre registro del nacimiento del menor Gonzalo Mora Sánchez; acta de defunción del citado menor, Gonzalo Mora Sánchez; declaraciones extrajuicio rendidas por los señores Juan E. Acuña, Jorge Gerardo Cabo y Ernesto Palacios ante el Juez 7º Municipal de Bogotá; copia de la Resolución número 1858 de 19 de octubre de 1949, emanada de la Dirección General de la Policía Nacional sobre nombramiento del señor Mesías Corredor, como chofer mecánico de esa institución armada; acta de posesión de Mesías Corredor como chofer mecánico de la Sección V Transportes y Cuerpo de Bomberos de la Policía Nacional; certificación expedida por la jefatura de la Sección de Transportes y Talleres de la Policía Nacional, en la que aparece o consta, que Mesías Corredor manejaba el día 16 de enero de 1951 el carro radio-patrulla número 059 de la Policía Nacional, a órdenes de la Estación 100; declaraciones extrajuicio rendidas ante el Juez Séptimo Civil Municipal de Bogotá, por los señores Héctor Gustavo Orjuela Laverde y Cecilia Calderón; certificado expedido por el Secretario de Gobierno del Distrito Especial de Bogotá, sobre vigencia del Decreto número 14 de 1941, sobre tránsito; y certificación expedida por la gerencia de la Flota Funza, sobre el sueldo que devengaba en el día del fallecimiento el menor Gonzalo Mora Sánchez.

La parte opositora no produjo pruebas.

El juicio permaneció varios años en suspenso mientras se tramitaba el proceso penal, que terminó por prescripción.

La causa terminó, en su primera instancia, con la sentencia de veintiuno de noviembre de mil novecientos sesenta y dos, que decide:

"*Primero*. Declárase que la Nación —República de Colombia— es civilmente responsable de la muerte del menor Gonzalo Mora Sánchez, acaecida el día diez y seis (16) de enero de mil novecientos cincuenta y uno (1951) en el Retén de Circulación de Occidente, por haber sido atropellado por el radio-patrulla Nº 0059 de la Policía Nacional.

"*Segundo*. Condénase, en consecuencia, a la Nación, República de Colombia, a pagar a los esposos Modesto Mora y Carmen Sánchez de Mora, padres legítimos del menor Gonzalo Mora Sánchez, una vez ejecutoriado el presente fallo, el valor de los perjuicios materiales que sufrieron a consecuencia de dicho accidente.

"*Parágrafo*. El monto de tales perjuicios se determinará por el procedimiento prescrito por el artículo 553 del Código Judicial, teniendo en cuenta las bases señaladas para tal efecto en la parte motiva de este fallo.

"*Tercero.* Condénase igualmente a la Nación —República de Colombia— a pagar a cada uno de los esposos Modesto Mora y Carmen Sánchez de Mora, padres legítimos del menor Gonzalo Mora Sánchez, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, por concepto de perjuicios morales subjetivos.

"*Cuarto.* Consúltese este fallo con la Honorable Corte Suprema de Justicia, si no fuere apelado.

"*Quinto.* No hay lugar a condenar en costas".

Contra este fallo interpuso la parte demandada el recurso de apelación que se procede a decidir.

I

Con el acta eclesiástica de matrimonio de los demandantes y la civil de nacimiento de la víctima del accidente, se halla suficientemente acreditada la calidad de hijo legítimo de aquéllos de Gonzalo Mora Sánchez, y consiguientemente, la titularidad que en ellos radica para entablar esta acción.

II

Juan E. Acuña, Jorge Gerardo Caho, Ernesto Palacios y Rafael A. Celis, cuyos testimonios recibidos extrajuicio, fueron traídos a los autos con la demanda y ratificados durante el término probatorio, suministran la información con que comienza este fallo, en transcripción del Tribunal de primer grado. Asimismo expresan que el radio patrulla que causó la muerte del joven Gonzalo Mora Sánchez transitaba a una velocidad aproximada de ochenta quilómetros por hora, al pasar frente al retén de occidente, que pasó por éste sin que hubiera mediado autorización del respectivo empleado para continuar la marcha, que al arrollar a Mora Sánchez lo lanzó a una distancia no menor de veinticinco metros del lugar donde se hallaba, que no pitó al acercarse y que una vez producido el siniestro, sólo vino a detenerse a unos setenta a ochenta metros más allá del sitio donde él tuvo lugar. En los autos obra, además, el acta civil de defunción del joven Mora. Se encuentra también establecido, con las certificaciones de la Policía Nacional y las copias del nombramiento y la posesión correspondientes, que el vehículo con que se causó la muerte a Mora Sánchez pertenece a la Policía Nacional, y que el diez y seis de enero de mil novecientos cincuenta y uno estaba prestando servicio, a órdenes de la Estación 100, conducido por Mesías Corredor, chofer mecánico de la Sección V de la Policía (Transportes y Cuerpo de Bomberos).

Dispone el artículo 63 del Decreto 14 de 1941 sobre tránsito, expedido por el Alcalde de Bogotá y vigente en la fecha del suceso, que "los conductores están en la obligación de detener sus vehículos al llegar a los retenes y sólo pueden reanudar la marcha cuando lo indique el empleado correspondiente"; de suerte que el sólo hecho de no haberse detenido el vehículo al llegar al retén de occidente, entre Bogotá y Funza, constituye violación de una norma de tránsito que compromete la responsabilidad del Estado por haber sido la causa del accidente en que perdió la vida el joven Mora y haberse cometido por un empleado oficial en ejercicio de funciones, dentro del ámbito del servicio a él encomendado. Como lo expresa el fallador de primer grado, la responsabilidad de la Nación se encuentra comprometida "en virtud de aparecer que dicho accidente se produjo como resultado de falla del servicio que, como el de policía, que esen-

cialmente está constituido para la protección de la vida y bienes de las personas, debe cumplirse con observancia de un máximo de precauciones y de diligencia, a fin de que armonice con esa finalidad, y con la naturaleza, primordialmente preventiva, de las atribuciones de la policía".

El señor Procurador Delegado en lo Civil, por lo demás, no discute la existencia en este caso de una falta del servicio que compromete, por los motivos expuestos, la responsabilidad del Estado. Sin que haya lugar a invocar, como lo hace el señor Fiscal del Tribunal sentenciador, concurrencia de culpas por haberse expuesto Mora imprudentemente a ser arrollado mientras sin precaución alguna cruzaba la carretera, porque él no tenía por qué prever la violación de claros reglamentos de tránsito por parte de conductores que tenían el deber de detenerse en los retenes, menos aún por empleados al servicio de la Policía Nacional. Ese deber de no continuar la marcha mientras no mediase indicación del encargado del retén, daba con razón a Mora la seguridad de que no se exponía a ningún peligro al cruzar la vía, como lo hizo, sin precaución por el tránsito de vehículos que sabía debían aminorar allí su velocidad y detenerse.

III

El Tribunal de primer grado da por probado el daño material sufrido por los padres de Mora con la muerte de éste, en virtud del siguiente razonamiento: "En conformidad con los hechos fundamentales de la demanda que sirven de base al presente juicio, el menor Mora Sánchez, apenas culminó sus estudios primarios, ingresó como trabajador en la Flota de Funza, S. A., en calidad de ayudante de buses, con un sueldo mensual de $ 80.00 y $ 85.00 que destinaba íntegramente para ayudar al sostenimiento del hogar de sus padres. Producida la muerte del menor Mora Sánchez, éstos quedaron privados de ese subsidio.

"Para acreditar tal hecho adujeron los demandantes, al proceso, junto con el libelo de corrección de la demanda, las declaraciones rendidas en forma extrajudicial por Héctor Gustavo Orjuela Laverde y Cecilia Calderón, quienes en realidad afirmaron que el menor Mora entregaba rigurosamente a sus padres las sumas que recibía como sueldo en la Flota de Funza, S. A. (Fls. 19 y v., C. Nº 1).

"Estas declaraciones no fueron ratificadas en el curso del proceso, por lo que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 693 del Código Judicial, no podrán ser estimados como prueba. Sin embargo, no por ello se puede razonablemente desconocer la existencia de un perjuicio cierto en el evento de autos, en virtud de tener que presumirse, por modo necesario, que la muerte del menor Mora Sánchez ocasionó a sus padres, los demandantes, no sólo perjuicios de orden moral, sino de orden material, derivados los primeros del quebrantamiento de sus sentimientos de afección, y los segundos de la pérdida de los derechos de que los padres son titulares con respecto a sus hijos, no únicamente en forma material, sino por razón de expresas disposiciones de la ley, como son las referentes a los cuidados materiales y ayuda alimentaria que éstos deben a aquéllos en todo caso y oportunidad, aun cuando la emancipación dé al hijo el derecho de obrar independientemente, y cuyo incumplimiento sanciona la ley con la pena de indignidad para suceder a los padres y con el desheredamiento (Arts. 251 y 411 del C. C. y 1025, Nº 3º y 1266, Nº 2º, Ob. Cit.)".

La anterior motivación dice fundarse en la doctrina sentada por la Corte en fallos de la Sala de Negocios Generales de veintidós de julio de mil novecientos cuarenta y tres y veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y cuatro (*G. J.* LV, 764 ss., LXXVII, 707 ss.). En estas providencias la Corte, partiendo del hecho de estar probado que el alimentario se hallaba recibiendo alimentos de su descendiente legítimo, expresa que sin "generalizar deducciones para todas las hipótesis en que haya un daño futuro y contingente", "las leyes generales y constantes de la naturaleza humana" permiten suponer que quien se halla respecto de los padres en la situación en que se encontraba la víctima respecto de los suyos "procede generalmente en la forma de procurarles asistencia en los años de su ancianidad o invalidez, hallándose esa persona en condiciones de productividad económica que le permitan hacerlo", porque el obrar así es una "regla general de la conducta de los hombres colocados en las circunstancias vistas". El impulso natural en el hombre de socorrer a los padres en caso de necesidad, ha permitido, así, a la Corte establecer la presunción de que el hijo siempre acude en auxilio de ellos cuando lo han menester. Es ésta —ha dicho la Sala— "una presunción y consecuencia estructuradas dentro de la rigidez que impone la ciencia probatoria, pues con ellas no se hace otra cosa sino deducir de las leyes más generales y constantes de la naturaleza, de suponer, según la expresión de Demogue, cuál habría sido la conducta de ... frente a sus obligaciones de hijo en relación con sus padres" (*G. J.* LV, 770, 771).

La doctrina expuesta en el primero de los fallos mencionados, y reiterada en el segundo, es inobjetable cuando quiera que se trata de un perjuicio cierto, como es el derivado de la frustración en el goce de un derecho perfecto como el que tiene el padre destituído de bienes de fortuna a que el hijo lo auxilie económicamente en la medida de su capacidad; mas no es admisible en la extensión que le reconoce el fallador de primer grado, porque hallándose el derecho del alimentario subordinado a condiciones que establece la ley, su derecho es solamente eventual mientras no se cumplan esas condiciones, y por tanto hipotético. Estas son, que el deudor se halle en condición económica que le permita cumplir la obligación (C. C. Art. 419), y que el alimentario carezca de medios de subsistencia suficientes para atender a sus necesidades de un modo correspondiente a su posición social o para sustentar su vida (C. C. Art. 420). Mientras estas condiciones no se cumplan, el derecho del padre a la asistencia económica del hijo es puramente eventual, como ya se dijo, e hipotético el perjuicio que con la frustración del de percibir alimentos puede recibir con su muerte, hasta el punto de que si así no fuera la muerte del hijo podría constituir una fuente de enriquecimiento sin causa para el padre rico que en el hijo destituído y víctima de un accidente no tuviera sino una carga económica qué soportar. Y como en el caso presente no se estableció cuál es la situación económica de los demandantes, pues las únicas declaraciones que a ella hacen vaga referencia —las de Héctor Gustavo Orjuela Laverde y Cecilia Calderón— no fueron ratificadas en el juicio, debe concluirse que no está comprobado el daño patrimonial que se demanda, por lo cual la sentencia de primera instancia debe reformarse en lo pertinente. Nada cabe observar, en cambio, en lo que concierne a la condena a pagar el perjuicio moral subjetivo, pues éste no requiere demostración, sino que se presume, ese sí, y la cuantía se justifica, dentro de lo preceptuado en la ley, por la naturaleza de la afección que el padre profesa al hijo y la magnitud de la aflicción que su muerte le causa.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por auto-

ridad de la Ley, REFORMA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veintiuno de noviembre de mil novecientos sesenta y dos en este negocio, en el sentido de REVOCAR, como en efecto se revoca, el ordinal segundo que condena a la Nación a pagar a los demandantes el valor de los perjuicios materiales demandados. En lo demás, o sea, en lo resuelto en los ordinales primero, tercero y quinto, se confirma.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la *Gaceta Judicial* y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Efrén Osejo Peña. Ramiro Araújo Grau. Carlos Peláez Trujillo. Luis Carlos Zambrano.

Jorge García Merlano, Secretario.

I N D I C E

SALA DE CASACION PENAL

Página

DELITO DE HOMICIDIO. — *Acusación al fallo recurrido por supuesta violación de la ley penal sustantiva. — Motivos previstos en los ordinales 1º y 2º del Art. 567 del C. de P. P. — Las circunstancias de mayor y menor peligrosidad y la individualización de las sanciones.* — Con fecha 1º de julio de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que condenó a Jesús María Velandia López por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 9

RECURSO DE HECHO. — *Demanda de rehabilitación de derechos y funciones públicos. - Obligación del recurrente de fundar el recurso que interpone ante el superior.* — Con fecha 2 de julio de 1964, la Corte, por carecer de materia sobre la cual decidir, declara que no hay lugar a proveer en la solicitud de rehabilitación de "derechos y funciones públicos" del señor Gustavo Rojas Pinilla, formulada al Tribunal Superior de Bogotá, a cuya pérdida fue condenado por sentencia del 1º de abril de 1959, proferida por el H. Senado de la República. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 10

DELITO DE "ABANDONO DEL PUESTO". —*Errada apreciación del elemento constitutivo de la infracción. — Valor probatorio del testimonio. Causales 2ª y 1ª de casación.* — Con fecha 4 de julio de 1964, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior Militar que condenó a los soldados Alvaro Cardozo y Andrés Cantillo por el delito de "Abandono del Puesto" y en su lugar los absuelve. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres 13

HOMICIDIO (asesinato). — *Nulidades sustanciales y legales. — Testimonio contra parientes. — Supuesta nulidad constitucional por violación del derecho de defensa. — La diligencia de posesión prevenida por el Art. 108 del C. de P. P. alude a apoderados y defensores y no a voceros. Auto de proceder. — Gratuita suposición del impugnador relacionada con el derecho de defensa. — Causales 1ª y 4ª de casación penal. Técnica del recurso.* — Con fecha 8 de julio de 1964, la Corte desecha el recurso extraordinario de casación interpuesto por el procesado Pedro Antonio Castilla Gutiérrez contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona que lo condenó por el delito de homicidio (asesinato). — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 14

HOMICIDIO (asesinato). — *Cuestionarios sometidos al jurado. — Las circunstancias que hacen que el homicidio tome la denominación de asesinato expresamente reconocidas en el auto de proceder, deben ser*

Páginas

sometidas al jurado. — Si se pretermiten, se menoscaban las garantías de las personas que intervienen en el proceso penal. — Causal 4ª de casación. — Con fecha 23 de julio de 1964, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cúcuta por medio de la cual condenó a Manuel Pantaleón Blanco, por el delito de homicidio en su hermano Ricardo Pantaleón Blanco. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres 24

COLISIÓN DE COMPETENCIA. — *Bases para la fijación de competencias en materia de juzgamientos. — Interpretación del Art. 170 de la Carta. El fuero penal castrense para los miembros de la Policía de conformidad con el Decreto extraordinario Nº 1705 de 1960.* — Con fecha 24 de julio de 1964, la Corte dirime la planteada entre el Tribunal Superior Militar y el Juzgado 1º Superior de Buga en el sentido de declarar que corresponde a la justicia ordinaria el conocimiento del proceso seguido a Carlos Antonio Manrique Centeno y otros por el delito múltiple de homicidio. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 27

HOMICIDIO. — *Causales 1ª y 2ª. — Supuestos errores del sentenciador en la apreciación de los hechos y en la aplicación de la ley penal sustantiva. — Tanto para el perdón judicial como para la exención de responsabilidad, los falladores deciden a su arbitrio.* — Con fecha 27 de julio de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el defensor de Rómulo Ruiz Guzmán contra la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que lo condenó como responsable del delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 30

HOMICIDIOS. — *Delitos conexos. — Competencia por la naturaleza del hecho. — Supuesta nulidad de tipo constitucional. — Aplicación de la ley procedimental a otros delitos no comprendidos en la misma sumaria y en el mismo juicio. — La nulidad constitucional y el inalienable derecho de defensa.* — Con fecha 28 de julio de 1964, la Corte desecha el recurso extraordinario de casación que interpuso el Fiscal del Tribunal Superior de Popayán contra la sentencia de esa Corporación de 15 de noviembre de 1963, que condenó a Silvio López por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria 40

DELITO DE ROBO. — *Plena prueba de la infracción en el proceso penal. Indicios. — Presunción legal de responsabilidad consagrada en el Art. 221 del C. de P. P. — Causal 2ª. — Configuración del delito de robo.* Con fecha 30 de julio de 1964, la Corte desecha el recurso de casación que interpuso el procesado Luis Alfonso Martínez Bolívar contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, que lo condenó por el delito de robo. — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres 47

REVISIÓN. — *Los recursos de revisión y casación como medios de impugnación de la sentencia de conformidad con la ley penal. — A la Corte le está vedado anular las causales taxativamente enumeradas en el Art. 571 del C. de P. P. — Necesidad de mantener la autoridad de la cosa juzgada.* Con fecha 3 de agosto de 1964, la Corte niega el recurso de revisión interpuesto en relación con el proceso penal seguido a

Páginas

Argemiro Palencia Mendoza, como infractor del precepto contenido en el ordinal 2º del Art. 7º del Decreto 0014 de 1956. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 51

LA CORTE MANTIENE SU PROVIDENCIA DE 12 DE JUNIO DE 1964 SOBRE RECUSACION DE UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR Y EN RELACION A LA LIBERTAD PROVISIONAL SOLICITADA POR PENA CUMPLIDA. — *Finalidad de las causales de recusación e impedimento. — No están impedidos, ni son recusables en el incidente, los funcionarios a quienes corresponda su conocimiento. — Ambito jurisdiccional de la Corte en incidentes de recusación. — Libertad del procesado.* — Con fecha 4 de agosto de 1964, así lo resuelve la Corte en relación con la reposición interpuesta por el apoderado de Jerala Kronfly, contra el auto antes citado. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 55

DELITO DE ESTAFA. — *Impugnación de la sentencia con base en las causales 2ª, 1ª y 4ª del Art. 567 del C. de P. P. — Supuesto desconocimiento del valor probatorio, a favor del acusado, allegado al proceso. — Registro de títulos. — Su alcance. — La promesa de venta y la venta misma, son actos que generan relaciones jurídicas diversas. — La acción penal es preferente a la civil. — Estafa simple y concurso material de infracciones. — Aplicación de sanciones al delincuente de conformidad con el precepto del Art. 36 del C. P. Facultades que al respecto concede la ley al juzgador. — Procesos rituados de acuerdo con el Decreto 0014 de 1955.* — Con fecha 5 de agosto de 1964, la Corte no invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá que condenó a Carlos Julio Mayorga Quinche por el delito de estafa. — Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 58

UXORICIDIO CON CARACTERISTICAS DE ASESINATO. — *Nulidades. Derecho de defensa. — Las nulidades en la etapa del sumario, son excepcionales y las establecidas con relación al derecho de defensa se refieren al juicio. — La diligencia de autopsia es una prueba pericial sui generis. — Interpretación de los Arts. 206, 267 y 480 del C. de P. P. y de los preceptos de los Arts. 363, 362 y 383 del Código Penal. — Causales 4ª y 1ª de casación.* — Con fecha 12 de agosto de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado José de Jesús Vargas contra la sentencia del Tribunal Superior de Buga que lo condenó por homicidio. Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres 72

DELITO DE ROBO. — *Proceso rituado de acuerdo con las normas especiales del Decreto 0014 de 1955. — Causal 4ª invocada como vicio constitucional. — Supuesto error de hecho en la valoración de las pruebas. La indebida apreciación de los hechos, por el sentenciador, debe demostrarse plenamente en la demanda. — Examen parcial del recaudo probatorio. — Causales previstas en los ordinales 1º, 2º y 4º del Art. 567 del C. de P. P.* — Con fecha 17 de agosto de 1964, la Corte declara desierto el recurso de casación interpuesto por los procesados Octavio Rubiano Muñoz y José Antonio Martínez Rodríguez, sentenciados por el delito de robo, por el Tribunal Superior de Bogotá. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria 75

Páginas

REVISION. — *Invocación de los motivos señalados en los ordinales 5º y 3º del Art. 571 del C. de P. P. — Confrontación de pruebas. — No se está ante un HECHO NUEVO que altere o modifique sustancialmente los presupuestos de la responsabilidad penal deducida. — La revisión es recurso de particulares características y de exigencias ineludibles porque a través suyo se ataca la cosa juzgada.* — Con fecha 17 de agosto de 1964, la Corte deniega este recurso interpuesto por el apoderado del reo Francisco José Osorio, condenado por el delito de estafa. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 80

REVISION. — *Interpretación del Ord. 5º del Art. 571 del C. de P. P. — Solo cuando se tiene evidencia de que se ha consumado flagrante error judicial, cabe, con apoyo en él, disponer la revisión del proceso. — Alcance de hechos nuevos o de pruebas desconocidas en el recurso de revisión.* — Con fecha 19 de agosto de 1964, la Corte niega la revisión del proceso seguido contra Jorge Romero Zambrano y otros. Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 86

REVISION. — *Contenido legal y jurídico de la causal 5ª de revisión. — El planteamiento de haber lugar al recurso de revisión con base en la violación del Art. 26 de la Carta, no es pertinente conforme a derecho. La revisión, tal como la conciben la ley y la doctrina, no puede apoyarse en errores de orden jurídico. — Nulidades de tipo supralegal. — La presunción de verdad de la cosa juzgada y la estabilidad de los fallos judiciales.* — Con fecha 19 de agosto de 1964, la Corte niega la revisión de Harry Child Dávila por contrabando. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria 92

DELITO DE ROBO. — *Error del Tribunal en la apreciación de los hechos. Ausencia de culpabilidad. — Elementos de coparticipación criminal. La sola realización del hecho material no entraña responsabilidad cuando el elemento subjetivo no resulta demostrado. — Causal 2ª de casación.* — Con fecha 21 de agosto de 1964, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá por medio de la cual condenó a Luis Alberto García Rincón por el delito de robo. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 100

DELITOS DE HOMICIDIO. — *Cargo de Nulidad. — Culpabilidad y responsabilidad. — Veredicto. — Los tipos penales se integran a título de dolo o a título de culpa. — Absurdo planteamiento del apoderado respecto de elementales nociones de la doctrina penal. — Veredicto legalmente apto para sustentar la condena. — Causales 4ª y 7ª de casación.* Con fecha 28 de agosto de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Agustín Murillo Henao, sentenciado por el Tribunal Superior de Ibagué por delitos de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria 107

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PRIVADOS. — *La impugnación de la sentencia a través de la causal 2ª, obliga al demandante a demostrar el error en que hubiera podido incurrirse. — Tipificación del delito de falsedad en documento privado. — Elementos indispensables para la existencia de este delito en sentir de la Corte. — La esencia de la false-*

Página

dad en el documento privado es la causación del perjuicio o la simple posibilidad de causarlo por haber sido esa la intención del agente del delito. — Casos previstos en el C. de P. P. para que sea admisible el desistimiento de la acción penal. Causales 2ª y 1ª de casación. — Con fecha 1º de septiembre de 1964, no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, que condenó a Alvaro Jaime Acosta Ospina por el delito de falsedad en documentos. Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 114

DELITO DE "ABANDONO DEL PUESTO". — *Causal 1ª de casación. — Técnica del recurso.* — Con fecha 1º de septiembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto por el Cabo del Ejército Jesús Amado Zapata Cardona contra la sentencia del Tribunal Superior Militar que lo condenó por el delito de "Abandono del puesto". — Magistrado Ponente: Doctor Simón Montero Torres 125

DELITO DE ROBO. — *Derecho de defensa. — Sentencia pronunciada en proceso viciado de nulidad. — Defensa formal. — Causal cuarta de casación.* — Con fecha 2 de septiembre de 1964, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué que condenó al procesado Diógenes Angarita Hernández y declara desierto el recurso de casación en cuanto al procesado José Edgar Giraldo Ortiz, como responsables del delito de robo. — Magistrado Ponente: doctor Humberto Barrera Domínguez 128

ROBO. — *Prueba del cuerpo del delito de robo. — Su apreciación queda al prudente juicio del investigador de los hechos. — La Corte reafirma su criterio respecto del motivo de casación previsto en el Ord. 2º del Art. 567 del C. de P. P., en cuanto a las condiciones para que éste prospere. — Facultad de la Corte en la estimación de las pruebas dentro del recurso de casación.* — Con fecha 3 de septiembre de 1964, no se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali que condenó a Jorge Ochoa Vásquez y Samuel Shelnfell Zapata como responsables del delito de robo. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 133

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION. — *La revisión tal como la conciben la ley y la doctrina no puede apoyarse en errores de orden jurídico. — La Corte ratifica su criterio al respecto. — Las actuaciones judiciales propiamente dichas, no tienen carácter de pruebas de responsabilidad del acusado. — Los "documentos" a que se refiere el Num. 3º del Art. 571 del C. de P. P. son aquéllos de que trata el Capítulo V, Título V, Libro 1º de la obra citada, que versa sobre esta clase de pruebas. — La revisión mira a salvar errores de hecho en virtud de los cuales se haya condenado a un inocente. — Finalidad de este recurso.* Con fecha 9 de septiembre de 1964, la Corte niega la revisión de la sentencia que condenó a Cristóbal Peña Clavijo como infractor de disposiciones del Decreto 014 de 1955. — Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 142

DELITOS DE HOMICIDIO, LESIONES PERSONALES, ROBO Y CONTRA FUNCIONARIOS PUBLICOS. *Cargo de nulidad legal previsto en el Num. 8º del Art. 198 del C. de P. P. con invocación de la causal 4ª de*

Páginas

casación. — La clasificación jurídica de los delitos cometidos bien en concurso formal o bien en concurso material, tiene que ver únicamente con la graduación de la pena y no con la denominación del ilícito perpetrado. — Se desecha el cargo formulado a través de la causal 2ª por tratarse de sentencia dictada en acatamiento a veredicto del jurado. Causal 1ª. — Adecuada individualización de la pena. — Con fecha 9 de septiembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado David Loaiza Murillo contra la sentencia del Tribunal Superior de Neiva que lo condenó como responsable de los delitos antes enumerados. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria 149

DELITOS DE HOMICIDIO Y LESIONES PERSONALES. — *Por no resultar probados los cargos relacionados con el desconocimiento del derecho de defensa del recurrente y aplicación indebida del Art. 34 del C. P., no son viables las causales 4ª y 1ª de casación invocadas. — La Sala ratifica su doctrina respecto a que el motivo previsto en el Ord. 2º del Art. 567 del C. de P. P., no es pertinente en los juicios con intervención del Jurado.* — Con fecha 10 de septiembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto por el procesado Miguel Antonio Vega Medina contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que lo condenó por homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 157

SENTENCIA EN DESACUERDO CON EL VEREDICTO DEL JURADO. *Causal tercera. Exención de responsabilidad. — Cuando el homicidio se califica de preterintencional y, al mismo tiempo, se reconoce que se ha realizado con alguna circunstancia de las especificadas en el Art. 363 del Código Penal, la sanción base no es la que señala este artículo sino la que indica el Art. 365 pero aumentada de acuerdo con el Art. 36 del mismo Código. — Incongruencia entre las penas previstas para el homicidio agravado y el homicidio preterintencional, en las hipótesis señaladas en los Arts. 363 y 375 del C. P. — Exoneración de responsabilidad que consagra el Art. 382 del Código Penal. — Absolución del procesado por el juez de derecho en el evento a que alude el precepto antes citado, cuando el Jurado declara que no existe responsabilidad del agente del delito.* — Con fecha 16 de septiembre de 1964, la Corte invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cali que condenó a Marino Alvaro Torres García por homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 160

DELITO DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS. — *Análisis de los elementos de juicio traídos al proceso. — Permuta de inmuebles. — A quién corresponde pagar la comisión. — Naturaleza y fines de la causal 2ª de casación. — Instrumento tachado de falso y carácter técnico y objetivo de exámenes realizados por peritos oficiales. — Dictamen grafológico. — Sistema legal de apreciación del dictamen pericial. — La prueba indiciaria y el criterio del juzgador para deducir la afirmación de responsabilidad del acusado.* — Con fecha 16 de septiembre de 1964, la Corte no invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante la cual condenó a Carlos J. Bernal Contreras por el delito de falsedad en documentos. — Magistrado Ponente: Doctor Primitivo Vergara Crespo 169

Páginas

HOMICIDIO. — *Coparticipación criminal. — Tanto el autor único del delito como los copartícipes o cómplices necesarios están sometidos a la misma pena. — Formas de participación criminal. — Unidad de intención y colaboración física de unos y otros para configurar un solo hecho. Distinción entre autor y partícipe. Cuestionarios sometidos al Jurado. Causal 4ª invocada.* — Con fecha 23 de septiembre de 1964, la Corte no casa la sentencia del Tribunal Superior de Montería, por la cual se condenó a Ramón Elías López Obando, Julio César Jaramillo Ríos y José Joaquín Torres, como responsables del delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Humberto Barrera Domínguez 228

LA CORTE REITERA SU DOCTRINA RELATIVA A QUE LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION SOLO PERMITE EXAMINAR SI EN LA SENTENCIA ACUSADA EL TRIBUNAL, AL APRECIAR LAS PRUEBAS, INCURRIO EN YERRO EXTREMO Y EVIDENTE.—Con fecha 25 de septiembre de 1964, la Corte desecha el recurso de casación interpuesto por los procesados Bernardo y José de Jesús Sanmartín López e invalida la sentencia en relación con el acusado Carlos Sanmartín López, a quien se absuelve del cargo que se le imputó en el proceso seguido en el Tribunal Superior de Buga contra todos ellos por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Julio Roncallo Acosta 237

HOMICIDIO. — *La impugnación de la sentencia absolutoria por nulidad en el procedimiento, con base en la causal 4ª de casación, no es pertinente si se tiene en cuenta el alcance de esta causal y el carácter del fallo. Estimación de los juzgadores de instancia del estado de perturbación mental del agente del delito. — Cargo de nulidad constitucional. — Derecho de defensa.* — Con fecha 28 de septiembre de 1964, se desecha el recurso de casación interpuesto por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja contra la sentencia que absolvió a Darío Berrío Muñoz por el delito de homicidio. — Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Rendón Gaviria 272

DELITOS CONTRA LA INVIOLABILIDAD DEL DOMICILIO Y VIOLENCIA CARNAL (tentativa). — *Causal 2ª. — Violación de la ley penal sustantiva por indebida aplicación al no tener en cuenta el Tribunal circunstancias de mayor y menor peligrosidad para la dosificación de la pena. — Interpretación errada de las pruebas demostrativas de la infracción. — Qué se entiende por habitación. — Violación de domicilio y elementos estructurales de este delito. — Concurrencia de los ilícitos de violación de domicilio y violencia carnal. — Tesis del tratadista Vásquez Abad que sobre el aspecto anterior acoge la Corte. — Penas imponibles.* — Con fecha 29 de septiembre de 1964, la Corte invalida parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cúcuta, por medio de la cual condenó a Julio Eliécer Miranda Trillos, como responsable del delito de violencia carnal, en su especie de tentativa. Magistrado Ponente: Doctor Samuel Barrientos Restrepo 275

BIGAMIA Y FALSEDAD EN DOCUMENTOS. — *Configuración del delito de bigamia. — El acta auténtica del matrimonio civil o eclesiástico, es la prueba específica del vínculo matrimonial. — Causal única de inimputabilidad que pudiera favorecer al procesado. — Causal 2ª de*

Páginas

casación penal. — Pruebas del estado Civil. — Su carácter. — Falsedad en documentos públicos y privados. — Existencia del perjuicio que ocasiona la falsedad. — Penas imponibles. — Con fecha 29 de septiembre de 1964, la Corte invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva que absolvió al procesado Héctor Barbety Polo por los delitos de falsedad y bigamia y en su lugar lo condena por los mismos delitos. Magistrado Ponente: Doctor Antonio Moreno Mosquera 282

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — REGULACION DE LOS PERJUICIOS DE QUE DEBE RESPONDER LA NACION, POR DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE. — SE CONFIRMA LA PROVIDENCIA APELADA. — *En qué consiste el lucro cesante. — Los daños indirectos y eventuales no pueden computarse como lucro cesante y según la doctrina general y la jurisprudencia de la Corte, no son indemnizables.* — Por sentencia de 8 de julio de 1964, la Corte confirma el auto apelado, proferido por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio de Luis Carlos Castrillón contra la Nación. — Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 292

EL TRANSPORTE BENEVOLO Y LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. — FALTA DEL SERVICIO Y CULPA PERSONAL DEL AGENTE. — CARGA DE LA PRUEBA. — EL TESTIMONIO Y LA PRUEBA PERICIAL COMO MEDIOS DE ESTABLECER LA VELOCIDAD DE UN VEHICULO. — SE REVOCA UNA SENTENCIA CONDENATORIA. *1. El transporte benévolo no tiene carácter contractual. — La presunción de culpa no es aplicable al daño causado en esta clase de transporte. — Carga de la prueba para el actor. — 2. Distinción entre falta del servicio y culpa personal del agente. — Cuando el empleado o funcionario se sale del ámbito de su función, ésto es, cuando el acto o el hecho que ejecuta son separables de dicha función, tienen carácter personal y es el agente quien debe responder por ellos. Concurrencia de la culpa personal del agente con la falta del servicio. — 3. Responsabilidad exclusiva del agente cuando su acción dañosa es del todo extraña a la función que le compete. — 4. Falibilidad especial de la prueba testimonial cuando se trata de establecer por este medio el grado de velocidad a que marchaba un vehículo. — Factores de distinto orden que influyen en tal caso en la deformación del juicio. — Prevalencia de la prueba pericial en esta materia.* — Con fecha 8 de julio de 1964, la Corte revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario adelantado por los padres de Rafael Fetecua Lovera, Miguel Fetecua y Elena Fetecua de Lovera contra el Departamento de Cundinamarca por perjuicios. — Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 298

PETROLEOS. — EXTREMOS ESENCIALES DE LAS ACCIONES DE ESTA NATURALEZA. — EL PRESUPUESTO DE LA SUPERPOSICION DE LOS PREDIOS. — PRUEBA PERICIAL. — *1. El estudio sobre la validez o eficacia de la titulación antigua está subordinado en principio al*

Páginas

examen de la prueba relativa a la localización e identificación de las tierras materia de la controversia. — 2. Superposición de predios y prueba pericial. — Con fecha 10 de julio de 1964, la Corte absuelve a la Nación de los cargos formulados por el apoderado del Municipio de Sabanalarga en el Departamento del Atlántico, en el juicio ordinario de mayor cuantía seguido contra dicha entidad. — Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Zambrano 306

CADUCIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — A QUIEN CORRESPONDE HACER LA DECLARATORIA DE CADUCIDAD. — ACCION RESCISORIA DEL CONTRATO Y DECLARACION DE CADUCIDAD. — PRESUPUESTO PROCESAL DE DEMANDA EN FORMA. — *1. Si el contratista incurre en una causal de caducidad prevista en el contrato, no procede promover un juicio ante la rama jurisdiccional sino que el propio Gobierno debe hacer la declaración correspondiente. Razones en que se apoya esta conclusión. — Doctrina de la Corte sobre esta materia. — Pretensiones incompatibles. 2. — Falta del presupuesto de demanda en forma si se escoge una vía procesal inadecuada legalmente.* — Con fecha 23 de julio de 1964, la Corte se abstiene de proferir sentencia de fondo por falta del presupuesto procesal de demanda en forma, presentada por el Procurador 2º Delegado en lo Civil contra el Capitán (r) Miguel Germán Carriazo. — Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 315

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. — *Presunción de culpa cuando el daño se origina en actividades peligrosas. Fundamento de la presunción según la teoría de la responsabilidad directa.* — Con fecha 23 de julio de 1964, la Corte revoca el fallo apelado, proferido por el Tribunal Superior de Santa María en el juicio ordinario promovido por Herminio Berardinelly contra la Nación. Magistrado Ponente: Doctor Luis Carlos Zambrano 328

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. — SE CONFIRMA UNA SENTENCIA RELACIONADA CON LA EXPLOSION DE CALI. — *No hay necesidad de entrar a dilucidar si la explosión ocurrida en Cali el 7 de agosto de 1956 se debió o no a culpa del Estado, pues es lo cierto que éste asumió la responsabilidad de los perjuicios que dicha explosión produjo. — Basta considerar lo atinente a la realidad y cuantía de los daños y a indagar si tienen su causa en la referida explosión.* — Con fecha 30 de julio de 1964, la Corte confirma la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Superior de Cali en los juicios acumulados promovidos contra la Nación por "Suárez & Valdivieso Ltda.", "Gonzalo Echeverri & Co. Ltda." y "Nicanor Restrepo & Co. Ltda." — Magistrado Ponente: Doctor Ramiro Araújo Grau 336

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. — INFLUENCIA DE LA SENTENCIA PENAL EN LA ACCION CIVIL SOBRE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — COMPENSACION DE CULPAS. — *Examen del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal. — La acción civil podrá proponerse ante el juez civil, aunquando se haya dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, salvo que tales providencias se funden en que la infracción no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido o que obró*

Páginas

en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima. El sobreseimiento definitivo y la sentencia absolutoria de que trata el artículo 28, no fundan la excepción de cosa juzgada en lo civil sino en los eventos allí previstos. — Tampoco podrá oponerse tal excepción en forma indiscriminada respecto a la posible responsabilidad civil de terceros por actos ilícitos de otro. — Con fecha 4 de agosto de 1964, la Corte confirma la sentencia apelada proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio adelantado por Ana del Carmen Mazo v. de Londoño y sus menores hijos Aura María, María Rosmira, Ramón Egidio, Gabriel Albeiro, Luz del Socorro y Gerardo Antonio Londoño contra la Nación. — Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 341

EXCEPCIONES PERENTORIAS. — EXCEPCION GENERICA. — EXCEPCION DE PRESCRIPCION. — *1. La excepción de prescripción debe alegarse, no de una manera implícita, como sería la que resultara de invocar la llamada excepción genérica. — La prescripción atañe a la extinción de las acciones, no a las obligaciones. — Jurídicamente no existe la excepción genérica, pero en el supuesto de que existiera no comprendería la prescripción de las acciones. — 2. La ley distingue entre proponer una excepción y alegarla. — La de prescripción, si no se ha propuesto en la demanda, puede alegarse en cualquiera de las instancias del juicio antes del auto de citación para sentencia; aunque estrictamente debía proponerse, precisamente al contestar la demanda.* Con fecha 17 de agosto de 1964, la Corte confirma la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el proceso adelantado por el Gobernador del Departamento de Antioquia contra la sociedad comercial "Transportes Sierra Ltda." — Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 350

RECURSO DE HECHO. — INTERPOSICION DE RECURSOS. — NOTIFICACIONES PERSONALES. — *1. El efecto de la presentación personal, ante funcionario distinto al del conocimiento, del memorial en que se interpone un recurso, se limita a garantizar la autenticidad, pero no puede considerarse como acto de interposición del recurso. — La apelación solo puede entenderse interpuesta cuando el escrito respectivo llega a la Secretaría del organismo o funcionario del conocimiento. 2. La regla que manda notificar personalmente al demandado el auto que confiere traslado de la demanda, no se refiere en forma alguna al demandante.* — Con fecha 27 de agosto de 1964, la Corte no admite el recurso de hecho interpuesto por el apoderado judicial de Alvaro Ricaurte Pardo para que se le conceda la apelación que le fue denegada por el Tribunal Superior de Ibagué, en el juicio que el actor adelanta contra el Departamento del Tolima. — Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 357

ACCION REIVINDICATORIA CONTRA LA NACION. — LA TRADICION INSCRITA Y EL REGIMEN DE LA LEY 200 DE 1936. — PRESUNCION SOBRE BALDIOS Y MANERA DE DESVIRTUARLA. — CONVALIDACION DE TITULOS. — PRUEBA PERICIAL. — RETROACTIVIDAD DE LA LEY. — LA DEMANDA COMO ACTO DE VOLUNTAD. — DETERMINACION DE RESARCIMIENTO EN LA OCUPACION DE HECHO. — *1. Funciones y deberes de los peritos. Convalidación del título que en*

Páginas

un principio fue nulo. — Tradición inscrita del dominio e interrupción de la tradición. — 3. Presunción sobre terrenos baldíos y manera de desvirtuarla según se trate de predios rústicos o urbanos. — 4. Objeto específico de la prueba pericial. — Radio de acción de la actividad pericial. — 5. En cuanto no vulnere derechos adquiridos, nada se opone a que el legislador expida, cuando lo crea conveniente, leyes retroactivas. — Una de ellas es la Ley 200 de 1936 en lo que concierne a las regulaciones de la propiedad inmueble. — Eficacia de los títulos inscritos conforme al régimen de la Ley 200. — 6. La acción reivindicatoria contra el Estado y la demanda como acto de voluntad del actor. — 7. Ocupación de hecho y determinación del resarcimiento. — 8. Los intereses legales como representación del lucro cesante. — Con fecha 2 de septiembre de 1964, la Corte confirma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario de mayor cuantía seguido por la Compañía de Transportes Betancourt, S. A., en liquidación, contra la Nación. — Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 360

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR RAMIRO ARAUJO GRAU EN EL FALLO CITADO ANTERIORMENTE 377

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR EFREN OSEJO PEÑA EN RELACION AL FALLO ANTERIOR 382

PETROLEOS. — RECURSOS CONTRA EL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA. - TRAMITACION Y DECISION DE LAS CUESTIONES INCIDENTALES Y DE FONDO. — *Procedencia del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda cuando la alegación se refiere a puntos de simple tramitación. — Si la cuestión propuesta o reclamada por el demandado atañe a cuestiones incidentales o de fondo, resultan del todo improcedentes los recursos de reposición o de súplica. — Procedimiento para discutir y decidir las excepciones dilatorias, las perentorias y los llamados presupuestos procesales. — Por demás está decidir que una excepción dilatoria o presupuesto procesal no puede ser objeto de estudio o decisión bajo el pretexto de un recurso de reposición o de súplica interpuesto contra el auto de admisión de la demanda.* — Con fecha 3 de septiembre de 1964, la Corte confirma la sentencia del Tribunal Superior de Manizales proferida en el juicio ordinario adelantado por la Compañía International Petroleum (Colombia) Ltda. contra la Nación. — Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 398

OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA POR TRABAJOS PUBLICOS. — VIA ORDINARIA. — ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. - PRESCRIPCION. — *Alcance de la declaración de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 del C. C. A. — Carácter netamente transitorio de las normas del Decreto 293 de 1956. — Vía ordinaria para los juicios que antes se tramitaban conforme a las disposiciones declaradas inexequibles. — Cuál es la acción adecuada cuando no se pretende la restitución sino la indemnización de los perjuicios derivados de la ocupación permanente. — Término de prescripción de esta clase de acciones. — Intervención del Gobernador y no del Ministerio Público en el caso de autos.* — Por sentencia de 29 de septiembre

Páginas

de 1964, se confirma la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos, adelantado por Marco A. Quintero contra el Departamento de Caldas. Magistrado Ponente: Doctor Efrén Osejo Peña 401

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. — PRUEBA DEL PERJUICIO MATERIAL. — PRESUNCION DEL PERJUICIO MORAL POR LA PERDIDA DEL HIJO. — *1. Responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados con vehículos automotores. — Fallas del servicio de policía y responsabilidad extracontractual. — 2. Circunstancias especiales en que es dado presumir perjuicios materiales para los padres por la muerte del hijo. — Alcance y sentido de las doctrinas sobre el particular sentadas anteriormente por la Sala. — Presunción del daño moral que sufre el padre con la muerte del hijo.* Con fecha 30 de septiembre de 1964, la Corte reforma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en el juicio adelantado por Modesto Mora y Carmen Sánchez de Mora, por perjuicios, contra la Nación. — Magistrado Ponente: Doctor Carlos Peláez Trujillo 408

PUBLICACIONES DEL FONDO ROTATORIO
DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Esta obra fue impresa en los Talleres Gráficos de la Penitenciaría Central de Colombia.

BOGOTA, D. E. 1975